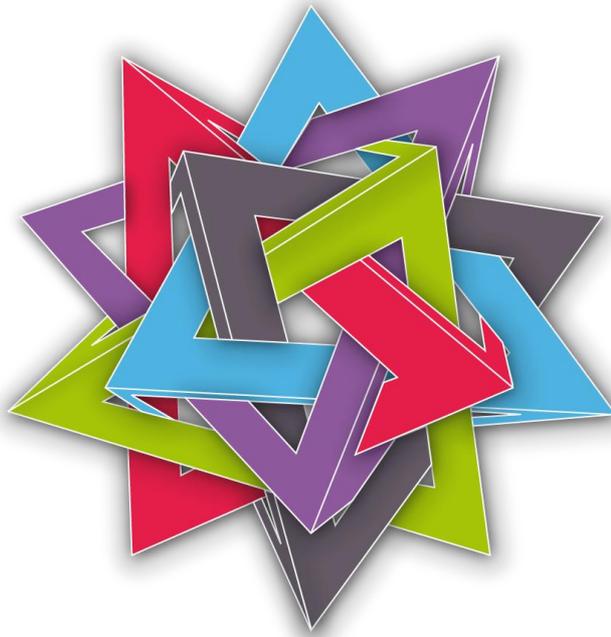


---

## TransJus Working Papers Publications

Working Paper N. 1/2019



### EDICIÓN ESPECIAL

*Con ocasión de la I UB International PhD in Law Conference:*

**“Nuevas formas de criminalidad  
y su persecución”**

---



---

# **TransJus Working Papers Publications**

**Working Paper N. 1/2019**

## **EDICIÓN ESPECIAL**

*Con ocasión de la I UB International PhD in Law Conference:*

### **“Nuevas formas de criminalidad y su persecución”**

**TRANSJUS**  
**WPPublications**

ISSN 2462-263X



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

---



# ÍNDICE

<i>Agradecimientos</i> .....	5
Prólogo.....	9
I. <i>Hombrado, Jaume y Sevilla, Berta</i> Aproximación a las utilidades del análisis de redes sociales en la criminología: atentado de Londres, twitter y hate-speech.....	11
II. <i>Gómez Padilla, Ildelfonso Manuel</i> Violencia en el fútbol. Grupos violentos.....	29
III. <i>Vall Rius, Anna</i> Justicia restaurativa y mediación en derecho penal.....	41
IV. <i>Novo Mazuelos, Raquel</i> Reparación e indemnización de la víctima en el estatuto de la víctima del delito.....	55
V. <i>Quinteiro Cruz, Diego</i> Las consecuencias accesorias del artículo 129 del código penal como respuesta al fenómeno de las sociedades pantalla.....	67
VI. <i>Álvarez González, Jhésica</i> El blanqueo de capitales como instrumento de lucha contra la criminalidad organizada y la problemática que presenta la expansión del tipo penal en la actualidad.....	79
VII. <i>Navarro Schiappacasse, María Pilar</i> El recurso al derecho sancionatorio como mecanismo de lucha contra la elusión fiscal.....	87
VIII. <i>Arribas y Atienza, Patricio</i> Persecución de la criminalidad de personas jurídicas mediante el uso de medidas limitativas de derechos fundamentales.....	99
IX. <i>Merkel, Laura</i> El derecho al anonimato en los tiempos del gps tracking.....	111
X. <i>González Pulido, Irene</i> El agente encubierto informático como figura idónea para la lucha contra la criminalidad trasnacional.....	129
XI. <i>Escudero Muñoz, Marta</i> Estudio penal y jurisprudencial sobre el bullying y el cyberbullying.....	143
XII. <i>Gutiérrez Gallardo, Rocío</i> El registro de dispositivos de almacenamiento masivo.....	159
XIII. <i>Granado Pachón, Santiago Javier</i> Delitos contra el honor a través de la red.....	173



## *Agradecimientos*

Este Working Paper Publication recoge las comunicaciones que se presentaron en la I UB International PhD in Law Conference, celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona el 5 de abril del 2018.

La jornada nació de una necesidad, de un impulso, y de una sugerencia. La necesidad: procurar a los investigadores en formación, inscritos en programas de doctorado, cauces adecuados para su desarrollo profesional y el diálogo con sus otros colegas de otros ateneos universitarios. El impulso: la insistencia del actual Director de la Escuela de Doctorado de la UB, el Dr. Roigé, de articular en los programas que se ofertan en esta Universidad actividades formativas que complementen el recorrido investigador de los doctorandos/as. Y, finalmente, la sugerencia: la propuesta del Dr. Arbós -activo integrante de la Comisión académica del programa de doctorado en Derecho y Ciencia política- de, siguiendo el modelo francés, encomendar a los propios doctorandos/as la organización de seminarios interdisciplinares.

Así es como arrancó esta primera jornada -con vocación de continuidad- cuyos resultados científicos -a la vista está- son más que relevantes. Con el objetivo de facilitar a los investigadores/as de doctorado en Derecho y Ciencia política, a los de la UB en particular, un foro propio e interdisciplinar en el que compartir sus proyectos y primeros resultados. Todo en la jornada nació de sus organizadores, con sus destinatarios y para sus participantes. Desde el nombre -en inglés, para realzar su vocación internacional (hoy incipiente)- hasta la selección de los ponentes, el menú del catering, la promoción de la jornada y la edición de este magnífico volumen.

En estas primeras jornadas, su Comité científico -íntegramente compuesto por investigadores/as del programa de la UB (Miguel Alarcón Cañuta, Carlos Castellví Monserrat, Maur Díaz Jover, Jaume Hombrado Trenado, Laura Merkel, Pablo Scotto Benito y Berta Sevilla Nieto)- seleccionó como tema específico el análisis de nuevas -nihil novum sub sole- formas

de criminalidad, desde la perspectiva de las diversas técnicas que se ordenan a su investigación o persecución.

El espacio reservado para la presentación de las comunicaciones en la jornada era sustancial, pues el propósito de la misma no era otro, precisamente, sino el de alentar un diálogo académico riguroso entre investigadores inscritos en programas de doctorado en el ámbito del Derecho y de la Ciencia política sobre cuestiones metodológicas o sustantivas con incidencia -directa o tangencial- en sus proyectos de investigación.

La difusión del programa se realizó, fundamentalmente en España y a través de los coordinadores de programas de doctorado equivalentes al que se oferta en la Facultad de Derecho de la UB. En la selección de los ponentes y de los temas a tratar se buscó una cierta proyección internacional y de Derecho comparado, en la medida que esto es posible cuando se dispone de un presupuesto de trincheras y de un día de trabajo. La respuesta era imprevisible y, lo cierto y verdad, es que resultó más que apreciable. De modo que, tras un día de intenso debate y discusión, los comunicantes terminaron de dar forma a sus aportaciones, que hoy se presentan en este formato.

De propósito se ha buscado una fórmula de protección de los derechos de autor que permite, simultáneamente, una difusión inicial de los resultados obtenidos por los investigadores que acredita su trabajo y, al mismo tiempo, no les obstaculiza su reelaboración posterior como parte de su tesis doctoral o de un artículo insertado en una posterior obra colectiva o revista. Éste es el modo de trabajar habitual en las comunidades científicas anglosajonas -no tanto en la comunidad científica jurídica española- y de ahí el empleo de la expresión, “trabajos en elaboración”, working papers, que se utiliza para denominar las colecciones en las que se publican estas primeras versiones de investigaciones en curso.

La jornada fue la ocasión propicia para debatir impresiones, confrontar ideas y falsar -en términos popperianos- las primeras aseveraciones surgidas de las investigaciones llevadas a cabo. En un clima propicio, y distendido, de franco y estimulante diálogo científico.

Recientemente, una interpretación restrictiva del trabajo de los inscritos en programas de doctorado ha llevado a las autoridades académicas de la UB -arrastradas por la inercia de ciertas resoluciones judiciales, la miopía de algunas gerencias de personal y la cautela, tal vez excesiva, de los servicios jurídicos del ateneo- a prohibir a los investigadores matriculados en sus programas de doctorado el colaborar en su desarrollo disfrutando de las becas de formación que

a este objeto se puedan ofertar. El argumento sobre el que se fundamentaba esta decisión, al parecer, es que, siendo calificados por la Ley de Ciencia como investigadores/as –que no estudiantes- no es posible diseñar para ellos un plan de formación. Semejante razonamiento parece circunscribir el concepto de “formación” a los estrechos márgenes -de forma completamente contradictoria con los postulados del EEES- de la transmisión del conocimiento.

Pues bien, puedo dar fe de que, en todo el proceso que ha conducido a la celebración de esta jornada, su comité científico -íntegramente formado por “estudiantes” (con permiso de la legislación vigente) de doctorado- ha crecido personal y profesionalmente. Se ha formado en el desarrollo de capacidades y habilidades -de competencias- que son esenciales para el ejercicio de las tareas investigadoras en las que, con juvenil ilusión, están comprometidos. Han aprendido a diseñar, programar, organizar, gestionar, padecer, disfrutar, discutir, difundir, soportar, merendar y “cervecear” una actividad científica. También, han tenido, ¡qué duda cabe!, que gestionar expectativas, conflictos, frustraciones, contrariedades y malentendidos: en definitiva, todo lo que supone afrontar en equipo un proyecto académico de esta naturaleza.

En resumen, se han formado como investigadores en las lides propias del quehacer académico que sí, también, lleva aparejado el ejercicio de tareas estrictamente administrativas en las que se aprende mucho, muchísimo. ¿O es que es concebible? a fecha de hoy, un investigador universitario incompetente en el uso y padecimiento de los mil aplicativos -GRAD, GREC, GIGA, GED, Campus Virtual...- que pueblan y colonizan nuestros “trastomóviles” informáticos?, ¿no es formación adelantarse a una dificultad organizativa, consensuar un tema de análisis, entenderse con un ponente complicado, placar a un free rider o consolar al comunicante exhausto? Habilitarse, capacitarse para todo ello, también es, con la venia, formarse. Y eso es lo que han hecho estos investigadores en formación.

A todos ellos y ellas, por lo tanto, y en primer lugar: muchas gracias. En especial, claro está, a la dinámica Ana Sánchez Cobaleda, que asumió la ardua tarea de coordinar todo el proceso y que, sencillamente, lo ha bordado. A su vera, Elisenda Pérez -siempre disponible- desde la Escuela de postgrado de la Facultad, ha sido el corazón administrativo de todo el “sarao”, asistida en las bandas presupuestarias por el personal de Asuntos generales. Last, but not least encauzando y ajustando la publicación de los resultados de la jornada, un especial agradecimiento es debido al Director del Institut Transjus, el Dr. Ponce, y a sus siempre eficientes colaboradoras, Leila Adim y Ona Lorda.

El agradecimiento igualmente se ha de dirigir al Decano de la Facultad, el Dr. Pons, y al Director de la EDUB, el Dr. Roigé, que dieron oportuna cobertura a todo el trabajo realizado. Todos los profesores e investigadores que participaron en su desarrollo -Dra. Aguado, Dr. Blanco, Dr. Cardenal, Dr. Hilterman, Dr. Illuminati, Dr. Nieva, y Dr. Ramos Vázquez- y quienes presentaron, debatieron, sus comunicaciones, que ahora se publican, fueron, sin duda, los verdaderos protagonistas de la actividad. A todos ellos, pues, mi más enfática enhorabuena y reconocido agradecimiento.

*José A. Rozas Valdés*

Coordinador del Programa de Doctorado en  
Derecho y Ciencia política, Universidad de Barcelona

## PRÓLOGO

*“El mundo tiene problemas, pero las Universidades tienen Departamentos”*

G.D. BREWER

En nombre del instituto de investigación de la Universidad de Barcelona Transjus y como su actual Director, me place presentar esta edición especial de nuestros *Working Papers*, en este caso como producto de la *I UB International PhD in Law Conference* sobre “Nuevas formas de criminalidad y su persecución”.

Sin ninguna duda, la criminalidad y sus nuevas formas, así como su persecución eficaz en un Estado de Derecho en el siglo XXI, son cuestiones que requieren una mirada desde una pluralidad de disciplinas (Derecho- y dentro del mismo, desde áreas distintas como el Derecho constitucional, el Derecho penal o el Derecho administrativo- Criminología, Tecnologías de la Información y de la Comunicación...), que son las que se pueden encontrar entre las 13 contribuciones que se recogen de diferentes autores y autoras.

En este sentido, como ya hemos señalado en otras ocasiones, la LERU (Liga de Universidades Europeas de Investigación, entre las que se encuentra una única universidad del Estado español, la Universidad de Barcelona) ha destacado en un informe suyo de diciembre de 2016 sobre interdisciplinariedad y universidades en el siglo XXI, que estamos delante de un tipo de problemas que requieren aproximaciones disciplinarias variadas y la participación de la sociedad en la definición de las temáticas y en su encaramiento, lo que caracteriza la investigación transdisciplinar<sup>1</sup>. Investigación que, en un informe de la *British Academy*, por

---

<sup>1</sup> LERU, *Interdisciplinarity and the 21st century research-intensive university*, Diciembre 2016, consultable aquí: [http://www.leru.org/files/publications/Interdisciplinarity\\_and\\_the\\_21st\\_century\\_research-intensive\\_university.pdf](http://www.leru.org/files/publications/Interdisciplinarity_and_the_21st_century_research-intensive_university.pdf). Entre otras cosas, recomienda la creación y el ponteciamiento de institutos de investigación transdisciplinarios.

ejemplo, ha sido descrita como esencial para nuestras sociedades, sin embargo, poniendo de relieve las dificultades prácticas que los investigadores aún tienen que abordar (entre ellas, el ser considerados poco científicos<sup>2</sup>). Como se ha dicho, comentado este informe de la *British Academy* es palpable el *Zeitgeist interdisciplinario*<sup>3</sup> pero aun queda mucho por hacer.

Desde el Transjus creemos necesario aportar elementos de reflexión desde distintas perspectivas que puedan hacer frente a un *wicked problem*, a un problema enrevesado y complejo, como es lo que aquí se encara. Y lo hacemos desde tres vertientes que caracterizan la actividad universitaria: la formación (con el reciente lanzamiento de una primera edición de un seminario sobre metodología de investigación transdisciplinaria, que esperamos continuar en ediciones sucesivas, abierta a investigadores inquietos<sup>4</sup>), la investigación propiamente dicha (que puede cristalizar en publicaciones como esta y otras) y, en el futuro, la transferencia de conocimiento, mediante la puesta en marcha de *Living Labs* vinculados a nuestras líneas de investigación que nos permitan interactuar con agentes sociales públicos, privados y del tercer sector<sup>5</sup>.

En esta línea se encuentra este numero especial que tenemos la oportunidad de presentar, esperando que contribuya a la reflexión de las materias tratadas.

*Juli Ponce Solé*

Director del Instituto de Investigación TransJus de  
la Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona

---

<sup>2</sup> BRITISH ACADEMY, *Crossing Paths. Crossing Paths: Interdisciplinary Institutions, Careers, Education and Applications*, 2016: <https://www.britac.ac.uk/interdisciplinarity>

<sup>3</sup> Véase: <https://www.thebritishacademy.ac.uk/blog/crossing-paths---british-academy-report-interdisciplinarity-uk-universities>

<sup>4</sup> Véase: <http://www.ub.edu/instituttransjus/documents/Programa%20Seminarios%20Fundamentos.pdf>

<sup>5</sup> Sobre lo que es un *Living Lab* se puede consultar: <https://transjusblog.wordpress.com/2018/12/05/buen-gobierno-regulatorio-derecho-a-una-buena-administracion-y-living-labs/>

# APROXIMACIÓN A LAS UTILIDADES DEL ANÁLISIS DE REDES SOCIALES EN LA CRIMINOLOGÍA: ATENTADO DE LONDRES, TWITTER Y HATE-SPEECH

JAUME HOMBRADO Y BERTA SEVILLA

**TRANSJUS**  
WPPublications

Como citar:

Hombrado, J., Sevilla, B. (2019). “Aproximación a las utilidades del análisis de redes sociales en la criminología: atentados de Londres, Twitter y Hate-Speech”. En *Nuevas formas de criminalidad y su persecución*. TransJus Working Papers Publication - Edición Especial (N. 1/2019, pp. 11-27).

---

**SUMARIO:** 1. Metodología, estructura y objetivos; 2. Análisis de redes sociales; 2.1 Aproximación al concepto; 2.2 Antecedentes teóricos; 2.3 Medidas de cálculo en el análisis de redes; 3. Análisis de redes sociales y criminología; 4. Aplicación del ARS a un caso de interés criminológico: los mensajes de odio emitidos en *Twitter* tras los atentados de Londres; 4.1 Antecedentes de hecho; 4.2 Introducción al estudio de caso; 4.3 Metodología y muestra; 4.4 Explotación y análisis de datos; 4.5 Resultados; 5. Discusión de los resultados y conclusiones.

---

**RESUMEN:** La era de las nuevas tecnologías ha favorecido la proliferación de diversas formas de interacción entre individuos dentro del ámbito de las redes sociales. En este contexto, es imprescindible disponer de herramientas que permitan entender la complejidad de todas y cada una de las interacciones que se generan. El análisis de redes sociales (ARS) es una metodología de estudio ampliamente aplicada en el ámbito de las ciencias sociales y naturales. Sin embargo, en el ámbito criminológico han sido escasas las ocasiones en las que esta metodología ha sido aplicada. El presente estudio tiene como objetivos (1) exponer la utilidad del ARS como metodología y herramienta de trabajo en el ámbito de las ciencias sociales y jurídicas y (2) mostrar la aplicabilidad del ARS en la ciencia criminológica. A través de un caso concreto, el de los mensajes de odio difundidos a través de *Twitter* durante los atentados de Londres en junio de 2017, veremos cómo esta técnica puede ser de especial utilidad para la realización de estudios preliminares o exploratorios. La recogida y análisis de datos para efectuar este estudio se ha llevado a cabo mediante el uso del programa *API Streaming* de *Twitter* y el paquete de softwares *UCInet*, el cual permite importar matrices de datos provenientes de una red social.

**PALABRAS CLAVE:** análisis de redes sociales (ARS); Criminología; metodología; *Twitter*.

---

**RESUM:** L'era de les noves tecnologies ha afavorit la proliferació de diverses formes d'interacció entre individus dins de l'àmbit de les xarxes socials. En aquest context, és imprescindible disposar d'eines que permetin entendre la complexitat de totes i cadascuna de les interaccions que es generen. L'anàlisi de xarxes socials (ARS) és una metodologia d'estudi àmpliament aplicada en l'àmbit de les ciències socials i naturals. No obstant això, en l'àmbit criminològic han estat escasses les ocasions en les quals aquesta metodologia ha estat aplicada. El present estudi té com a objectius (1) exposar la utilitat de l'ARS com a metodologia i eina de treball en l'àmbit de les ciències socials i jurídiques i (2) mostrar l'aplicabilitat de l'ARS en la ciència criminològica. A través d'un cas concret, el dels missatges d'odi difosos a través de *Twitter* durant els atemptats de Londres al juny de 2017, veurem com aquesta tècnica pot ser d'especial utilitat per a la realització d'estudis preliminars o exploratoris. La recollida i anàlisi de dades per efectuar aquest estudi s'ha dut a terme mitjançant l'ús del programa *API Streaming* de *Twitter* i el paquet de programaris *UCInet*, el qual permet importar matrius de dades provinents d'una xarxa social.

**PARAULES CLAU:** anàlisi de xarxes socials (ARS); Criminologia; metodologia; *Twitter*.

---

**ABSTRACT:** The era of new technologies has boosted the proliferation of different forms of interaction between individuals within the scope of social networks. In this context, it is essential to have tools that allow us to understand the complexity of each and every single interaction generated. The social network analysis (SNA) is a research methodology widely applied in the field of social and natural sciences. However, in the criminological field there have been few occasions in which this methodology has been applied, despite the great potential that it offers. The present study aims to (1) expose the usefulness of the SNA as a methodology and work tool in the field of social and legal sciences; and (2) show the applicability of SNA in criminological science. By means of a specific case, the hate messages spread on Twitter during the London terrorist attack in June 2017, we will see how this technique can be especially useful for conducting preliminary or exploratory studies. The collection and analysis of data has been carried out using the Twitter API Streaming program and the UCInet software package, which allows importing data matrices from a social network.

**KEY WORDS:** social network analysis (SNA); Criminology; methodology; *Twitter*.

## 1. METODOLOGÍA, ESTRUCTURA Y OBJETIVOS

El objetivo principal de la investigación es mostrar cómo la Criminología puede servirse del análisis de redes sociales como metodología de estudio. Para ello, se han definido 3 objetivos específicos:

- Exponer en qué consiste el ARS como herramienta de las ciencias sociales.
- Mostrar bajo qué teorías criminológicas podemos aplicar el ARS.
- Aplicar el ARS a un caso de interés criminológico.

Con el fin de dar respuesta a estos objetivos, se ha realizado un trabajo de recogida, análisis y revisión de la literatura científica relativa al ARS y a los postulados criminológicos en que argumentamos se sustenta la aplicación de la metodología en dicho ámbito. Posteriormente, y en base a esto, se ha procedido a aplicar el ARS a un tema de interés criminológico, como es el del discurso del odio en la red, en concreto a raíz del atentado terrorista que tuvo lugar en Londres en junio de 2017.

## 2. ANÁLISIS DE REDES SOCIALES

### 2.1. Aproximación al concepto

Esta metodología es frecuentemente utilizada en diferentes ámbitos de las ciencias sociales para realizar análisis en clave estructural, siendo especialmente utilizada en campos como el de la Sociología de las Organizaciones<sup>1</sup>.

Una de las definiciones más prácticas sobre el análisis de redes la realizan<sup>2</sup> quienes indican que esta metodología es un mecanismo muy práctico que permite el estudio de las interacciones entre seres humanos, entidades u organizaciones.

Otra definición de interés es la de SANZ MENÉNDEZ<sup>3</sup> que define esta metodología como una herramienta de medición y análisis de las estructuras sociales, añadiendo que el ARS hace uso

---

<sup>1</sup> OTTE, E., ROUSSEAU, R., “Social network analysis: a powerful strategy, also for the information sciences”, *Journal of information Science*, vol. 28, n. 6, 2002, pp. 441-453.

<sup>2</sup> MARCUS, S.E., MOY, M., COFFMAN, T., “Social Network Analysis”, en COOK, D.J., HOLDER, L.B. (Dirs.), *Mining graph data*, Hoboken, John Wiley & Sons, 2007.

<sup>3</sup> SANZ MENÉNDEZ, L., “Análisis de Redes Sociales: o como representar las estructuras sociales subyacentes”, *Apuntes de Ciencia y Tecnología*, n. 7, 2003, pp. 21-29.

de diversas técnicas de análisis para el estudio formal de las relaciones entre actores, para así estudiar las estructuras sociales que pueden devenir de estas relaciones.

Si volvemos a la definición de MARCUS, MOY y COFFMAN, podemos observar cómo, al margen de la definición, realizan diferentes apuntes y aclaraciones sobre la aplicación de este tipo de análisis a efectos de diferenciarlo de otras metodologías:

- a) Los sujetos no son el eje vertebrador: lo que interesa son las interacciones, por lo que los sujetos *per se* no configuran los elementos centrales de este tipo de estudios.
- b) El formato en el que la información se recogerá: en la mayoría de las ocasiones se querrán conocer las vinculaciones existentes entre los individuos de una red más que las características de los individuos.
- c) Un cambio en el lenguaje: las unidades de análisis dentro de una red no son mencionadas como sujetos o casos de análisis, sino que se denominan “nodos”. Por otra parte, cuando se recoge información sobre las características de los nodos, se hace con la finalidad de conocer la similitud entre los individuos que se encuentran conectados (lo que se conoce en análisis de redes como *homofilia*). Estas características de los nodos se conocen dentro del mundo del ARS como “atributos”.

Cabe mencionar, como apunte, que cuando se alude al término “redes sociales” no nos referimos al concepto más frecuentemente utilizado en la actualidad, es decir, a las plataformas digitales. Nos referimos a cualquier entramado social que se configure a partir de la interacción entre individuos. Este va a ser nuestro objeto de estudio (aunque las plataformas digitales también pueden ser objeto de un estudio mediante análisis de redes).

Una vez se dispone de los requisitos comentados anteriormente, es necesario confeccionar dos tipos de matrices de datos con la información recogida previamente: 1) una matriz binaria, usualmente simétrica, donde se haga mención a la presencia o ausencia de relación entre los diferentes nodos configuradores de una red y 2) una matriz donde se recojan todos los atributos que hayamos reunido sobre los nodos. Una vez confeccionadas estas matrices, es necesario introducirlas en *softwares* destinados a la confección de redes.

## 2.2. Antecedentes teóricos

Los primeros estudios basados en ARS se emplearon para validar hipótesis como la concerniente a la idea de los seis grados de separación o “*Small World Phenomenon*”. Esta hipótesis, presentada por KARINTHY<sup>4</sup> y posteriormente testada por GUARE<sup>5</sup> constituye uno de los inicios del análisis de redes: se intentó testar que con 6 distancias, es decir, pasando por un máximo de 6 personas una carta (sin la existencia de las TIC), dicha carta podía llegar de una parte de Estados Unidos a la opuesta. Esta teoría se validó posteriormente para indicar que estos 6 grados de separación son las distancias que existen entre cualquiera de los individuos del mundo. Hay que indicar que con el uso de las nuevas tecnologías estas distancias se han llegado a reducir hasta 4 distancias aproximadamente.

Es preciso mencionar que el motivo por el que esta metodología se ha puesto de moda recientemente es debido a que tradicionalmente las redes debían confeccionarse haciendo uso de mecanismos manuales, con la complicación añadida que suponía para darle validez científica. Por esta razón el avance de las TIC ha permitido el desarrollo de herramientas informáticas que permiten explotar con mayor facilidad las redes.

Uno de los *softwares* más conocidos para la confección y análisis de redes es *UCInet*<sup>6</sup> el cual permite dibujar redes de un universo determinado, aunque también existen otros programas informáticos como *EgoNet*<sup>7</sup>.

Por otra parte, para poder dibujar y visualizar las redes más allá de los posibles cálculos que se puedan realizar mediante el programa informático, también existen *softwares* capaces de plasmar los datos introducidos mediante matrices en mapas visuales, para así ejemplificar mejor las redes producidas, siendo *NetDraw* uno de los softwares de referencia. Cabe añadir que determinados paquetes de *R Studio*<sup>8</sup> como “*SNA*” o “*igraph*”, también permiten analizar redes y dibujarlas.

---

<sup>4</sup> KARINTHY, F., “Chain-links”, *Everything is different*, 1929. Recuperado el 15/11/2018, de <https://www.motamem.org/wp-content/uploads/2015/11/Karinty-Chain-Links-1929.pdf>.

<sup>5</sup> GUARE, J., *Six degrees of separation: A play*, New York, Vintage Books, 1990.

<sup>6</sup> BORGATTI, S.P., EVERETT, M.G., FREEMAN, L.C., *Ucinet for Windows: Software for Social Network Analysis*, Harvard, Analytic Technologies, 2002.

<sup>7</sup> MCCARTY, C. (2014). *EgoNet*. SourceForge. Recuperado el 18/05/2018, disponible en <https://sourceforge.net/projects/egonet/>

<sup>8</sup> RSTUDIO TEAM. (2015). RStudio: Integrated Development for R. Recuperado el 02/11/2018 disponible en <http://www.rstudio.com/>

### 2.3. Medidas de cálculo en el análisis de redes

El programa *UCInet* permite, como se ha mencionado anteriormente, analizar matrices de datos y dibujarlas, modificando los nodos visualmente para también visualizar los atributos y hacer de la figura resultante un instrumento capaz de transmitir el máximo de información posible con sólo mirar la imagen.

Sin embargo, si hacíamos mención a que lo importante en ARS es conocer las relaciones que existen entre los individuos, hay que indicar que, en una red con tantas conexiones, o en redes donde haya una gran cantidad de nodos, la posibilidad de ejemplificar y aclarar cuáles son las relaciones entre nodos mediante líneas en una imagen supone un trabajo complejo.

Por ello, el ARS, así como el *software* que sirve para realizar este tipo de análisis, permiten calcular multitud de indicadores para así poder hacer llegar explicaciones sobre las características de los vínculos que hay en las redes, todo ello con el fin de obtener características sobre posibles subgrupos en la red seleccionada, cohesión de la misma, etc.

A efectos de mostrar una mayor solidez en los hallazgos que resulten de esta metodología, *UCInet* permite someter a validez estadística todos sus cálculos.

## 3. ANÁLISIS DE REDES SOCIALES Y CRIMINOLOGÍA

En este apartado se pretende exponer brevemente cuáles son los postulados criminológicos en base a los cuales sostenemos que el ARS puede ser una herramienta de gran utilidad.

La Criminología, en palabras de GARCÍA-PABLOS<sup>9</sup>, se ocupa:

“Del estudio del crimen, de la persona del infractor, la víctima y el control social del comportamiento delictivo; y trata de suministrar información válida, contrastada sobre la génesis dinámica y variables principales del crimen - contemplado éste como problema individual y como problema social; así como sobre programas de prevención eficaz del mismo, las técnicas de intervención positiva en el hombre delincuente - y en su víctima - y los distintos modelos o sistemas de respuesta al delito.”

Es decir, se ocupa del estudio de las conductas infractoras y/o desviadas, de todo aquello que las rodea, así como de lo que las precede, lo que ocurre durante y lo que acontece *a posteriori*.

---

<sup>9</sup> GARCÍA-PABLOS, A., *Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013.

Las conductas delictivas o desviadas son un acto social que tiene lugar en un contexto de interacción entre individuos. Precisamente es esa naturaleza relacional de la realidad social, asumida por las ciencias sociales, la que sustenta la relevancia del estudio de las interacciones entre individuos. Es por ello que el ARS encuentra cabida en cualquier investigación que parta de teorías criminológicas que centren su atención en esa dirección.

Es el caso, por ejemplo, de las teorías agrupadas bajo el nombre de Teorías de las Influencias Sociales. Desde estas se ha venido poniendo de relieve la importancia de las relaciones en cuanto al desarrollo de conductas desviadas o delictivas<sup>10</sup>. Ya desde la infancia el establecimiento de vínculos con grupos de referencia, principalmente la familia, resulta imprescindible para asegurar una correcta transmisión de valores prosociales y fomentar una conducta respetuosa a lo largo del desarrollo. Tal y como establece la Teoría de los Vínculos Sociales<sup>11</sup>, la creación de vínculos con figuras referentes funciona como el principal canal de socialización que tanto puede favorecer un comportamiento prosocial, como uno antisocial.

Dentro de este grupo también se encuentran las Teorías del Control, de entre las cuales subrayamos la Teoría del Autocontrol<sup>12</sup>. Pese a que venimos diciendo que en el ámbito criminológico han sido escasas las ocasiones en las que se ha aplicado el ARS, excepciones como la publicación de YOUNG<sup>13</sup>, en la que aplica el ARS en el marco de una investigación sobre la relación existente entre el autocontrol y la elección de amistades, afianzan su utilidad para la Criminología.

Otro grupo de teorías son las del Aprendizaje Social, dentro de las que destacamos la Teoría de la Asociación Diferencial elaborada por SUTHERLAND<sup>14</sup>, que explican el comportamiento delictivo a partir de una serie de mecanismos de aprendizaje que no pueden darse si no es en un marco de interacción social. Es evidente que esta puede ser una muy buena herramienta para estudiar fenómenos como la delincuencia de cuello blanco<sup>15</sup> y la delincuencia organizada. En este tipo de delincuencia el papel de las relaciones interpersonales y de las

---

<sup>10</sup> CLOWARD, R., OLHIN, L., *Delinquent and opportunity. A theory of delinquent gangs*, New York, Free Press, 1960.

<sup>11</sup> HIRSCHI, T., *Causes of delinquency*, Berkeley, University of California Press, 1969.

<sup>12</sup> GOTTFREDSON, M.R., HIRSCHI, T., *A general theory of crime*, Palo Alto, Stanford University Press, 1990.

<sup>13</sup> YOUNG, J.T., "How do they 'end up together'? A social network analysis of self-control, homophily, and adolescent relationships", *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 27, n. 3, 2011, pp.251-273.

<sup>14</sup> SUTHERLAND, E., "White Collar Criminality", *American Sociology Review*, vol. 5, n. 1, 1940, pp. 1-12.

<sup>15</sup> SUTHERLAND, E., *Principles of Criminology*, New York, JB Lippincott, 1939.

interacciones que se establecen entre distintas entidades (ya sean públicas o privadas) es altamente relevante a la hora de transmitir técnicas delictivas, así como para la creación de oportunidades para el delito. La complejidad de la red que se teje en estos casos puede elevarse a niveles incomprensibles y esto puede verse subsanado, en parte, con la aplicación de técnicas propias del ARS<sup>16</sup>.

Así pues, entender con quién establecen relaciones los individuos que cometen conductas desviadas y/o delictivas y qué características presentan estas, puede ayudarnos a una mejor comprensión del fenómeno, así como a la detección de situaciones problemáticas que nos permitan elaborar estrategias de prevención adecuadas. Cualquier herramienta que nos facilite este estudio debería ser bienvenida.

#### **4. APLICACIÓN DEL ARS A UN CASO DE INTERÉS CRIMINOLÓGICO: LOS MENSAJES DE ODIOS EMITIDOS EN TWITTER TRAS LOS ATENTADOS DE LONDRES**

##### **4.1. Antecedentes de hecho**

El 3 de junio de 2017, alrededor de las diez de la noche, se produjo en la ciudad de Londres un ataque terrorista. Tres hombres al volante de una furgoneta arrollaron a una veintena de peatones cerca de la estación del Puente de Londres. Continuaron circulando hasta el *Borough Market* donde se bajaron y apuñalaron a varias personas y, finalmente, fueron abatidos por la policía. Como resultado se produjeron siete muertos y decenas de heridos.

Estos hechos generaron gran conmoción en la sociedad y, como ya había ocurrido con anteriores ataques, la población acudió de inmediato a las redes sociales para informarse y volcar multitud de mensajes. En *Twitter* fueron miles los tuits emitidos minutos después de los hechos, tanto por parte de instituciones oficiales como por usuarios de todo el mundo, y rápidamente se adoptó el hashtag *#LondonBridge* para referirse al incidente. Aunque muchos de los mensajes tenían carácter informativo o de solidaridad con las víctimas y ciudadanos de Londres, se abrió también un espacio para la difusión de mensajes de odio dirigidos tanto al grupo terrorista como a la religión musulmana y a sus practicantes.

---

<sup>16</sup> HOMBRADO, J., “Análisis de redes sociales y delincuencia de cuello blanco. Un nuevo enfoque analítico en Criminología”, *Criminología y justicia Refurbished #1*, vol. 2, 2017, pp. 11-36.

## 4.2. Introducción al estudio de caso

En los últimos años, con la expansión de las TIC y las plataformas sociales, una parte de la Criminología ha empezado a mostrar cierta preocupación por lo que ocurre en ellas. El ciberespacio, tal y como lo consideran MIRÓ y JOHNSON<sup>17</sup>, es un espacio más de interacción entre individuos y, aunque difiere de los espacios físicos en distintos aspectos, en él podemos aplicar postulados de la Criminología ambiental para el estudio de aquellas conductas antisociales que puedan desarrollarse.

Estos espacios, como *Twitter*, en los que existe un escaso control, tanto formal como informal, se presentan con unas particularidades que afectan directamente al modo de interacción entre individuos. Además, sus singularidades han provocado que la divulgación del *hate-speech* en plataformas como *Twitter* haya encontrado nuevas y mejores formas de difusión. Ello ha propiciado recientes publicaciones que tratan de arrojar luz sobre lo que ocurre en el ciberespacio<sup>18</sup>, así como sobre la configuración de nuevos tipos penales.

Eventos que generan gran conmoción social, como atentados, suelen catapultar períodos temporales de gran concentración de mensajes de odio, especialmente en la red. Dada la preocupación no solamente institucional y académica, sino también social, con el estudio de los mensajes de *Twitter* difundidos en la red tras los atentados de Londres, nuestro objetivo es mostrar cómo, aplicando el ARS, podemos colaborar en la necesidad de generar conocimiento sobre lo que ocurre en estos espacios. En concreto sobre cómo interaccionan y qué características tienen aquellos usuarios que difunden mensajes de odio.

## 4.3. Metodología y muestra

En colaboración con el centro CRIMINA se recogieron 200.882 tuits de entre los que se publicaron durante los 3 días siguientes a los atentados mediante el programa *API Streaming* de *Twitter*. Cada uno de estos tuits contenía alguno/s de los hashtags: *#Prayforlondon*, *#Stopislam*, *#Londonbridge*. A cada uno de ellos se le atribuyó una connotación: solidaridad, odio y neutro, respectivamente.

---

<sup>17</sup> MIRÓ LLINARES, F., JOHNSON, S. D., “Cybercrime and Place: Applying Environmental Criminology to Crimes in Cyberspace”, *The Oxford Handbook of Environmental Criminology*, 2018, pp. 1-27.

<sup>18</sup> Ver AGUILAR GARCÍA, M.A., (Dir.) *Manual Práctico Para La Investigación Y Enjuiciamiento de Delitos de Odio y Discriminación*, Barcelona, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2015; MIRÓ LLINARES, F., (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres: El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017; MIRÓ LLINARES, F., JOHNSON, S.D., “Cybercrime and Place: Applying Environmental Criminology to Crimes in Cyberspace”, *The Oxford Handbook of Environmental Criminology*, 2018, pp. 1-27.

Junto con estos, se recogió también información referente al emisor de ese tuit, la hora en la que se realizó, si se trataba de un tuit, retuit o mención, el número de seguidores del emisor, la localización de este, entre otros. Estos tuits fueron clasificados en función de si eran mensajes de odio o no por parejas de jueces entrenados en criterios de taxonomía de la comunicación violenta y discurso de odio en Internet.

No obstante, para el presente estudio, por cuestiones de practicidad, se ha decidido seleccionar una muestra aleatorizada de la base de datos original obteniendo una muestra de 3.000 *tweets*<sup>19</sup>.

En relación con el procedimiento de elaboración de las redes y su posterior análisis, se han confeccionado tres redes egocentradas, donde los nodos *Ego* son los tres *hashtags* mencionados anteriormente. Los *alter* de la red en cuestión son la muestra de 3.000 mensajes seleccionados de la base de datos.

#### **4.4. Resultados**

Una vez seleccionados los nodos que configurarán nuestra red, es decir los 3.000 tuits, se ha procedido a la aplicación del programa *UCINet*. Este ha permitido dibujar la red de nodos, tal y como se muestra la Figura 1, atendiendo a la presencia/ausencia de los 3 *hashtags* en el contenido de sus mensajes.

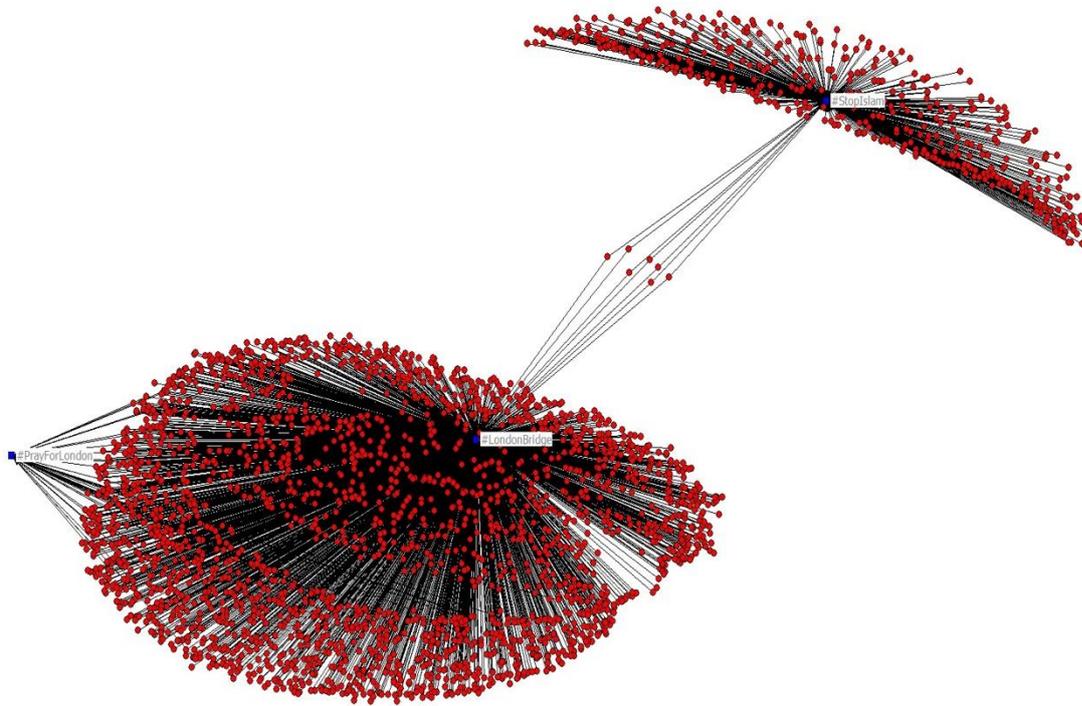
El formato de disposición de los *nodos* en la interfaz del programa responde a la distribución y clasificación que realiza el programa *UCINet* siguiendo un algoritmo que atiende al criterio de la homofilia (proximidad de los nodos a razón de su semejanza).

---

<sup>19</sup> Aunque se disponía de toda la base de datos, se decidió explotar solo 3.000 mensajes de forma aleatorizada entendiendo que era una muestra suficiente para asumir los objetivos que se presentaban en este estudio.

También cabe mencionar que la muestra inicial de 200.000 se ha reservado para una posterior investigación que actualmente se está realizando profundamente en colaboración con el centro CRIMINA.

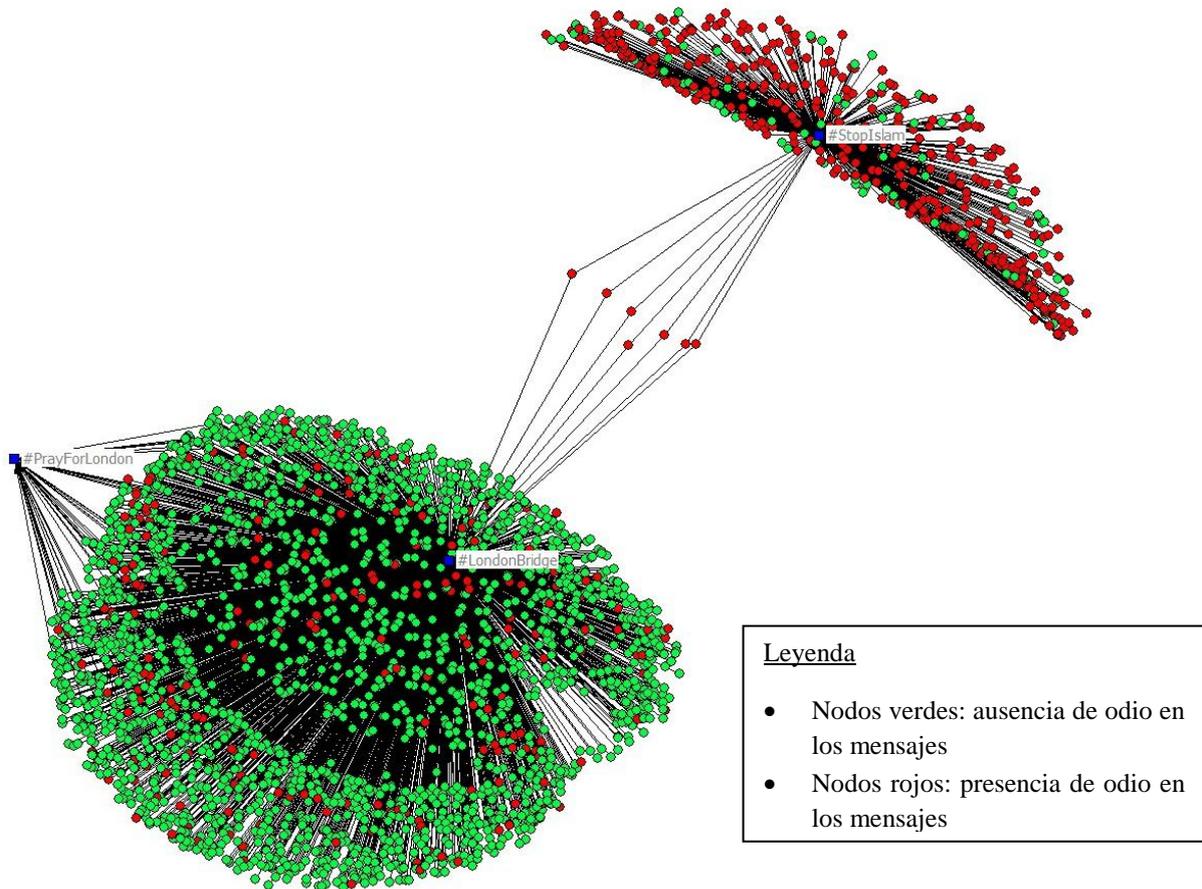
Figura 1: Red de tuits distribuidos según los hashtags existentes en el contenido de los mensajes



En la imagen podemos apreciar cómo existe una gran concentración de tuits que contienen, como mínimo, el *hashtag* “#LondonBridge”. De hecho, aquellos tuits que solamente incluyeron este *hashtag* neutro representan la gran parte de nuestra muestra. Encontramos, asimismo, una segunda concentración de nodos entorno al *ego* #StopIslam. De estos, hay siete mensajes que comparten ambos *hashtags*. Observamos también que la concentración entorno al *ego* #PrayForLondon es la más baja. De hecho, no existen mensajes que contengan únicamente el *hashtag* #PrayForLondon, todos incluyeron también el *hashtag* #LondonBridge, así como tampoco existe ningún tuit que contenga a la vez los *hashtags* #PrayforLondon y #StopIslam.

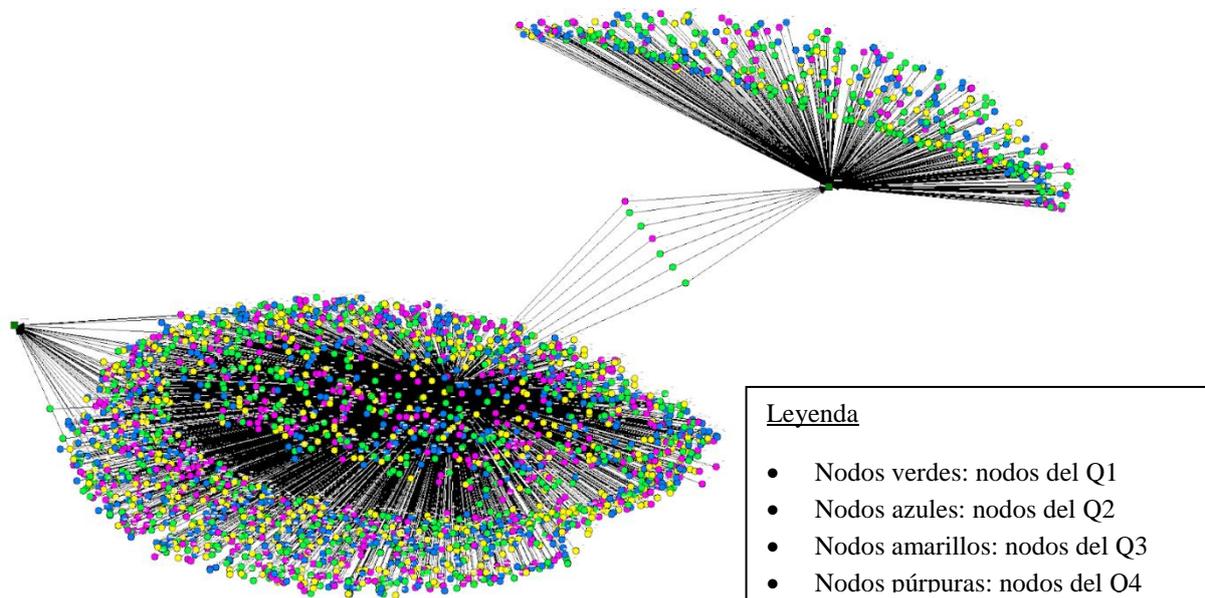
A efectos de estudiar el grado de semejanza entre los nodos que poseen determinados *hashtags*, así como para conocer cómo se distribuye una red a razón de algunos de sus atributos, se ha optado por elaborar una segunda red (ver Figura 2) condicionada al atributo “odio” en función de su presencia o ausencia. De este modo, se consigue mostrar el grado de concentración de mensajes de odio en función de si contienen un *hashtag* de solidaridad, de odio o neutro.

Figura 2: redes egocentradas clasificadas según presencia de odio en sus mensajes



En la Figura 2 se puede apreciar como la mayor concentración de nodos con presencia de odio en sus mensajes son aquellos que incluyen el *hashtag* #StopIslam, mientras que los dos *hashtags* restantes muestran una tendencia a estar contenidos en mensajes sin odio. También es significativo el hecho que los 7 mensajes que contienen el *hashtag* #StopIslam y #LondonBridge, son mensajes de odio.

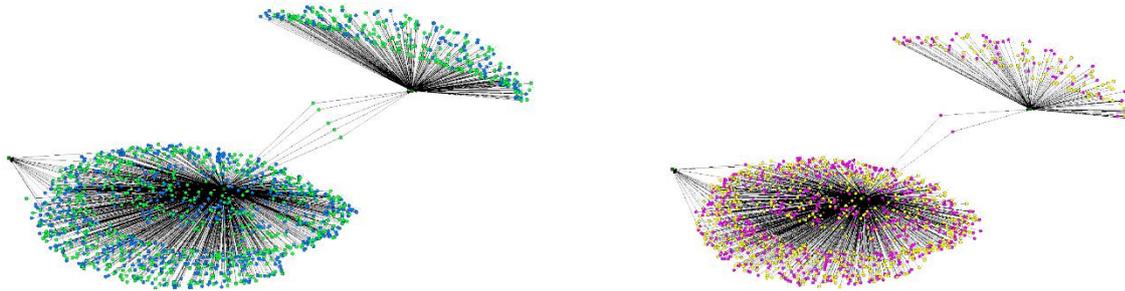
Figura 3: red distribuida en cuartiles a razón del número de followers



Otro elemento relevante en cuanto al estudio de las características de los mensajes de odio, así como de los usuarios que los emiten, es el número de seguidores de estos. Se presupone una mayor difusión del mensaje a mayor número de *hashtags* y también de usuarios que siguen la cuenta. Respecto al número de *followers* lo que se ha hecho ha sido calcular los cuartiles 1, 2, 3 y 4, de manera que hemos establecido cuatro rangos para esta variable. Es decir, el primer rango es de 0 a Q1, el segundo rango es de Q1 a Q2, el tercero de Q2 a Q3 y el último rango de Q3 a Q4 (Figura 3).

En la Figura 4 están representados aquellos mensajes contenidos en el cuartil Q1 (658 nodos) y Q2 (759 nodos), y que por lo tanto tienen menos *followers*. Y en la Figura 5 los que se encuentran en los Q3 (724 nodos) y Q4 (872 nodos). Lo que muestran las Figuras 4 y 5 es que la mayor concentración de mensajes que pueden vincularse a mensajes de odio se encuentran en los cuartiles inferiores, concretamente 309 nodos se encuentran vinculados a los dos primeros cuartiles con menos usuarios, mientras que solo 159 usuarios se encuentran en los dos cuartiles superiores. Esto se puede observar rápidamente con la densidad de nodos de la nebulosa situada en la parte superior derecha de los gráficos.

Figuras 4 y 5: redes clasificadas según el número de followers (en cuartiles).<sup>20</sup>



## 5. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS Y CONCLUSIONES

Con todo lo expuesto podemos afirmar que el análisis de redes sociales es una herramienta analítica que puede ser de gran utilidad en el campo de las ciencias sociales, y más concretamente, en el campo de la ciencia criminológica. Además, podemos afirmar que existen numerosas teorías criminológicas que fundamentan y justifican la aplicación de esta herramienta en las investigaciones llevadas a cabo desde este campo. Finalmente, el estudio sobre el caso de los atentados en Londres y la difusión del *Hate-Speech* en *Twitter* es un ejemplo claro sobre cómo el ARS es una herramienta analítica que permite mostrar de forma visual ciertas características relevantes que contienen los diferentes mensajes producidos en la plataforma social.

Cabe indicar, como limitación del estudio, que al no haber empleado la muestra íntegra, podría existir el riesgo de encontrar resultados poco significativos con relación al resto de la muestra. No obstante, se consideró que utilizar una muestra más reducida era suficiente, a efectos de dar respuesta a los objetivos de la investigación y que permitía mostrar, en particular, el potencial del ARS para la Criminología.

En cuanto a la utilidad del ARS para la investigación criminológica cabe destacar que consideramos que su mayor potencial se encuentra en la realización de estudios descriptivos y exploratorios o para las primeras fases de una investigación. El hecho que nos permita simplificar realidades tan complejas como son las interacciones entre individuos,

<sup>20</sup> La figura 4 representa la distribución de los dos primeros cuartiles y la figura 5 la distribución de los dos últimos cuartiles.

organizaciones, grupos, etc. nos permite poder describir con mayor detalle los tipos y características de esas interacciones. Del mismo modo nos permite observar tendencias de una forma muy intuitiva y así facilitar el planteamiento de hipótesis y objetivos. Con ello no descartamos que pueda ser igualmente útil para otras fases de la investigación. De hecho, también se ha aplicado como una herramienta de refuerzo a técnicas de investigación cualitativas, permitiendo, por ejemplo, encontrar similitudes entre entrevistas realizadas a distintos sujetos<sup>21</sup>.

Con todo lo expuesto, queda claro el amplio abanico de oportunidades que ofrece el Análisis de Redes Sociales para la investigación criminológica. Aunque los resultados que este artículo puede ofrecer son más bien limitados, nuestro principal objetivo con este estudio ha sido dar a conocer el ARS y animar a la comunidad criminológica a la introducción de nuevas metodologías de estudio en el desarrollo de sus investigaciones.

---

<sup>21</sup> ENNETT, S. T. ET AL., "The peer context of adolescent substance use: Findings from social network analysis", *Journal of research on adolescence*, vol. V, n. 16, 2006, pp. 159-186.

## REFERENCIAS

AGUILAR GARCÍA, M.A., (Dir.) *Manual Práctico Para La Investigación Y Enjuiciamiento de Delitos de Odio y Discriminación*, Barcelona, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2015.

BORGATTI, S.P., EVERETT, M.G., FREEMAN, L.C., *Ucinet for Windows: Software for Social Network Analysis*, Harvard, Analytic Technologies, 2002.

CLOWARD, R., OLHIN, L., *Delinquent and opportunity. A theory of delinquent gangs*, New York, Free Press, 1960.

ENNETT, S. T. ET AL., “The peer context of adolescent substance use: Findings from social network analysis”, *Journal of research on adolescence*, vol. 16, n. 5, 2006, pp. 159-186.

GARCÍA-PABLOS, A., *Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013.

GOTTFREDSON, M.R., HIRSCHI, T., *A general theory of crime*, Palo Alto, Stanford University Press, 1990.

GUARE, J., *Six degrees of separation: A play*, New York, Vintage Books, 1990.

HIRSCHI, T., *Causes of delinquency*, Berkeley, University of California Press, 1969.

HOMBRADO, J., “Análisis de redes sociales y delincuencia de cuello blanco. Un nuevo enfoque analítico en Criminología”, *Criminología y justicia Refurbished #1*, vol. 2, 2017, pp.11-36.

KARINTHY, F., “Chain-links”, *Everything is different*, 1929. Recuperado el 15/11/2018, de <https://www.motamem.org/wp-content/uploads/2015/11/Karinty-Chain-Links-1929.pdf>.

MARCUS, S.E., MOY, M., COFFMAN, T., “Social Network Analysis”, en COOK, D.J., HOLDER, L.B. (Dir.), *Mining graph data*, Hoboken, John Wiley & Sons, 2007.

MCCARTY, C. (2014). *EgoNet*. SourceForge. Recuperado el 18/5/2018, disponible en <https://sourceforge.net/projects/egonet/>

MIRÓ LLINARES, F., (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres: El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

MIRÓ LLINARES, F., JOHNSON, S.D., “Cybercrime and Place: Applying Environmental Criminology to Crimes in Cyberspace”, *The Oxford Handbook of Environmental Criminology*, 2018, pp. 1-27.

OTTE, E., ROUSSEAU, R., “Social network analysis: a powerful strategy, also for the information sciences”, *Journal of information Science*, vol. 28, n. 6, 2002, pp. 441-453.

RODRÍGUEZ IZQUIERDO, M., “El discurso del odio a través de Internet”, en REVENGA SÁNCHEZ, M. (Dir.), *Libertad de Expresión y discursos del odio, Cuadernos de la Cátedra Democracia y Derechos Humanos*, Alcalá de Henares, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, 2015.

RSTUDIO TEAM. (2015). RStudio: Integrated Development for R. Recuperado el 02/11/2018 disponible en <http://www.rstudio.com/>

SANZ MENÉNDEZ, L., “Análisis de Redes Sociales: o como representar las estructuras sociales subyacentes”, *Apuntes de Ciencia y Tecnología*, n. 7, 2003, pp. 21-29.

SUTHERLAND, E., “White Collar Criminality”, *American Sociology Review*, vol. 5, n. 1, 1940, pp. 1-12.

SUTHERLAND, E., *Principles of Criminology*, New York, JB Lippincott, 1939.

YOUNG, J.T., “How do they ‘end up together’? A social network analysis of self-control, homophily, and adolescent relationships”, *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 27, n. 3, 2011, pp. 251-273.



**FORMAS ACTUALES DE CRIMINALIDAD.  
VIOLENCIA EN EL FUTBOL. GRUPOS VIOLENTOS**

ILDEFONSO MANUEL GÓMEZ PADILLA

**TRANSJUS**  
WPPublications

Como citar:

Gómez Padilla, I.M. (2019). “Formas actuales de criminalidad. Violencia en el futbol. Grupos violentos”. En *Nuevas formas de criminalidad y su persecución*. TransJus Working Papers Publication - Edición Especial (N. 1/2019, pp. 29-40).

---

**SUMARIO:** 1. Aproximación al concepto de violencia en el deporte. Fundamento de la violencia; 1.1 Aproximación al concepto de violencia en el deporte; 1.2 Fundamentos de la violencia en el deporte. 2. Organizaciones y grupos criminales; 2.1 Estructura; 2.1.1 Organización criminal; 2.1.2. Grupo criminal; 2.1.3. Disposiciones comunes a la organización y al grupo; 3. Grupos violentos; 4. Conclusiones. “Grupos de aficionados organizados”.

---

**RESUMEN:** Con este trabajo se pretende analizar el concepto cada vez más habitual de la violencia en el deporte, más concretamente aportar una visión de la violencia desde el punto de vista exógeno, consecuencia siempre de la violencia endógena que genera el deporte en general y el fútbol en particular, entendido más como negocio que como deporte. La deriva y magnitud que ha adquirido la violencia en el deporte se aparta de la espontánea violencia puntual que genera una actividad física deportiva de contacto como es el fútbol; o una discusión por una jugada controvertida que degenera en violencia física o verbal (violencia gestual). Se pretenderá constatar que existe una forma organizada de criminalidad alrededor de los grupos de aficionados de unos y otros clubes que generan tensiones y violencia allí donde se desplazan. Se realizará un breve análisis comparativo de nuestro entorno más cercano.

**PALABRAS CLAVE:** criminalidad, delito, violencia endógena, violencia exógena, violencia gestual.

---

**RESUM:** Amb aquest treball es pretén analitzar el concepte cada vegada més habitual de la violència en l'esport, més concretament aportar una visió de la violència des del punt de vista exogen, conseqüència sempre de la violència endògena que genera l'esport en general i el futbol en particular, entès més com a negoci que com a esport. La deriva i magnitud que ha adquirit la violència en l'esport s'aparta de l'espontània violència puntual que genera una activitat física esportiva de contacte com és el futbol; o una discussió per una jugada controvertida que degenera en violència física o verbal (violència gestual). Es pretindrà constatar que existeix una forma organitzada de criminalitat al voltant dels grups d'aficionats d'uns i uns altres clubs que generen tensions i violència allí on es desplacen. Es realitzarà una breu anàlisi comparativa del nostre entorn més proper.

**PARAULES CLAU:** criminalitat, delictes, violència endògena, violència exògena, violència gestual.

---

**ABSTRACT:** With this work, it is intended to analyze the increasingly common misconception of violence in sport, more specifically a vision of violence from the point of exogenous vita, always a consequence of the endogenous violence that general sports in general and more specifically football in particular, understood more as a business than as a sport. The consequence of this concept has derived, not in the spontaneous punctual violence generated by a contact physical activity such as soccer; or a discussion of a controversial move that degenerates into physical or verbal violence (gestural violence). It will try to show that there is an organized form of crime around the amateur groups of some clubs that generate tensions and violence wherever they go. There will be a brief comparative analysis of our closest environment.

**KEY WORDS:** criminality, crime, endogenous violence, exogenous violence, gestural violence.

## **1. APROXIMACION AL CONCEPTO DE VIOLENCIA EN EL DEPORTE. FUNDAMENTO DE LA VIOLENCIA**

### **1.1. Aproximación al concepto de violencia en el deporte**

En una primera aproximación al concepto de violencia en boca de J. SANMARTÍN, la define como: “la agresividad fuera de control, un descontrol que se traduce en una agresividad hipertrofiada”<sup>1</sup>.

Para el sentido común, parece incomprensible que pudiera existir una relación o paralelismo entre el concepto de violencia y deporte, entendiendo por violencia una conducta dañina que una persona realiza sobre otra física, psíquica o verbal y por contrapartida, por deporte se debe entender toda actividad física que realiza el ser humano sin ánimo de infligir ningún daño a nadie y con la intención de crecer como persona de manera integral.

Un concepto integral de violencia está basado en tres pilares claves<sup>2</sup>:

- Violencia exógena: proviene de la consecuencia directa de la práctica deportiva.
- Violencia endógena: se produce como consecuencia directa de la práctica deportiva.
- Violencia gestual: la que se transmite a través de diferentes canales como medios de comunicación, audiovisuales, musicales, etc.

### **1.2. Fundamentos de la violencia en el deporte**

Grupos de fanáticos, declaraciones de jugadores, medios de comunicación social, declaraciones de los dirigentes, connotaciones políticas y económicas, infraestructuras inadecuadas, criterios arbitrales, ingesta de alcohol, contingentes policiales y poca cultura en los valores del deporte son entre otros muchos factores la base sobre la que se sustenta en la actualidad la violencia en el deporte.

La violencia en el deporte a nivel internacional, como se podrá comprobar en los ejemplos prácticos de clubes, que a posteriori, se analizaran en la presente comunicación, se convierte en

---

<sup>1</sup> SANMARTIN, J. (Dir.), *Agresividad y violencia. El laberinto de la violencia. Causas y efectos y tipos*, Barcelona, Ed. Ariel, 2004, pp. 21-22.

<sup>2</sup> RIOS CORBACHO, J.M., *Violencia, Deporte y Derecho Penal*, Madrid, Ed. Reus, 2014, p.11.

una situación ambigua, lo normal es que se condene, aunque con frecuencia se tolera. A menudo todos los factores anteriormente mencionados que intervienen y contribuyen a la violencia en el deporte con frecuencia confunden la “vehemencia competitiva”<sup>3</sup>, la permisión de violencia en el deporte. Para BREDEMEIER, existe violencia cuando se coartan los derechos de una persona, mientras que considera que ha habido agresión cuando deliberadamente se pretende causar daño físico o moral.

No obstante, tras esa afirmación general, deberemos analizar cada una de las modalidades de conductas violentas y relacionarlas con el ámbito deportivo en el que se desarrollan. Así, las modalidades de conducta violentas se pueden clasificar<sup>4</sup> en:

- Física: contacto cuerpo a cuerpo entre deportistas.
- Técnica: falta de ética del deportista que no cumple las reglas del deporte.
- Psíquica: exigencia de victorias al deportista. Este elemento, para algún sector doctrinal, presenta dudas, ya que consideran que este tipo de violencia, es inherente al deporte; sería una cuestión competitiva, ya que cualquier deportista quiere ganar. En todo caso, se entendería como violencia psíquica lo que en EEUU se denomina *trash talk* o a título de ejemplo, los ataques racistas contra otro deportista.

Otra clasificación destacada de los deportes en virtud de la violencia es la que confecciona MAJADA PLANELLES<sup>5</sup>, que realiza la siguiente diferenciación:

1. Deportes sin violencia sobre las personas: carreras a motor y humanas.
2. Deportes con violencia sobre las personas:
  - Violencia inmediata: boxeo, lucha.
  - Violencia eventual: fútbol, baloncesto.

---

<sup>3</sup> BREDEMEIER definió el comportamiento agresivo en el deporte como: “*The intentional initiation of violent and or injurious behaviour. ‘Violent’ means any physical, verbal or nonverbal offense, while “injurious behaviours” stand for any harmful intentions or actions*”, en BREDEMEIER, B.J., “Athletic aggression: A moral concern”, en GOLDSTEIN, J. (Dir.), *Sport violence*, New York, Springer-Verlag, 1983, pp. 47-81.

<sup>4</sup> BARRERO MUÑOZ, J., *Protagonistas contra la violencia en el deporte*, Madrid, Ed. Fragua, 2009, p. 65.

<sup>5</sup> MAJADA PLANELLES, A., “El problema penal de la muerte y las lesiones deportivas”, *Anuario de Derecho Penal*, n. 1, 1946, pp. 26-27. En esta línea se pronuncia CHANGARAY SEGURA, T.R., *El fútbol y el Derecho penal*, Lima, RAO, 1999, pp. 31- 32.

## 2. ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES

La consecuencia de la violencia deportiva analizada en el apartado anterior, ha derivado, no en la espontánea violencia puntual que genera una actividad física deportiva de contacto como es el fútbol; o una discusión por una jugada controvertida que degenera en violencia física o verbal (violencia gestual). Se pretenderá demostrar en este apartado, que existe una forma organizada de criminalidad alrededor de los grupos de aficionados de unos y otros clubes que generan tensiones y violencia allí donde se desplazan. Con este fin, vamos a disponernos a realizar un breve estudio previo de las diferencias existentes entre organización y grupo criminal a nivel legal en nuestro país.

En una aproximación general a los conceptos enunciados, la delincuencia organizada es la actividad delictiva de un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la Convención de Palermo con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico, político u otro beneficio de orden material<sup>6</sup>.

En la sociedad comúnmente se comete el error de usar indistintamente los conceptos de crimen organizado y organizaciones criminales. Ambos hacen referencia a un grupo de personas que, buscando alcanzar sus objetivos (que pueden ser riqueza, poder, etc. ya que esto es propio de los grupos terroristas.), realizan acciones que van en contra de la legislación existente. La diferencia central entre crimen organizado y grupo criminal, es que en el primero existen personas con los vínculos necesarios para evitar ser perseguidos por los delitos que cometen o evitar la pena o castigo de los mismos, y el grupo criminal no tiene estos vínculos.

El término de crimen organizado se ha utilizado recientemente para señalar a grupos de personas que se dedican a traficar drogas, personas, cometer secuestros, asesinatos, entre otros delitos. Veremos como en la última parte de esta comunicación, estos conceptos se extrapolan al deporte y en relación directa con la violencia exógena.

---

<sup>6</sup> NACIONES UNIDAS (2000). Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Recuperado el 26 de marzo de 2013, de: <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>, p. 5.

Con el propósito de armonizar la definición sobre delincuencia organizada y promover mecanismos de cooperación para su combate a nivel internacional, en 2000 las Naciones Unidas adoptaron en Palermo, Italia, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. En dicho instrumento se recogen definiciones universales sobre este fenómeno y se establecen mecanismos para su combate.

## **2.1. Estructura**

Cuando con el transcurso del tiempo la delincuencia “común”, llega a tal extremo de “evolución” o “perfeccionamiento”; cuando rebasa los límites de control gubernamental; cuando establece líneas especiales de operación basadas en un sistema complejo, tipo empresarial, bien estructurado en su comisión; cuando persigue a través de determinadas acciones violentas la búsqueda del poder, ya sea político, económico o social, es cuando podemos decir, sin lugar a dudas, que estamos frente a un caso de delincuencia organizada.

El concepto “delincuencia organizada” fue empleado por primera vez por el criminólogo norteamericano JOHN LADESCO en 1929, para designar a las operaciones delictivas provenientes de la mafia.

Este tipo de delincuencia fue designada con la palabra “organizada”, ya que se refiere a la “asociación”, a la “sociedad”, al “grupo”, al “sindicato”, a la “liga”, al “gremio”, como forma de conjuntar esfuerzos en grupo; y con el empleo de la violencia, soborno, intimidación y fuerza, los delincuentes llevaban a cabo sus actividades ilegales.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, este conjunto de conductas constituye una novedad en nuestro sistema punitivo, introducidas por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en nuestro CP. La necesidad de contar con instrumentos jurídicos para la lucha contra una forma de delincuencia sumamente peligrosa y en auge inspira la aparición de estos delitos. Y la inadecuación del delito de asociación ilícita, que hasta ahora se venía aplicando (escasamente), para la eficacia represiva del Código respecto de la delincuencia apoyada en un colectivo de sujetos, más o menos organizada, completan las razones de política criminal que justifican la aparición de los delitos de organización y grupo criminal. La Circular 2/2011, de la Fiscalía

General del Estado sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010<sup>7</sup>, en relación con las organizaciones y grupos criminales, se encarga de hacer un estudio pormenorizado al respecto que se puede resumir del siguiente tenor:

### *2.1.1. Organización criminal*

Conforme al artículo 570 bis del CP el concepto de organización se formula en el último párrafo del número 1 del artículo. Sus elementos son:

- Una pluralidad de personas.
- Vocación de permanencia en el concierto existente entre esas personas.
- El fin de la concertación debe dirigirse a la comisión de delitos o faltas.
- Que para alcanzar tal fin exista una coordinación entre los sujetos repartiéndose tareas y funciones.

### *2.1.2. Grupo criminal*

Conforme a lo establecido en el artículo 570 ter del CP, el grupo criminal se define de modo negativo en relación a la organización criminal. Tienen en común los requisitos de pluralidad de sujetos y finalidad delictiva. Estaremos ante un grupo cuando no se den la estabilidad o la complejidad organizativa o ambas.

Tanto en un caso como en otro la finalidad tiene que ser la comisión de varias infracciones penales, pues el concierto para cometer un delito determinado es un caso de conspiración para delinquir.

### *2.1.3. Disposiciones comunes a la organización y al grupo*

Se recogen en el artículo 570 quáter del CP, y son las siguientes: <sup>8</sup>

“Los jueces o tribunales acordarán la disolución de la organización o grupo y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias del artículo 31 bis (responsabilidad de las personas jurídicas) de este Código.

---

<sup>7</sup> Circular 2/2011, de la Fiscalía General del Estado.

<sup>8</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

Se impondrá a los responsables, además de las penas previstas, la de inhabilitación especial para todas aquellas actividades económicas o negocios jurídicos relacionados con la actividad de la organización o grupo criminal o con su actuación en el seno de los mismos, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, al número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente.”

En todo caso, cuando las conductas previstas estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4.<sup>a</sup> del artículo 8. El legislador está refiriéndose a posibles problemas concursales con el delito de asociación ilícita del artículo 515 y siguientes.

“Las disposiciones de ambas figuras serán aplicables a toda organización o grupo criminal que lleve a cabo cualquier acto penalmente relevante en España, aunque se hayan constituido, estén asentados o desarrollen su actividad en el extranjero.

Podrá imponer al responsable de cualquiera de los delitos la pena inferior en uno o dos grados, siempre que el sujeto haya abandonado de forma voluntaria sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o grupos a que haya pertenecido, bien para evitar la perpetración de un delito que se tratara de cometer en el seno o a través de dichas organizaciones o grupos.”

### 3. GRUPOS VIOLENTOS

Ultras es el nombre que se da en Europa a algunos “grupos de aficionados organizados” que apoyan a equipos deportivos, principalmente el fútbol. En Inglaterra se los conoce como *hooligans*, en Italia, *tifosi*. En toda Hispanoamérica, desde México hasta Chile y Argentina, éste tipo de grupos son conocidos como *barras bravas*, a excepción de Brasil, donde se les llaman *torcidas*. Normalmente están organizados en sectores o peñas, los cuales se ubican en un fondo específico del estadio.

En nuestro país, actualmente, destacan nueve grupos ultra “de riesgo” que permanecen activos en el fútbol español, seis de ellos en Primera División, dos en Segunda y uno en Segunda División

B, según el listado que la Comisión Estatal contra la Violencia en el Deporte<sup>9</sup> hizo público y trasladó a los clubes de fútbol a finales de 2017.

Con frecuencia nos encontramos en los medios de comunicación (violencia gestual) noticias relacionadas con la violencia alrededor del fútbol, a título de un ejemplo destacables y recientes: El apuñalamiento en los alrededores del estadio Wanda Metropolitano de un aficionado del Atlético de Madrid y la posterior detención de su presunto agresor, también del mismo club y miembro de Suburbios Firm (una facción expulsada del Frente Atlético). Estas y otras acciones violentas, han vuelto a poner de actualidad la situación de los grupos organizados de seguidores violentos de los equipos de fútbol. Los más graves, la muerte del aficionado de la Real Sociedad Aitor Zabaleta en las inmediaciones del estadio Vicente Calderón de Madrid, el 8 de diciembre de 1998 (asesinato por el que llegó a estar investigado el detenido hoy, aunque posteriormente se archivó la causa), y la de Francisco Javier Romero, Jimmy, miembro de los Riazor Blues —ultras del Deportivo de La Coruña— en una reyerta multitudinaria con integrantes del Frente Atlético.

El último informe oficial disponible sobre la situación de estos grupos, es el de la comisión estatal de octubre del año pasado para la temporada 2017-2018, habla de seis grupos ultra en Primera División: Frente Atlético (Atlético de Madrid), Riazor Blues (Deportivo de La Coruña), Biris Norte (Sevilla), Malaka y Frente Bokerón (Málaga) e Iraultza (Alavés).

Además, el registro de la comisión encargada de erradicar la violencia en el deporte cita los grupos Avispero y Ligallo Fondo Norte (ambos del Zaragoza, pero con ideologías enfrentadas), en Segunda División, y Jove Elx (Elche), en Segunda B.

La comisión comunicó a la Real Federación Española de Fútbol para su traslado a los clubes el listado “provisional”, ya que la intención es revisarlo periódicamente, de lo que denomina “grupos de seguidores considerados radicales y/o violentos” para que los equipos adopten las medidas necesarias para evitar cualquier forma de promoción o visibilidad de estos grupos, tanto en encuentros en los que el equipo actúa como local como en calidad de visitante.

De todos ellos, es el Frente Atlético el grupo más numeroso y algunos de cuyos integrantes más violentos se han visto envueltos en varios incidentes de gravedad en los últimos años.

---

<sup>9</sup> DIARIO AS. (18 de enero 2018). Nueve grupos ultra “de riesgo” permanecen activos en el fútbol español. Recuperado el 02/11/2018 de: [https://as.com/futbol/2018/01/18/mas\\_futbol/1516274957\\_503586.html](https://as.com/futbol/2018/01/18/mas_futbol/1516274957_503586.html).

La connivencia o cuanto menos, tolerancia, de algunos clubes de fútbol con sus aficionados más violentos permitió el desarrollo de estos grupos, especialmente en la década de los noventa, aunque progresivamente se han ido produciendo avances como la práctica desaparición de algunos de los más famosos y violentos como los Ultras Sur, del Real Madrid; los Boixos Nois, del Barcelona, o las Brigadas Blaquiazules, del Espanyol. Aunque, al igual que los Bukaneros, que no figuran en el último listado de grupos “de riesgo”, los Yomus, del Valencia, han aparecido relacionados con recientes incidentes violentos como los ocurridos el 9 de octubre en el Día Nacional del País Valencia y por los que varios de sus cabecillas fueron detenidos.

La mayoría de estos grupos tienen ideología ultraderechista, aunque también los hay de extrema izquierda como los Bukaneros, del Rayo Vallecano.

La carga política de esas bandas pesa en la mayoría de las ocasiones más que el pretendido “amor a los colores” del club y lleva a que ser aficionados de un mismo equipo se enfrenten entre sí, demostrando que el fútbol es una mera excusa para sus acciones violentas. Un ejemplo son los dos grupos ultra del Real Zaragoza, los Ligallo Fondo Norte (ultraderecha) y Avispero (extrema izquierda) que frecuentemente protagonizan peleas entre ellos.

Los ingleses inventaron el hooliganismo, especialmente cuando seguían a su selección en torneos internacionales. El fenómeno se ha exportado a todas partes. Existe en España, pese a que los dos “equipos grandes” Real Madrid y Barcelona, hayan expulsado de sus campos a Ultras Sur y Boixos Nois. También en Francia, con aficiones especialmente conflictivas como la del Olympique de Marsella. El movimiento ultra es común en buena parte de Sudamérica y ha jugado un papel clave en las movilizaciones políticas de la última década en el norte de África.

#### **4. CONCLUSIONES. “GRUPOS DE AFICIONADOS ORGANIZADOS”**

Existen en España diferentes investigaciones judiciales abiertas, entre ellas, a los radicales de Osasuna, que consideran a los “grupos de aficionados organizados” como “organización criminal”. Este debería ser el primer paso para dismantelar todos los grupos de ultras que se aglutinan en torno a los estadios de fútbol. El fútbol es para estos colectivos una burda excusa para organizar disturbios y delinquir.

Bajo la apariencia de peñas de animación, funcionan como bandas organizadas en torno a un líder, con una fuerte jerarquía y códigos internos. Disponen de locales donde preparan sus acciones y donde guardan el material, que incluye cadenas, barras de hierro, palos de madera y un largo etcétera.

A los clubes, por lo general e incomprensiblemente, les interesa su participación, a pesar de los problemas colaterales y directos que ello les ocasiona. Son los más entusiastas a la hora de animar o de presionar a los rivales y a los colegiados, y sus cánticos arrastran al resto, pudiendo convertir una grada fría en una olla a presión. También son los primeros que están dispuestos a seguir al equipo lejos de su estadio. Estas circunstancias llevan a muchos clubes a tolerarlos, cuando no a apoyarlos subrepticamente. Es una situación aberrante, porque supone ofrecer una plataforma a extremistas para que hagan ostentación de su ideología ultra, dando visibilidad y carácter de normalidad a todo aquello que es lo opuesto al espíritu del deporte.

Parece incomprensible que no se permitan realizar determinadas conductas cotidianas en un recinto deportivo, como realizar ingesta de bebidas alcohólicas o se pretenda implementar la prohibición de fumar y, en cambio, se dé vía libre a quienes, mediante las agresiones y la intimidación, tratan de convertir el estadio y sus alrededores en su feudo particular. Es un fenómeno que está provocando que muchos padres descarten llevar a sus hijos al fútbol.

Su “modus operandi” es a todos los efectos un “comportamiento mafioso”. Es común que estos sectores viertan amenazas incluso sobre los medios de comunicación que informan al respecto con el ánimo de amedrentar y ocultar su publicación.

Podemos concluir con una reflexión a tenor de lo expuesto, ya que es muy discutido si podría existir responsabilidad objetiva de los clubes y Sociedades Anónimas deportivas por hechos violentos que ocurren dentro de los estadios o en el entorno, más teniendo en cuenta las medidas e inversiones en seguridad que los clubes se han visto obligados a acometer.

## REFERENCIAS

- BARRERO MUÑOZ, J., *Protagonistas contra la violencia en el deporte*, Madrid, Ed. Fragua, 2009.
- BREDEMEIER, B.J., “Athletic aggression: A moral concern”, en GOLDSTEIN, J. (Dir.), *Sport violence*, New York, Springer-Verlag, 1983
- CUENCA GARCÍA, M. J., “La criminalidad organizada tras la reforma del código español: una visión desde el derecho italiano (1)”, *La Ley Penal*, n. 93, 2012.
- CHANGARAY SEGURA, T. R., *El fútbol y el Derecho penal*, Lima, RAO, 1999.
- DIARIO AS. (18 de enero 2018). Nueve grupos ultra “de riesgo” permanecen activos en el fútbol español. Recuperado el 02/11/2018 de: [https://as.com/futbol/2018/01/18/mas\\_futbol/1516274957\\_503586.html](https://as.com/futbol/2018/01/18/mas_futbol/1516274957_503586.html).
- FERNÁNDEZ DE PAIZ, R., “Los grupos criminales: la sinrazón de una reforma”, *Diario La Ley*, n. 8060, 2013.
- GONZÁLEZ RUS, J. J., “La criminalidad organizada en el Código Penal Español. Propuestas de reforma”, *Anales de Derecho*, n. 30, 2012, pp. 15-41.
- MAJADA PLANELLES, A., “El problema penal de la muerte y las lesiones deportivas”, *Anuario de Derecho Penal*, n. 1, 1946.
- MESTRE DELGADO, E., “Cuadrillas, bandas y organizaciones criminales”, *La Ley Penal*, n. 49, 2008.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- NACIONES UNIDAS (2000). Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Recuperado el 26 de marzo de 2013, de: <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>.
- RIOS CORBACHO, J.M., *Violencia, Deporte y Derecho Penal*, Madrid, Ed. Reus, 2014.
- RIVERO ORTIZ, R., “Las asociaciones criminales en la modificación del nuevo Código Penal. Ley Orgánica 5/2010 de 22 junio: ¿es la reforma añorada?”, *La Ley Penal*, n. 78, 2011.
- SANMARTIN, J., (Dir.), *Agresividad y violencia. El laberinto de la violencia. Causas y efectos y tipos*, Barcelona, Ed. Ariel, 2004.
- VELASCO NÚÑEZ, E., “Crimen organizado: organización y grupo criminal tras la reforma del Código Penal en la LO 5/2010”, *La Ley Penal*, n. 86, 2011.

## JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN EN DERECHO PENAL

ANNA VALL RIUS

**TRANSJUS**  
WPPublications

Como citar:

Vall Rius, A. (2019). “Justicia restaurativa y mediación en Derecho Penal”. En *Nuevas formas de criminalidad y su persecución*. TransJus Working Papers Publication - Edición Especial (N. 1/2019, pp. 41-54).

---

**SUMARIO:** 1. Introducción y estructura del trabajo; 2. Progresión desde las penas más crueles a la pena de cárcel; 3. Introducción y evolución de la pena de cárcel; 4. Desencriminación y búsqueda de otras opciones; 5. La justicia restaurativa: un nuevo paradigma de respuesta al delito; 5.1 Concepto y principios de la Justicia Restaurativa; 5.2 Diferentes métodos bajo una misma filosofía; 5.3 ¿Es posible aplicar la Justicia Restaurativa en el marco del Derecho penal?

---

**RESUMEN:** El trabajo parte de la evolución del tipo de respuestas al hecho penal que se han dado a lo largo de la historia, desde las más crueles de los sistemas primitivos a las actuales. Esta evolución nos lleva a la incorporación de los principios y métodos de la Justicia Restaurativa en general y de la mediación en particular, al ámbito del Derecho penal y la utilidad y ventajas que puede aportar esta colaboración para ambos sistemas. Se pretende mostrar como la integración de este nuevo paradigma, lejos de desvirtuar o conculcar las bases del Derecho penal, puede contribuir a su evolución, mejora y humanización y al mismo tiempo potenciar el reconocimiento y el protagonismo de las personas implicadas en un hecho penal. No se trata de una absorción invasiva, sino de una colaboración respetuosa con los principios y las mejores aportaciones de cada sistema, con el objetivo final de ser útil a las personas y a la sociedad a las que pretende servir, facilitando un instrumento propiciador de una convivencia en paz y libertad, respetuosa con la dignidad, los derechos y los valores de las personas.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho penal, Evolución, Justicia Restaurativa, Mediación, nuevo paradigma.

---

**RESUM:** El treball parteix de l'evolució del tipus de respostes al fet penal que s'han donat al llarg de la història, des de les més cruels dels sistemes primitius a les actuals. Aquesta evolució ens porta a la incorporació dels principis i mètodes de la Justícia Restaurativa en general i de la mediació en particular, a l'àmbit del Dret penal i la utilitat i avantatges que pot aportar aquesta col·laboració per a tots dos sistemes. Es pretén mostrar com la integració d'aquest nou paradigma, lluny de desvirtuar o conculcar les bases del Dret penal, pot contribuir a la seva evolució, millora i humanització i al mateix temps potenciar el reconeixement i el protagonisme de les persones implicades en un fet penal. No es tracta d'una absorció invasiva, sinó d'una col·laboració respectuosa amb els principis i les millors aportacions de cada sistema, amb l'objectiu final de ser útil a les persones i a la societat a les quals pretén servir, facilitant un instrument propiciador d'una convivència en pau i llibertat, respectuosa amb la dignitat, els drets i els valors de les persones.

**PARAULES CLAU:** Dret penal, Evolució, Justícia Restaurativa, Mediació, nou paradigma.

---

**ABSTRACT:** The work is based on the evolution of the type of responses to the criminal act that have occurred throughout history, from the cruelest of the primitive systems to the current ones. This evolution leads to the incorporation of the principles and methods of Restorative Justice in general and of mediation, into the field of criminal law and the usefulness and advantages that this collaboration can bring to both systems. The aim is to show how the integration of this new paradigm, far from distorting or violating the foundations of criminal law, can contribute to its evolution, improvement and humanization and at the same time enhance the recognition and prominence of the people involved in a criminal act. It is not an invasive absorption, but a respectful collaboration with the principles and the best contributions of each system, with the ultimate goal of being useful to the people and society to which it intends to serve, facilitating an instrument that promotes coexistence in peace and freedom, respectful of the dignity, rights and values of people.

**KEYWORDS:** Criminal Law, Evolution, Restorative Justice, Mediation, new paradigm.

## **1. INTRODUCCIÓN Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO**

El trabajo se estructura en dos partes: en la primera se presenta una visión necesariamente breve y sintética de la evolución de las diferentes respuestas oficiales ante el delito a lo largo de la historia. Al analizar estas consecuencias penales queda patente su adecuación al contexto histórico y cultural concreto de la sociedad a la que regulan y su avance, lento pero progresivo, hacia fórmulas menos crueles y más respetuosas con la dignidad humana. De este primer análisis se desprende claramente un desarrollo que, con avances y retrocesos, evoluciona hacia la búsqueda de respuestas cada vez más racionales y humanizadoras.

En la segunda parte se aborda la Justicia Restaurativa como instrumento integrador, que reconoce un mayor protagonismo a las personas que han vivido un hecho delictivo y que facilita la obtención de una respuesta más adecuada a las auténticas necesidades e intereses de la víctima, del victimario y también de la propia comunidad, entendida como un conjunto de personas que comparten un espacio físico y temporal común. La respuesta restaurativa se aplica a través distintas fórmulas como la mediación, las conferencias, los círculos de paz o de sentencia, etc. Las variaciones y características propias de los distintos métodos de Justicia Restaurativa, permiten su adaptación a las diversas circunstancias y protagonistas de cada caso, aunque parten de unas bases compartidas y una filosofía común que se focaliza en reparar y construir más que en sancionar, en responsabilizar más que en culpabilizar e integran a la propia comunidad, por eso aporta elementos que ayudan a las partes a superar, mediante una actuación positiva, la negatividad del hecho y a mejorar, de forma constructiva, la convivencia entre todos.

Se puede concluir que, en la evolución del Derecho penal, que acompaña al propio desarrollo del ser humano y de la sociedad, la integración del nuevo paradigma de la Justicia Restaurativa puede significar un decisivo paso adelante hacia una forma más racional, útil y constructiva de gestionar las consecuencias del delito, más conectada con el sentir y la ética individual y social del siglo XXI.

## **2. PROGRESIÓN DESDE LAS PENAS MÁS CRUELES A LA PENA DE CÁRCEL**

En las sociedades más primitivas la comisión de un acto considerado como delito se interpretaba como una ruptura de la participación con lo sagrado y era perjudicial para todos, por ello, debía ser eliminado. La ofensa a la divinidad protectora podía conllevar un desastre, era el delito considerado más grave, ya que perjudicaba a toda la comunidad. La pena

suponía el remedio que hacía desaparecer el delito y restablecía el orden perturbado. Según THEODOR MOMMSEN<sup>1</sup> la concepción, según la cual la pena borra la falta, domina completamente los inicios del Derecho penal público y privado. Toda ejecución era un sacrificio de expiación ofrecido a la divinidad ofendida, para extinguir la falta a través del sufrimiento. La ofensa cometida otorgaba una especie de legitimación a la víctima para actuar contra el agresor en nombre de la justicia. Esta acción, alentada por el ánimo de venganza, no cerraba el conflicto, sino que podía desencadenar una serie de ataques y contraataques, que convertían a los agraviados en agresores y viceversa. Tal interacción alteraba la paz social y originaba frecuentes episodios de violencia, entre grupos familiares y sociales, que podían perpetuarse varias generaciones<sup>2</sup>. La ley del Talió delimitaba la reacción del afectado o de su grupo familiar e introducía una cierta proporcionalidad en el sentido de equiparar la entidad del castigo-venganza a la gravedad de la acción lesiva cometida. El siguiente paso fundamental consistió en reducir el protagonismo de la víctima en la gestión posterior al delito. En Roma, durante el período de la República la pena deja de ser una expiación religiosa, para convertirse en un instrumento de justicia. Las sanciones son, generalmente, la pena de muerte o el pago de una suma de dinero. Según MOMMSEN<sup>3</sup> el delito considerado más grave era el de rebelión contra la comunidad, la *perduellio*, en cuyo concepto presumiblemente, se hallaban comprendidos la alta traición y todas las causas políticas capitales. En la época imperial, la gran discrecionalidad de las *cognitiones* comportó<sup>4</sup> que se instituyese un sistema de penas mucho más duras que las contenidas en las *leges*, con una función ejemplarizante, que además distinguía entre *honestiores* y *humiliores*. Para los crímenes más graves se imponen penas más crueles que la decapitación, como la crucifixión, la exposición a las fieras en la arena o la hoguera. En el Derecho penal romano, la cárcel pública tenía meramente la finalidad de custodiar a la persona que iba a ser castigada, para garantizar la ejecución de la pena. En palabras de MOMMSEN<sup>5</sup> la prisión era destinada a la recepción y a la guarda de los criminales que debían sufrir la ejecución capital

---

<sup>1</sup> MOMMSEN, T., *Le droit pénal romain*, Tomo I, (trad. del alemán al francés por DUQUESNE, J.), Paris, Ancienne librairie Thorin et fis, 1907.

<sup>2</sup> ALVARADO PLANAS, J. ET AL., *Temas de Historia del Derecho y de las Instituciones*, 2ª. edición, Madrid, UNED, 2000.

<sup>3</sup> MOMMSEN, T., *Compendio de Derecho Público Romano*, Madrid, La España Moderna, 1893.

<sup>4</sup> SANTALUCÍA, B., “Dalla vendetta alla pena”, en MOMIGLIANO, A, SCHIAVONE A. (Dirs.) *Storia di Roma I: Roma in Italia*, Torino, Einaudi, 1988.

<sup>5</sup> MOMMSEN, T., *Compendio de Derecho Público Romano*, Op. Cit.

y otras condenas graves, para evitar su fuga.

### 3. INTRODUCCIÓN Y EVOLUCIÓN DE LA PENA DE CÁRCEL

En la transición entre la Edad Media y la Edad Moderna, empieza a producirse el cambio del concepto de la cárcel como mero mecanismo de custodia, a prisión como pena. Este proceso culmina con la aparición de las “Casas de corrección” en el s. XVI y se consolida a finales del s.XVIII. En Ámsterdam, como indica WINFRIED HASSEMER<sup>6</sup> surge la casa de corrección para hombres *Rasp-huis* en 1596, la hilandería de mujeres *Spin-huis* en 1597 y una sección especial para jóvenes en 1603. Con el trabajo de los internos el centro debía asegurar su propia financiación. Los detenidos se ocupaban en el raspado de madera de especies arbóreas, del polvo obtenido los tintoreros sacaban el pigmento necesario para teñir los hilos utilizados en la industria textil. Se orientaban hacia una doble finalidad: la corrección de los detenidos y la protección de la sociedad. La disciplina era muy severa, grabados de la época muestran azotes, latigazos, cadenas, cepos, ayunos y en especial la “celda del agua” donde el retenido debía continuamente, sacar el agua que invadía la celda, si quería salvar su vida. Se trataba de una pena indeterminada, el reo salía del establecimiento cuando estaba corregido o ya no servía para el trabajo encomendado. DARÍO MELOSSI y MÁXIMO PAVARINI<sup>7</sup> subrayan que estas casas de corrección cumplían también funciones de adiestramiento para la fábrica ya que surgen al mismo tiempo que el capitalismo.

Con la llegada de la Ilustración y del Derecho penal ilustrado, que rechaza la pena de muerte y la crueldad de los castigos corporales, este tipo de sanciones entran en decadencia, de forma lenta e inexorable. Diferentes argumentos tratan de explicar la transformación del concepto y los objetivos de la privación de libertad. Una primera perspectiva basada principalmente en las obras de CESARE BECCARIA, JOHN HOWARD, JEAN-PAUL MARAT Y JEREMY BENTHAM<sup>8</sup> cifra el cambio en la influencia humanista del liberalismo clásico, que propició una paulatina reducción de las penas más crueles, buscando una alternativa más humana en la cárcel punitiva, defendiendo otro tipo de penalidad más justa. Según

---

<sup>6</sup> HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.

<sup>7</sup> MELOSSI, D., PAVARINI, M., *Cárcel y fábrica: los orígenes del sistema penitenciario (s. XVI-XIX)*, 2005, México D.F., Siglo XXI Editores.

<sup>8</sup> NEUMAN, E., *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios*, Buenos Aires, Ediciones Pannedille, 1971.

SANDOVAL HUERTAS<sup>9</sup> “la prisión se convirtió oficialmente, en la principal sanción penal de finales del siglo XVIII y comienzos del XIX”.

En los años 60 del siglo XX, el panorama de la pena privativa de libertad inició una considerable transformación, según CLAUS ROXIN<sup>10</sup> el concepto del fin de la pena empieza a desplazarse de la retribución a la prevención, plasmándose esta evolución en el Proyecto Alternativo de Código Penal Alemán de 1966. Las ideas fundamentales de la década de los sesenta y setenta son la resocialización y la dignidad de la persona. Ambas constituyen la base ideológica de la política criminal de ese momento y suponen un límite a la intervención penal del Estado. No obstante, en los años 80, la idea de la resocialización de la pena privativa de libertad entra en crisis. Los escasos resultados obtenidos por los programas de resocialización hicieron perder el optimismo respecto a la posibilidad de recuperación social.

DAVID GARLAND<sup>11</sup> destaca que “la caída en desgracia de la rehabilitación ha sido inmensamente significativa” y entiende que el declive del ideal rehabilitador supuso el primer indicador de que el esquema de la modernidad empezaba a desarticularse. Este argumento refuerza la idea de que la pena privativa de libertad, aunque se aplique con un objetivo teóricamente resocializador, debería limitarse al máximo y por ello se plantea la necesidad de encontrar nuevas respuestas al delito. En los años 60 se vivió un movimiento descarcelador, que no consiguió reducir el uso de la prisión, pero supuso una corriente de replanteamiento y reflexión, que quedó reflejada en el Proyecto Alternativo (PA) alemán de 1966. Muchos autores entienden que, con el Proyecto Alternativo Alemán, se inicia una paulatina introducción de medidas de sustitución de la pena de prisión<sup>12</sup>.

#### **4. DESENCRIMINACIÓN, REPARACIÓN Y BÚSQUEDA DE OTRAS OPCIONES**

Como señala SANTIAGO MIR PUIG<sup>13</sup>, el principio de humanidad de las penas es posiblemente el que en mayor medida caracteriza el origen y la evolución del sistema penal

---

<sup>9</sup> SANDOVAL HUERTAS, E., *Penología. Parte General*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1982.

<sup>10</sup> ROXIN, C., *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

<sup>11</sup> GARLAND, D., *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Ed. Gedisa, 2005.

<sup>12</sup> BAUMANN, J., ET AL, *Proyecto alternativo sobre reparación penal*, Buenos Aires, Fundación Konrad Adenauer, 1998.

<sup>13</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

contemporáneo.

Para ROXIN<sup>14</sup> la responsabilidad penal supone, no solo la culpabilidad del autor, sino además, la necesidad de pena, desde el punto de vista preventivo general y especial. Las necesidades preventivas nunca pueden conducir a imponer una pena a un sujeto que no es culpable. Pero la culpabilidad tampoco puede legitimar la imposición de una pena, si esta no es necesaria desde el punto de vista preventivo.

ROXIN<sup>15</sup> considera que es posible una despenalización en un doble sentido: en primer lugar, anulando aquellos preceptos penales que no son necesarios para mantener la paz social y, en segundo lugar, aplicando el principio de subsidiariedad del Derecho penal como última ratio de la política social debido a su carácter aflictivo. Según lo cual, únicamente deberían conminarse con la pena, aquellas conductas socialmente lesivas en que la superación de la perturbación social no pudiera alcanzarse mediante otros medios extrapenales de menor injerencia. El mismo ROXIN<sup>16</sup> propugna la reparación como una tercera respuesta posible frente al delito, cuya función y objetivo es diferente al de las penas y de las medidas de seguridad, a las que puede moderar, complementar y también sustituir. ROXIN reconoce que esta reparación conlleva, además, un valor preventivo general, en relación con la comunidad.

La insatisfacción generada por la aplicación del Derecho penal tradicional, el desencanto ante las expectativas puestas en el ideal resocializador de las penas privativas de libertad y la inquietud por hallar mejores respuestas al delito, basadas precisamente en la reparación, impulsan la búsqueda de fórmulas que permitan adoptar una forma diferente de gestionar las consecuencias de las infracciones penales. El resultado de esta búsqueda motiva el surgimiento, en los años 70, del nuevo paradigma de la Justicia Restaurativa.

## **5. LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN NUEVO PARADIGMA DE RESPUESTA AL DELITO**

### **5.1. Concepto y principios de la Justicia Restaurativa**

Desde las Naciones Unidas se entiende la Justicia Restaurativa (en adelante JR) como “un

---

<sup>14</sup> ROXIN, C., *La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones*, Jornadas sobre la Reforma del derecho penal en Alemania, Madrid, CGPJ, 1991.

<sup>15</sup> ROXIN, C., *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2008.

<sup>16</sup> ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos, la Estructura de la Teoría del delito* (trad. de LUZÓN PEÑA, D.M.), Madrid, Ed. Civitas, 1997.

concepto evolutivo que ha generado diferentes interpretaciones en diferentes países” que respeta la dignidad y equidad de cada persona y se la define como “una forma de responder al comportamiento delictivo balanceando las necesidades de la Comunidad de las Víctimas y de los delincuentes”<sup>17</sup>. HOWARD ZEHR<sup>18</sup> define la JR como:

“Un proceso dirigido a involucrar dentro de lo posible, a todos los que tengan un interés en una ofensa particular e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible.”

La Justicia Restaurativa parte de la consideración del daño que el delito causa a las personas y los perjuicios y el desequilibrio que produce a la comunidad en general. La Justicia Restaurativa no pone el acento tanto en castigar como en reparar el daño y en facilitar que las partes, voluntariamente (víctima y victimario) puedan participar activamente en ese proceso de reparación. Los programas de Justicia Restaurativa habilitan a la víctima, al infractor y a los miembros de la comunidad afectada para que se involucren en la búsqueda de una respuesta constructiva al delito. Son palabras clave la *responsabilización* del infractor y la reparación de la víctima. Es fundamental que el proceso reparador involucre a todas las partes para alcanzar un resultado equilibrador de reparación y pacificación. ZEHR<sup>19</sup> destaca tres pilares fundamentales que se integran en el concepto de la JR: en primer lugar “los daños o necesidades” ya que la JR concibe el crimen, sobre todo, como un daño ocasionado a las personas y a las comunidades y esta focalización en el daño implica una preocupación fundamental por las necesidades y por el papel de la víctima. En segundo lugar “las obligaciones” del ofensor que se centran en comprender el daño provocado y sus consecuencias en la víctima, así como la asunción de la responsabilidad de enmendar el daño en la medida de lo posible, tanto de forma concreta como simbólica. En tercer lugar, ZEHR<sup>20</sup> señala la participación de víctimas, ofensores y miembros de la comunidad, en el proceso de toma de decisiones.

## 5.2. Diferentes métodos bajo una misma filosofía

---

<sup>17</sup> UNITED NATIONS, *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*. Office on drugs and crime, Nueva York, UN, 2006.

<sup>18</sup> ZEHR, H., *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*, Epsom, Good Books, 2007, p. 45.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> *Ibid.*

La expresión “Justicia Restaurativa, reparadora o restauradora” incluye un conjunto de métodos diferentes que tienen en común las mencionadas características de implicar a los propios protagonistas del delito y a la comunidad afectada, en la búsqueda de soluciones reparadoras o respuestas positivas a sus necesidades y a las consecuencias derivadas del hecho delictivo. Estas soluciones pasan, sobre todo, por hacer posible una reparación de los daños causados a la víctima y por motivar un proceso de reflexión y transformación personal en el ofensor que haga menos probable su reincidencia, ayudándole en su esfuerzo de reinserción real<sup>21</sup>. Los métodos o sistemas que pueden considerarse integrantes de la Justicia Restaurativa son diversos, en este epígrafe se presentan tres de los más destacados: mediación, conferencia de familia, círculos.

La mediación es el sistema de Justicia Restaurativa más utilizado y de mayor trayectoria en Europa. LUIS FERNANDO GORDILLO SANTANA<sup>22</sup> la define como un sistema de gestión de conflictos en que un mediador, actuando de forma imparcial y neutral, con conocimientos y habilidades específicas, ayuda a las partes implicadas en una infracción penal (víctimas e infractores) a comprender el origen, causas y consecuencias del conflicto y a facilitar acuerdos sobre el modo de reparación tanto material como simbólica. Se trata de un proceso que provee la oportunidad, de poner en contacto a la víctima y al infractor, con la ayuda de un tercero imparcial, el mediador, para tratar las circunstancias del hecho acaecido y participar en la configuración de sus posibles consecuencias. En todo caso es imprescindible la voluntad de ambas partes de participar en la mediación.

La Conferencia de Familia (*Family Group Conferencing*) es considerada, como una de las formas provenientes de la “justicia aborígen” más ampliamente adoptada en la actualidad. Fue introducida por Ley en el año 1989 en Nueva Zelanda, como un nuevo foro para tratar los delitos juveniles, evitar la reincidencia y al mismo tiempo adoptar medidas y respuestas protectoras para estos jóvenes. La Conferencia de Familia está supuestamente basada en la filosofía y las prácticas de justicia maorís. Actualmente, la mayor parte de los casos juveniles en Nueva Zelanda son gestionados a través de estas entrevistas y reuniones, por ello ZEHR afirma que en Nueva Zelanda la Justicia Restaurativa es la norma<sup>23</sup>. Tiene similitudes con los programas de mediación y reparación víctima-ofensor, ya que facilita un foro en el que los sentimientos son expresados, los hechos explorados y los arreglos negociados, pero se

---

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> GORDILLO SANTANA, L., *La Justicia Restaurativa y la mediación penal*, Madrid, Portal Derecho S.A., 2007.

<sup>23</sup> ZEHR, H., *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*, *Op. Cit.*, p. 45.

diferencia de la mediación en que, en el *Conferencing*, familiares de las personas implicadas y parte de la comunidad participa directamente pasando a ser un agente relevante, en la toma de decisiones acerca de las consecuencias del acto delictivo<sup>24</sup>. Generalmente el infractor acude acompañado por miembros de su familia o por otras personas que tienen una relación de cuidado o protección hacia él. Las víctimas, igualmente van acompañadas por miembros de su familia u otras personas que les apoyan. Adicionalmente operadores del sistema de justicia penal, como la policía, servicios sociales o de *probation* pueden también participar en las reuniones y en el proceso común de cómo tratar las secuelas del delito, sobre todo cuando, como afirma ZEHR<sup>25</sup>, la conferencia tiene la posibilidad de influir en el fallo final del caso. El encuentro es dirigido por un facilitador independiente. El acuerdo se orienta no solo a reparar a la víctima, sino también a posibilitar actuaciones de un plan diseñado para tratar las causas subyacentes en el comportamiento delictivo y por tanto para prevenir la reincidencia.

Se suele adoptar el término Conferencia de la comunidad (*Community conferencing*) para designar un proceso similar a la “Conferencia de Familia” cuando el ofensor es un adulto. En algunos lugares se dan variaciones en cuanto al procedimiento. El facilitador puede seguir un guion previo, las víctimas pueden también ser animadas a que traigan a miembros de su familia extensa y otras personas que les den soporte y puede no existir tiempo privado, sino que las partes permanezcan en la misma sala durante todo el procedimiento<sup>26</sup>.

Finalmente, los círculos se inspiran en las tradiciones de las comunidades indias de Norteamérica, aunque como señala ZEHR<sup>27</sup> tanto los círculos como las conferencias familiares no pueden entenderse meramente como réplicas de prácticas tradicionales, sino más bien adaptaciones. Según M<sup>a</sup> JESÚS GUARDIOLA, MÓNICA ALBERTÍ, CLARA CASADO Y GRACIELA SUSANNE<sup>28</sup>, los círculos tienen dos objetivos principales: por un lado, dar voz a todos los miembros de la comunidad que deseen participar en la búsqueda de formas de

---

<sup>24</sup> DOMINGO DE LA FUENTE, V., “Justicia Restaurativa y Mediación penal”, *Revista de Derecho Penal Lex Nova*, n. 23, 2008.

<sup>25</sup> ZEHR, H., *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*, *Op. Cit.*, p. 45.

<sup>26</sup> *Vid.* más información en la página web del *Restorative Justice Council*, consultable en: <http://restorativejustice.org.uk>

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> GUARDIOLA, M<sup>a</sup>.J., ET AL., *La justicia restaurativa, desarrollo y aplicaciones*, TAMARIT SUMALLA, J.M. (Dir.), Granada, Comares, 2012.

afrontar un determinado problema y sus causas y por otro lado, construir relaciones y vínculos de confianza que refuercen a la propia comunidad. Se refuerza el tejido social y se previene la comisión de posibles delitos al integrar a los individuos dentro de una misma red relacional de confianza. Los círculos pueden adoptar diversas formas, pero suelen agruparse en: Círculos de Paz (*Peacemaking Circles*) o Círculos curativos (*Healing Circles*) y Círculos de Sentencia (*Sentencing Circles*). Los Círculos de Paz o curativos se aplican para superar situaciones de daño y para reparar el padecimiento individual o colectivo que haya podido producir este daño. En este tipo de círculos participan víctimas, ofensores y miembros de la Comunidad, pero no suelen intervenir actores del sistema judicial. En los círculos de sentencia, junto a la víctima, a los ofensores a sus respectivos familiares y otros miembros de la comunidad, suelen participar policías, jueces y fiscales, todos cara a cara y en un plano de igualdad. Víctimas, defensores de víctimas, infractores, jueces, fiscales, consejo de defensa, policía y funcionarios de los Juzgados, se reúnen en forma de círculo, con el objetivo de llegar a un consenso sobre la forma de resolver el conflicto, trabajando, conjuntamente, en la elaboración de un plan de sentencia. El juez al dictar sentencia tiene en cuenta el *sentencing plan* que se elaboró.

### **5.3. ¿Es posible aplicar la Justicia Restaurativa en el marco del Derecho penal?**

Son muchos los países que han adoptado ya fórmulas de Justicia Restaurativa para gestionar de forma positiva las consecuencias de determinados delitos, tanto en el ámbito de adultos como en jóvenes. Diferentes Recomendaciones y Directivas europeas impulsan también su implantación por parte de los Estados miembros de la Unión Europea. Algunos países han implantado estas fórmulas en Programas experimentales sin una regulación previa expresa, otros en cambio han regulado con detalle su implementación. En todo caso estas fórmulas se utilizan para complementar el Derecho penal tradicional, no para sustituirle. La implementación de estas fórmulas y el reconocimiento de efectos jurídicos concretos, permite ofrecer una respuesta más adecuada a las necesidades de la víctima, que recupera su protagonismo en la toma de decisiones posteriores a la comisión del delito y permite al victimario responsabilizarse de las consecuencias que su acto ha provocado, teniendo la oportunidad de llevar a cabo las actuaciones reparatorias necesarias para compensar el daño causado a la víctima y no meramente ser objeto pasivo del castigo.

Esta oportunidad de actuación positiva y compensatoria del victimario le permite no sólo reparar el daño causado, sino también reparar su propia imagen ante la sociedad, sentir que

ha podido contribuir a compensar el daño que él mismo causó y obtener un reconocimiento jurídico o penológico a su esfuerzo. Para la víctima supone la oportunidad de obtener una satisfacción más adecuada a sus auténticas necesidades morales, psicológicas y materiales que, en la mayoría de ocasiones, no quedan colmadas con la simple imposición de un castigo al victimario. Por eso, incluso en aquellas ocasiones en que el Derecho no reconozca ningún tipo de ventaja o beneficio jurídico al victimario, debería facilitarse el encuentro restaurativo, si ambas partes lo solicitan.

En definitiva, la JR puede aportar al Derecho penal tradicional nuevas fórmulas más humanas, que aúnen una mayor satisfacción para la víctima con un proceso de reflexión personal en el victimario que le permita recuperar la confianza de la comunidad y evitar su reincidencia y estigmatización social. La respuesta restaurativa se focaliza en construir más que en sancionar, en responsabilizar más que en culpabilizar, por eso aporta elementos que ayudan a las partes a superar, mediante una actuación positiva, la negatividad del hecho y mejorar, de forma constructiva, la convivencia social.

## REFERENCIAS

- ALVARADO PLANAS, J. ET AL., *Temas de Historia del Derecho y de las Instituciones*, 2ª edición, Madrid, UNED, 2000.
- BAUMANN, J., ET AL, *Proyecto alternativo sobre reparación penal*, Buenos Aires, Fundación Konrad Adenauer, 1998.
- BECCARIA, C., *Tratado de los delitos y de las penas*, Edición facsímil, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993.
- DOMINGO DE LA FUENTE, V., “Justicia Restaurativa y Mediación penal”, *Revista de Derecho Penal Lex Nova*, n. 23, 2008.
- GARLAND, D., *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Ed. Gedisa, 2005.
- GORDILLO SANTANA, L., *La Justicia Restaurativa y la mediación penal*, Madrid, Portal Derecho S.A., 2007.
- GUARDIOLA, Mª.J., ET AL., *La justicia restaurativa, desarrollo y aplicaciones*, TAMARIT SUMALLA, J.M. (Dir.), Granada, Comares, 2012.
- HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.
- MELOSSI, D., PAVARINI, M., *Cárcel y fábrica: los orígenes del sistema penitenciario (s. XVI-XIX)*, 2005, México D.F., Siglo XXI Editores.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- MOMMSEN, T., *Le droit pénal romain*, Tomo I, (trad. del alemán al francés por DUQUESNE, J.), Paris, Ancienne librairie Thorin et fis, 1907.
- MOMMSEN, T., *Compendio de Derecho Público Romano*, Madrid, La España Moderna, 1893.
- NEUMAN, E., *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios*, Buenos Aires, Ediciones Pannedille, 1971.
- ROXIN, C., *La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones*, Jornadas sobre la Reforma del derecho penal en Alemania, Madrid, CGPJ, 1991.
- ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos, la Estructura de la Teoría del delito* (trad. de LUZÓN PEÑA, D.M.), Madrid, Ed. Civitas, 1997.
- ROXIN, C., *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

ROXIN, C., *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2008.

SANDOVAL HUERTAS, E., *Penología. Parte General*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1982.

SANTALUCÍA, B., “Dalla vendetta alla pena”, en MOMIGLIANO, A, SCHIAVONE A. (Dirs.) *Storia di Roma 1: Roma in Italia*, Torino, Einaudi, 1988.

UNITED NATIONS, *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*. Office on drugs and crime, Nueva York, UN, 2006.

ZEHR, H., *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*, Epsom, Good Books, 2007.

## REPARACIÓN E INDEMNIZACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO

RAQUEL NOVO MAZUELOS

**TRANSJUS**  
WPPublications

Como citar:

Novo Mazuelos, R. (2019). “Reparación e indemnización de la víctima en el estatuto de la víctima del delito”. En *Nuevas formas de criminalidad y su persecución*. TransJus Working Papers Publication - Edición Especial (N. 1/2019, pp. 55-66).

---

**SUMARIO:** 1. Introducción: protección jurídica de las víctimas en la unión europea y en el EVD; 2. Reparación, restitución e indemnización: reconocimiento a la indemnización; 3. La obligación estatal de indemnizar; 4. Las oficinas de atención a la víctima del delito; 5. Consideraciones finales: la ineficacia de la reparación económica a la víctima del delito en el proceso penal español.

---

**RESUMEN:** A raíz de la importancia esencial que, para fortalecer la posición de las víctimas en el sistema de justicia penal, representa la Directiva Europea 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre sus derechos, apoyo y protección, el presente estudio analiza de forma detenida la regulación del derecho a la reparación e indemnización a la víctima en la normativa a través de las cuales el Estado español ha hecho efectiva su obligación de incorporar el estándar europeo de mínimos a nuestro ordenamiento jurídico, esto es, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

Las víctimas tienen diversas necesidades. Entre ellas, se encuentra la necesidad de acceder a la justicia y obtener una reparación e indemnización efectiva por los daños y perjuicios sufridos siendo en este punto fundamental el papel a desempeñar por las Oficinas de Asistencia a las Víctimas. No obstante, la reparación de la víctima deberá ser asumida por el Estado en caso de insolvencia o desconocimiento del infractor. La indemnización estatal deviene en compensación económica a pagar en sustitución del infractor que tiene su razón de ser en los principios de solidaridad social y de equidad recogidos en el art. 9.2 de la Constitución.

**PALABRAS CLAVE:** Estatuto de la víctima del delito; derecho de reparación e indemnización; oficinas de asistencia a la víctima; solidaridad social.

---

**RESUM:** Arran de la importància essencial que, per a enfortir la posició de les víctimes en el sistema de justícia penal, representa la Directiva Europea 2012/29/UE, per la qual s'estableixen normes mínimes sobre els seus drets, suport i protecció, el present estudi analitza de forma detinguda la regulació del dret a la reparació i indemnització a la víctima en la normativa a través de les quals l'Estat espanyol ha fet efectiva la seva obligació d'incorporar l'estàndard europeu de mínims al nostre ordenament jurídic, això és, la Llei 4/2015, de 27 d'abril, de l'Estatut de la víctima del delicte.

Les víctimes tenen diverses necessitats. Entre elles, es troba la necessitat d'accedir a la justícia i obtenir una reparació i indemnització efectiva pels danys i perjudicis soferts sent en aquest punt fonamental el paper a exercir per les Oficines d'Assistència a les Víctimes. No obstant això, la reparació de la víctima haurà de ser assumida per l'Estat en cas d'insolvència o desconeixement de l'infractor. La indemnització estatal esdevé en compensació econòmica a pagar en substitució de l'infractor que té la seva raó de ser en els principis de solidaritat social i d'equitat recollits en l'art. 9.2 de la Constitució.

**PARAULES CLAU:** Estatut de la víctima del delicte; dret de reparació i indemnització; oficines d'assistència a la víctima; solidaritat social.

---

**ABSTRACT:** Given the essential importance that the European Directive 2012/29 / EU has in strengthening the position of victims in the criminal justice system, which establishes minimum standards on their rights, support and protection, this study analyses in detail the regulation of the right to redress and compensation to the victim in the regulations through which the Spanish State has made effective its obligation to incorporate the European standard of minimums into our legal system. That is, the Law 4/2015, of April 27, on the Statute of the crime victim.

The victims have different needs. Among them, there is the need to have access to justice and obtain redress and effective compensation for the damages suffered. At this point, the Victim Assistance Offices have a fundamental role. However, the redress to the victim must be borne by the State in case of insolvency or ignorance of the offender. The state compensation becomes financial compensation to pay in lieu of the offender that has its reason for being in the Principles of Social Solidarity and Equity contained in art. 9.2 of the Constitution.

**KEY WORDS:** Standing of the crime victim; right to redress and compensation; Victim Assistance Offices; social solidarity.

## 1. INTRODUCCIÓN: PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS VÍCTIMAS EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN EL EVD

Tal y como expone DE HOYOS<sup>1</sup> “seguramente todos los analistas podremos convenir en que “el año de las víctimas” fue 2015” y ello porque la Directiva 2012/29/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, contenía la obligación de que los Estados miembros pusieran en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en dicha Directiva a más tardar el 16 de noviembre de 2015. España dio oportuno cumplimiento a su obligación mediante la aprobación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (LEVD) que incluía importantes reformas también en la LECrim aglutinando, así, en un solo texto legislativo el catálogo de derechos de la víctima, de un lado transponiendo las Directivas de la Unión Europea en la materia y, de otro, recogiendo la particular demanda de la sociedad española.

El Estatuto de la Víctima del Delito (EVD) constituye un catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos, no obstante, las remisiones a normativa especial en materia de víctimas con especiales necesidades o con especial vulnerabilidad. La LEVD, remarca en su preámbulo, que la finalidad de la norma no es otra que ofrecer desde los poderes públicos una respuesta lo más amplia posible, no sólo jurídica sino también social, a las víctimas, no sólo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar con independencia de su situación procesal. Y ello refleja la trascendencia que la efectiva asistencia a las víctimas y la efectiva reparación del daño causado a las mismas tienen para el legislador procesal al hacerse eco de la creciente demanda de la sociedad española en ese sentido.

Sin perjuicio de otras formas de reparación a la víctima diferentes a la pecuniaria, como son los mecanismos de justicia restaurativa, la Directiva reconoce en su art. 16 el derecho de las víctimas a obtener en un plazo razonable, y en el curso del proceso penal una resolución relativa a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por parte del infractor, salvo

---

<sup>1</sup> DE HOYOS SANCHO, M., “Principales avances en derechos, garantías y protección de víctimas”, *Diario La Ley*, n. 8955, Sección Tribuna, 2017.

cuando el Derecho nacional de cada Estado estipule que haya de ser acordada en otro tipo de procedimiento judicial, debiendo promover en este caso las medidas necesarias para que sea efectuada adecuadamente. Pero dada la frecuencia con la que en la práctica forense, resulta imposible hacer efectiva esa indemnización con cargo a los bienes del obligado al pago, por haber sido declarada su insolvencia, no haber sido identificado o estar en paradero desconocido, se hace imprescindible en estos casos acudir a las disposiciones establecidas en la Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos, con el fin de facilitarles subsidiariamente el acceso a una compensación económica justa y adecuada a cargo de fondos públicos, con independencia del territorio de la Unión en que se haya cometido el delito. No obstante, tal y como apunta MANUEL JOSÉ GARCÍA RODRÍGUEZ<sup>2</sup>:

“La Directiva 2004/80/CE debería ser revisada con el fin de establecer una auténtica legislación de mínimos que regule los principales extremos para acceder a esa indemnización (ámbito territorial y personal, tipo de daños cubiertos, criterios para determinar su importe, previsión de anticipos, procedimientos y requisitos para su solicitud, o la posibilidad de introducir ciertos criterios restrictivos para su concesión), imprescindibles para corregir las grandes diferencias aun existentes entre los sistemas indemnizatorios vigentes en los distintos Estados miembros y asegurar una igualdad de trato para todas las víctimas, con independencia del territorio de la UE donde se haya cometido el delito.”

Así mismo, con la finalidad de procurar el total resarcimiento de las víctimas con ocasión de su intervención en las actuaciones judiciales, la Directiva también les reconoce su derecho a obtener el reembolso de los gastos que hayan afrontado por su participación activa en el proceso penal (art. 14), y a la restitución de los bienes que le hayan sido incautados -salvo necesidad impuesta por el proceso penal- (art. 15).

Los derechos de las víctimas relacionados con la información, participación y protección en el proceso penal son aquellos que han sido objeto de un mayor desarrollo normativo, tanto en la Directiva europea 2012/29 como en la Ley 4/2015. Por el contrario, los aspectos relativos a los derechos de reparación y a recibir apoyo especializado han sido objeto de una menor

---

<sup>2</sup> GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J., “El nuevo estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal según la Directiva Europea 2012/29/UE, de 25 de octubre, y su transposición al ordenamiento jurídico español”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 18, 2016.

atención. En lo que concierne a la reparación los promotores de la Directiva no han considerado necesario establecer unos mínimos estándares comunes que fueran más allá de lo ya previsto en anteriores normas europeas, como la Decisión marco 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos. A la hora de trasponer la Directiva el legislador español tampoco ha pretendido ir más allá de las exigencias mínimas de la norma europea, renunciando a la posibilidad de revisar las previsiones de la Ley 35/1995 y de adentrarse en el espinoso tema de la diversidad de regímenes y niveles indemnizatorios que deriva de la posterior aprobación de las Leyes especiales sobre violencia de género (LO 1/2014), derechos de quienes padecieron persecución durante la guerra civil y la dictadura (Ley 52/2007) y solidaridad con las víctimas del terrorismo (Ley 11/2011).

Así las cosas, en el EVD la única referencia a los derechos económicos de la víctima, dejando al margen las referencias a la obligación de las OAVD, de informar a las víctimas en materia de las indemnizaciones y ayudas que pudieren solicitar, se verifica en el art. 14 al establecer:

“La víctima que haya participado en el proceso tendrá derecho a obtener el reembolso de los gastos necesarios para el ejercicio de sus derechos y las costas procesales que se le hubieren causado al Estado, cuando se imponga en la sentencia de condena su pago y se hubiera condenado al acusado, a instancia de la víctima, por delitos por los que el Ministerio Fiscal no hubiere formulado acusación o tras haberse revocado la resolución de archivo por recurso interpuesto por la víctima.”

La Directiva también prevé el derecho a la restitución de los bienes que hayan sido incautados a las víctimas en el curso de un proceso penal (art. 15) recogido en el art. 18 del EVD.

## **2. REPARACIÓN, RESTITUCIÓN E INDEMNIZACIÓN: RECONOCIMIENTO A LA INDEMNIZACIÓN**

Según el Diccionario de la RAE “reparación” significa desagravio, satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria. La Directiva 2012/29 no define el concepto de “daño indemnizable”. El art. 16.2 simplemente establece la obligación para los Estados de promover medidas para que el autor “indemnice adecuadamente” a la víctima. La determinación del concepto de daño parece dejarse a la legislación nacional.

La reparación a la víctima ha sido una finalidad secundaria del proceso penal tradicionalmente, siendo la principal la represión de la conducta delictiva y la tutela jurídica, no obstante, deviene innegable la importancia de la reparación pecuniaria de los daños y

perjuicios padecidos a causa del delito y causados por el infractor así como el reembolso de todos los gastos necesarios para el ejercicio de sus derechos y las costas que se le hayan causado cuando se haya personado como parte en el proceso.

Los sistemas jurídicos establecen las obligaciones que corresponden a determinados sujetos, fundamentalmente el responsable del delito, y han ido desarrollando también una responsabilidad de la sociedad y en particular del Estado, especialmente en el marco europeo. La fórmula jurídica concebida para hacer efectiva la reparación del daño causado por el delito ha sido tradicionalmente la responsabilidad civil *ex delicto* que constituye un mecanismo de compensación económica por el que quienes han sufrido un perjuicio como consecuencia de un hecho delictivo están legitimadas activamente para demandar a quienes están legalmente obligadas a responder por ello con su patrimonio. La naturaleza jurídica de la misma es de carácter civil y responde a la lógica de la obligación de compensar por el daño causado y, por lo tanto, es transmisible, compensable y susceptible de distribución entre los diversos obligados al pago que puedan concurrir. Es importante destacar que nuestro sistema procesal, a diferencia de otros, permite a la víctima el ejercicio simultáneo de la acción penal y la acción civil, ya que como dispone el art. 100 LECrim “De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios causados por el hecho punible”. Por razones de economía procesal, la ley prevé la posibilidad de ejercer la acción civil dentro del mismo proceso penal atribuyendo la LECrim al Ministerio Fiscal la solicitud de la responsabilidad civil en el proceso penal a favor de los perjudicados. (art. 773.1 párrafo 1º LECrim) al establecer que “El Fiscal se constituirá en las actuaciones para el ejercicio de las acciones penales y civiles conforme a la Ley”, debiendo velar por el respeto a las garantías procesales del investigado y también por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito salvo que los perjudicados renuncien expresamente al ejercicio de la acción civil (art. 108 LECrim)

Conforme al CP, la responsabilidad civil puede consistir en la restitución, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios. Estos dos últimos términos cabe considerarlos sustancialmente como equivalentes, ya que en todo caso la forma de manifestarse es por medio de la obligación de pagar una cantidad de dinero según la cuantificación del daño causado comprendiendo como tales los daños patrimoniales (el valor de las cosas dañadas incluyendo los daños de carácter físico y los de carácter psíquico, las pérdidas ocasionadas, el

lucro cesante) y los denominados daños morales. Para la valoración económica de las lesiones físicas se han establecido baremos que permiten unificar los criterios judiciales. Lo mismo sucede con el daño psíquico. Así las cosas, el baremo contenido en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, en vigor desde el 1 de enero de 2016, que establece un baremo indemnizatorio, altamente minucioso, y en principio no aplicable a los daños que sean consecuencia de delitos dolosos, se ha venido aplicando también, de manera analógica, a éstos con el beneplácito de la jurisprudencia y de la doctrina del TC.

Sin embargo, no pocos problemas plantea la dificultad de transformar en dinero el daño moral que en España y en general en los países del sur de Europa se concibe y reconoce en términos muy amplios operando los tribunales con un gran margen de discrecionalidad. Al respecto, FERNANDO GÓMEZ POMAR<sup>3</sup> indica:

“La distancia intrínseca, esencial, entre la incidencia sobre la utilidad que supone el daño no patrimonial y el contenido monetario del mecanismo indemnizatorio plantean interrogantes serios en el diseño del tratamiento legal de esta clase de daños. La teoría jurídica, la praxis judicial y profesional en la materia, y las intervenciones legislativas, en algún caso, han desarrollado pautas de aproximación a los problemas suscitados, pero no los han aclarado o despejado.”

Siguiendo a JOSEP MARIA TAMARIT SUMALLA<sup>4</sup> la concepción clásica de la justicia penal se ha basado en la presunción de que la pena no tiene fines reparadores, sino retributivos o preventivos. Sin embargo, en la doctrina germánica ha ido ganando terreno una tendencia teórica que asume la inserción de la reparación dentro del sistema penal, según la idea de que la misma puede servir a los “fines de la pena”. Desde esa perspectiva, el Código Penal español de 1995, reconoce ciertos efectos a la reparación del daño, en diversos momentos, desde la sentencia hasta la fase de ejecución. En relación con la reparación previa a la sentencia, debe destacarse la circunstancia atenuante del art. 21.5 del Código Penal español, aplicable en caso de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o a disminuir sus efectos, siempre que se haya producido antes de la celebración del acto del

---

<sup>3</sup> GÓMEZ POMAR, F., “Problemas de concepto, valoración y cuantificación del daño moral (Análisis económico del derecho)”, en GÓMEZ, F., MARÍN GARCÍA, I. (Dirs.), *El daño moral y su cuantificación*, Barcelona, Wolters Kluwer S.A., 2015, pp. 83-123.

<sup>4</sup> TAMARIT SUMALLA, J.M., “Reparación y asistencia a las víctimas”, en TAMARIT SUMALLA, J.M., PEREDA BELTRAN, N. (Dirs.), *Victimología teórica y aplicada*, Barcelona, Huygens Editorial, 2013, pp. 315-333.

juicio oral. Con carácter previo al inicio de la ejecución, el CP, modificado tras la última reforma acometida por la LO 1/2015, exige entre las condiciones necesarias para proceder a la suspensión de la pena privativa de libertad “que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al art. 127 CP (art. 80.1.3ª y 87.1 CP) y valorar antes de acordarla “El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de la mediación” (art. 84.1.1ª CP). Una finalidad a la que también responden en el ámbito de la ejecución, las disposiciones del art. 76.5 y 6 de la Ley General Penitenciaria, ambos introducidos por la LO 7/2003 y del art. 90.1 CP al exigir que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito como condición para la progresión al tercer grado penitenciario y la concesión de la libertad condicional. O el actual art. 90.2 CP, que prevé un supuesto excepcional de adelantamiento de la libertad condicional, supeditada entre otras condiciones a su “participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas”.

### **3. LA OBLIGACIÓN ESTATAL DE INDEMNIZAR**

A partir de los años sesenta la mayor parte de países anglosajones y del norte de Europa introducen sistemas de reparación a favor de las víctimas de determinados delitos con cargo a fondos públicos. Nos encontramos ante una política propia del Estado del bienestar, que se ha justificado por las dificultades prácticas de que las víctimas reciban una compensación efectiva por parte de las personas responsables del delito, que puedan no ser identificadas, no ser condenadas o resultar insolventes. También se ha fundado en el reconocimiento de cierta responsabilidad de la sociedad en las causas del delito o en la no evitación del mismo, en ese sentido HELENA SOLETO-MUÑOZ<sup>5</sup> indica “Además de la reparación a la víctima por el causante del daño, elemento consustancial al castigo en las sociedades, en los países más avanzados se establece un sistema en el que el Estado sería el responsable de la indemnización, funcionando como mecanismo de corrección de un sistema culpable ineficaz, que en el caso español serían calificadas como ayudas”. Por su parte, consideramos que, con gran acierto, BEGOÑA VIDAL FERNÁNDEZ<sup>6</sup> indica “No se trata de una responsabilidad

---

<sup>5</sup> SOLETO MUÑOZ, H., “La justicia restaurativa, mecanismo adecuado para mejorar la reparación a la víctima en el proceso penal”, *Cuadernos Digitales de Formación*, n. 17, Madrid, CGPJ, 2017.

<sup>6</sup> VIDAL FERNÁNDEZ, B., “Reparación de las víctimas del delito en la Unión Europea: Tutela por el Tribunal de Justicia de la UE del derecho a la indemnización”, *Revista de Estudios Europeos*, n. 66, 2015, pp. 1-24.

subsidiaria del Estado, sino de solidaridad” fundamentando así la obligación estatal de indemnizar en los principios de solidaridad y equidad contenidos en el art. 9.2 de la CE.

En el marco del Consejo de Europa se aprueba el 24 de noviembre de 1983 un convenio en el que se recomienda a los Estados la implantación de sistemas de reparación pública, en relación con los delitos de carácter violento. España no aplicó el convenio europeo hasta la aprobación de la Ley 35/1995, de ayudas a los delitos dolosos violentos, con resultado de muerte o lesiones corporales graves o daños graves en la salud física o mental, el derecho a obtener una ayuda pública que no podrá superar en ningún caso la indemnización fijada en la sentencia (art.6). Por su parte, la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo, siguiendo el precedente de leyes anteriores (1984 y 1999) desarrolla un sistema de indemnizaciones mucho más extenso y con unas cantidades muy superiores a las previstas en la Ley 35/1995 o las contempladas de forma específica en la LO 1/2004, 28 de diciembre, para las víctimas de la violencia de género.

#### **4. LAS OFICINAS DE ATENCIÓN A LA VÍCTIMA DEL DELITO**

La primera Oficina de Atención a la Víctima del Delito (OAVD) se creó en Valencia en el año 1989, tras este precedente, la acción de las instituciones se ha centrado, básicamente, en la creación, a partir de la Ley 35/95, de una red de oficinas de atención a las víctimas del delito que constituyen el punto de referencia de información, orientación, apoyo, atención y derivación a los recursos especializados de todas las personas que han sido o se sienten víctimas de un delito. Las OAVD están formadas por profesionales especializados, tanto en la atención a la víctima del delito como en materia jurídica y del procedimiento penal. Los equipos son multidisciplinarios y están compuestos por profesionales de la Psicología, el Trabajo social, la Educación social y el Derecho.

Las OAVD han recibido en general un reducido impulso por parte de las instituciones competentes, lo que ha redundado en que su impacto sea muy limitado. Las mismas están gestionadas por el Ministerio de Justicia en una parte del territorio del Estado, mientras que en otra parte la competencia ha sido asumida por la comunidad autónoma. Tal es el caso de Andalucía, Baleares, Canarias, Catalunya, La Rioja, Navarra, País Vasco y Valencia. Tras la entrada en vigor de la LO 1/2004 de violencia de género, han pasado a centrar su actuación en las víctimas de violencia de género.

No obstante ello, la entrada en vigor del EVD, debería traducirse en un radical planteamiento de las funciones desempeñadas por las mismas a tenor de la fundamental labor informativa que, ahora, habrán de desempeñar al haberseles encomendado entre otras el “asesoramiento sobre los derechos económicos relacionados con el proceso, en particular, el procedimiento para reclamar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos”, y “la posibilidad de acceder a un sistema público de indemnización” (art. 28.1 a) y d) LEVD). Labor informativa que ha sido confirmada por el RD 1109/2015 que desarrolla sus disposiciones (art. 19.4 y 27. e) REVD).

## **5. CONSIDERACIONES FINALES: LA INEFICACIA DE LA REPARACIÓN ECONÓMICA A LA VÍCTIMA DEL DELITO EN PROCESO PENAL ESPAÑOL**

Gracias a los aportes doctrinales de la criminología y la victimología reflejados en las contemporáneas normativas procesales europeas y nacionales, estamos en condiciones de afirmar que la víctima ha alcanzado su mayoría de edad desde el punto de vista normativo, si bien, aún está lejos de alcanzar su independencia y autonomía con respecto a un sistema procesal que pivota, como es el caso del nuestro, sobre el monopolio del *ius puniendi*. Y ello por cuanto que, aun cuando la regulación comunitaria ha tenido la virtud de dar un impulso definitivo a la tendencia de recuperación del papel de las víctimas en el proceso penal que perdieron cuando los Estados asumieron el monopolio del *ius puniendi* enfocado a la persecución del delito y del delincuente privándoles, con ello, de su derecho a una tutela judicial efectiva plena, desafortunadamente, aún estamos lejos de alcanzar el pleno resarcimiento y reparación de los derechos de las víctimas.

Si las reformas legislativas no van acompañadas de una efectiva dotación de medios personales y presupuestarios, que garanticen plenamente no sólo en el ámbito formal sino también propiamente sustancial todos y cada uno de los derechos de las víctimas reconocidos en las modernas legislaciones, las mismas se convierten en papel mojado que relegan al olvido la premisa de que el estricto cumplimiento de las sentencias judiciales en todos sus extremos, y especialmente el de la obligación de restituir, reparar e indemnizar a la víctima, son la mejor garantía del estado de derecho.

En ese sentido SOLETO-MUÑOZ<sup>7</sup> afirma:

“La ineficacia de este sistema está por analizar, pero entre las posibles causas de la ineficacia normativa de reparación por el Estado se puede encontrar una información insuficiente para las víctimas, brevedad del plazo establecido o complejidad procedimental, insuficiencia o inadecuación de oficinas de atención a las víctimas, inexistencia de protocolos de atención a las víctimas, entre otras, obstáculos que habrán de ser identificados y removidos con el fin de ofrecer una reparación mínima a la víctima, objeto de protección de nuestra normativa -aunque no de nuestra práctica.”

Tampoco debemos olvidar que la Disposición adicional segunda del EVD establece que “Las medidas incluidas en esta Ley no podrán suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones ni de otros gastos de personal” y esa limitación es, sin duda, el principal obstáculo para conseguir una protección integral de la víctima que, en nuestra opinión, difícilmente podrá ser suplida a través de los servicios de justicia restaurativa previstos en el art. 15 del EVD dadas las notorias limitaciones de aplicación de los mismos a tenor de los requisitos exigidos para su aplicación y ello, a pesar de que la mejora de compensación a la víctima por el Estado sea, en nuestra opinión, la estrategia más eficaz para la protección a la víctima, ante las enormes dificultades que plantea el tradicional pago por el condenado.

---

<sup>7</sup> SOLETO MUÑOZ, H., “La reparación económica a la víctima en el sistema español”, *Processo penale e giustizia*, n. 5, 2017, pp. 951-959.

## REFERENCIAS

DE HOYOS SANCHO, M., “Principales avances en derechos, garantías y protección de víctimas”, *Diario La Ley*, n. 8955, Sección Tribuna, 2017.

GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J., “El nuevo estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal según la Directiva Europea 2012/29/UE, de 25 de octubre, y su transposición al ordenamiento jurídico español”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 18, 2016.

GÓMEZ POMAR, F., “Problemas de concepto, valoración y cuantificación del daño moral (Análisis económico del derecho)”, en GÓMEZ, F., MARÍN GARCÍA, I. (Dirs.) *El daño moral y su cuantificación*, Barcelona, Wolters Kluwer S.A., 2015, pp. 83-123.

SOLETO MUÑOZ, H., “La justicia restaurativa, mecanismo adecuado para mejorar la reparación a la víctima en el proceso penal”, *Cuadernos Digitales de Formación*, n. 17, Madrid, CGPJ, 2017.

SOLETO MUÑOZ, H., “La reparación económica a la víctima en el sistema español”, *Processo penale e giustizia*, n. 5, 2017, pp. 951-959.

TAMARIT SUMALLA, J.M., “Reparación y asistencia a las víctimas”, en TAMARIT SUMALLA, J.M., PEREDA BELTRAN, N. (Dirs), *Victimología teórica y aplicada*, Barcelona, Huygens Editorial, 2013, pp. 315-333.

VIDAL FERNÁNDEZ, B., “Reparación de las víctimas del delito en la Unión Europea: Tutela por el Tribunal de Justicia de la UE del derecho a la indemnización”, *Revista de Estudios Europeos*, n. 66, 2015, pp. 1-24.

# LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS DEL ARTÍCULO 129 DEL CÓDIGO PENAL COMO RESPUESTA AL FENÓMENO DE LAS SOCIEDADES PANTALLA

DIEGO QUINTEIRO CRUZ

**TRANSJUS**  
WPPublications

Como citar:

Quintero Cruz, D. (2019). “Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal como respuesta al fenómeno de las sociedades pantalla”. En *Nuevas formas de criminalidad y su persecución*. TransJus Working Papers Publication - Edición Especial (N. 1/2019, pp. 67-77).

---

**SUMARIO:** 1. La inimputabilidad de las sociedades instrumentales como regla general; 1.1 La postura del tribunal supremo; 1.2 La postura de la fiscalía general del estado; 2. Las consecuencias accesorias del artículo 129 como solución; 2.1 El requisito de la ausencia de personalidad jurídica; 3. Conclusiones y otras propuestas.

---

**RESUMEN:** Junto a las sociedades que actúan con normalidad en el tráfico mercantil, existen otras estructuras societarias de carácter instrumental cuya única finalidad es servir como instrumento para el lavado de activos procedentes de actividades delictivas. Tal y como puso de manifiesto la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2016, desde el punto de vista operativo, la simple sanción de las personas físicas que se ocultan tras estas sociedades pantalla resulta insuficiente para colmar de un modo socialmente satisfactorio el reproche penal. Así, la propuesta que planteamos es el breve análisis de las posibles respuestas penales que ofrece nuestro ordenamiento como reacción a la existencia de estas entidades creadas específicamente para delinquir. En particular, ante la incapacidad de las sociedades pantalla para incurrir en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, prescrita en el artículo 31 *bis* del Código Penal, nos planteamos la posibilidad de imponer a estas entidades instrumentales las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 del Texto Punitivo.

**PALABRAS CLAVE:** sociedad pantalla; responsabilidad penal; consecuencias accesorias.

---

**RESUM:** Al costat de les societats que actuen amb normalitat en el tràfic mercantil, existeixen altres estructures societàries de caràcter instrumental l'única finalitat del qual és servir com a instrument per a la rentada d'actius procedents d'activitats delictives. Tal com va posar de manifest la Fiscalia General de l'Estat en la seva Circular 1/2016, des del punt de vista operatiu, la simple sanció de les persones físiques que s'oculten després d'aquestes societats pantalla resulta insuficient per a satisfer d'una manera socialment satisfactòria el retret penal. Així, la proposta que plantegem és la breu anàlisi de les possibles respostes penals que ofereix el nostre ordenament com a reacció a l'existència d'aquestes entitats creades específicament per a delinquir. En particular, davant la incapacitat de les societats pantalla per a incórrer en la responsabilitat penal de les persones jurídiques, prescrita en l'article 31 bis del Codi Penal, ens plantegem la possibilitat d'imposar a aquestes entitats instrumentals les conseqüències accessòries previstes en l'article 129 del Text Punitiu.

**PARAULES CLAU:** societat pantalla; responsabilitat penal; conseqüències accessòries.

---

**ABSTRACT:** Besides the companies that act legally, there exist other companies of instrumental character and that have been created for the money laundering. As it is said in the Circular 1/2016 (FGE), the simple sanction to the natural persons who hide themselves after these dummy corporations is insufficient. For it, the offer that we raise is the analysis of the possible penal answers as reaction to the existence of these companies. Especially, because of the disability of the dummy corporations to be criminally liable, we appear the possibility of imposing to these instrumental entities the incidental consequences regulated in the article 129 of the Criminal Code.

**KEYWORDS:** dummy corporations; criminal liability; incidental consequences.

## 1. LA INIMPUTABILIDAD DE LAS SOCIEDADES INSTRUMENTALES COMO REGLA GENERAL

A menudo, se constituyen sociedades mercantiles en las que se ampara un fin ilícito. En la mayoría de las ocasiones dicho fin consiste en el blanqueo de dinero procedente de actividades delictivas que pudieron haberse verificado en el seno de la misma entidad blanqueadora o en otro ámbito. Esta es una realidad que pone de manifiesto el lado patológico de la atribución de personalidad jurídica a determinadas entidades que, en estos casos, son utilizadas perversamente como pantalla y, ante tal disfunción, el ordenamiento jurídico suele reaccionar eliminando la ficción (creada con el único objeto de eludir responsabilidades y ocultar la verdadera autoría del delito) y prescindiendo de la apariencia jurídica<sup>1</sup>.

El problema es que, como ha dicho CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ, “sólo pueden considerarse penalmente responsables aquellas personas jurídicas que tienen un sustrato material suficiente, constituyendo las sociedades pantalla o instrumentales un supuesto de personas jurídicas no imputables”<sup>2</sup>. Por tanto, las sociedades pantalla, carentes de contenido y constituidas a los solos efectos de servir como instrumento para la comisión de hechos delictivos, son inimputables (así se entiende actualmente por la inmensa mayoría de la doctrina<sup>3</sup>, judicatura y fiscalía<sup>4</sup>).

Se puede afirmar que en la actualidad se ha alcanzado el consenso acerca de la “imposibilidad congénita” de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas instrumentales por la vía del artículo 31 *bis* del Código Penal. Según la STS 154/2016, de 29 de febrero, esta imposibilidad congénita (palabras literales) se deriva de la inviabilidad natural de ponderar en una sociedad instrumental la existencia de los mecanismos de “supervisión, vigilancia y

---

<sup>1</sup> Sobre el concepto de sociedad pantalla o instrumental, indica SÁNCHEZ HUETE, M.A., *El levantamiento del velo. La responsabilidad de la sociedad pantalla y refugio*, Barcelona, Marcial Pons, 2008, p. 179, que tal denominación denota una apariencia de contenido y de voluntad autónoma que no es tal, al pretenderse la constitución de la misma como mero centro de imputación, a los efectos de evitar incurrir en responsabilidades. Así, la mecánica simulatoria de tal artificio operaría sobre la base de tres conceptos: personalidad, patrimonio y responsabilidad; es decir, la persona (física) crea otra persona (jurídica) bajo su dominación y control con el objetivo de desubicar la responsabilidad en que pudiera incurrir.

<sup>2</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La imputabilidad organizativa en la responsabilidad penal de las personas jurídicas; a propósito del auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014”, *Diario La Ley*, n. 8331, 2014, p. 2.

<sup>3</sup> HORMAZÁBAL MALARÉE, H., “Personas jurídicas penalmente responsables y medidas cautelares; el auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014”, *Diario La Ley*, n. 8368, 2014. Según ha escrito este autor “las personas jurídicas meramente ficticias están al margen del sistema penal”

<sup>4</sup> Tanto el Tribunal Supremo como la Fiscalía General del Estado por medio de sus Circulares han preconizado la inimputabilidad de las sociedades instrumentales. En este sentido *vid* por todas: STS 154/2016, de 29 de febrero (RJ 2016/600), -la cual se analizará en este epígrafe- y las Circulares de la FGE 1/2011 y 1/2016.

control” (artículo 31.1 *bis*), cuya insuficiencia constituiría el defecto organizativo que se erige como criterio para determinar la responsabilidad criminal de una sociedad. Al mismo tiempo, resultaría del todo absurdo exigir a una entidad -que precisamente ha sido constituida para delinquir- la adopción de unos mecanismos internos de control (los conocidos como programas *compliance* penal) que llegado el momento pudieran eximirla de responsabilidad tal y como prevé el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es evidente que la “verdadera cultura de cumplimiento” exigible en estos casos para que pueda operar la exención o atenuación de la responsabilidad no puede concurrir en el seno de una entidad cuya finalidad es, precisamente, el incumplimiento normativo y el delito.

### **1.1. La postura del Tribunal Supremo**

Interesa en este punto el análisis de la STS 154/2016, de 29 de febrero<sup>5</sup>, la cual viene a reiterar que las sociedades pantalla son inimputables y, por lo tanto, quedan al margen del régimen previsto en el artículo 31 *bis* del Código Penal. Así, según el Alto Tribunal, “la persona jurídica estrictamente instrumental o “pantalla”, carente por tanto de cualquier actividad lícita y (...) creada para servir de instrumento en la comisión del delito por la persona física, ha de ser considerada al margen del régimen de responsabilidad del artículo 31 *bis*, por resultar insólito pretender realizar valoraciones de responsabilidad respecto de ella, dada la imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control y, por ende, de cultura de respeto o desafección hacia la norma, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de su existencia”.

Por tanto, la doctrina sentada por esta sentencia del Tribunal Supremo, determina que las denominadas sociedades pantalla son personas jurídicas inimputables. Aunque, sin perjuicio de ello, sorprendentemente aplicó la pena de disolución “por razones de utilidad”, circunstancia que, precisamente, pone de relieve la necesidad de dotar al sistema penal de herramientas alternativas frente a las sociedades instrumentales que evite situaciones como esta.

### **1.2. La postura de la Fiscalía General del Estado**

La Circular 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 1/2015, establece en su conclusión 11<sup>a</sup>.3 que “Son inimputables aquellas sociedades cuya actividad ilegal supere ampliamente a la legal”. En

---

<sup>5</sup> STS 154/2016, de 29 de febrero (RJ 2016/600).

similares términos, se indica también que tendrán la consideración de personas jurídicas inimputables las sociedades cuyo carácter instrumental sea total, sin ninguna otra clase de actividad legal o que ésta sea meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos<sup>6</sup>.

Por tanto, nos encontramos ante el problema de que la simple sanción de las personas físicas que se ocultan tras estas sociedades pantalla es insuficiente para colmar de un modo socialmente satisfactorio el reproche penal exigible en estos casos y, sin embargo, el Código Penal no prevé ninguna reacción efectiva frente a este fenómeno. Así, ante la imposibilidad de aplicar a las sociedades pantalla el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, nos planteamos la posibilidad de imponer a estas entidades instrumentales las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 del Texto Punitivo.

## **2. LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS DEL ARTÍCULO 129 COMO SOLUCIÓN**

El artículo 129.2 indica que “Las consecuencias accesorias (...) sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones en él mencionados (es decir, aquellas que carezcan de personalidad jurídica y que, en consecuencia no puedan responder penalmente) cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas”.

Tal y como comenta el profesor EDUARDO RAMÓN RIBAS, este nuevo panorama normativo se debe a que, una vez reconocida la capacidad criminal de las personas jurídicas e introducido un

---

<sup>6</sup> Esta misma postura fue la adoptada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en su Auto de 19 de mayo de 2014 (JUR 2016/68724). Según esta resolución: “el límite a partir del cual se considera penalmente que la persona jurídica es una entidad totalmente independiente, no mero instrumento de la persona, es un límite normativo que, probablemente irá variando a lo largo del tiempo.” Un ejemplo de este tipo de sociedades son las utilizadas habitualmente en esquemas de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo como instrumento para colocar fondos al socaire de la actividad legal de la sociedad, simulando que es mayor de la que realmente tiene. En la mayoría de estos casos se mezclan fondos de origen lícito e ilícito, normalmente incrementando de manera gradual los fondos de origen ilícito. A ellas se refiere la regla 2ª del artículo 66 *bis* como las utilizadas instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.” El precepto las deja claramente dentro del círculo de responsabilidad de las personas jurídicas y, en la medida en que tienen un mínimo desarrollo organizativo y cierta actividad, aunque en su mayor parte ilegal, son también imputables”. De ello se infiere que existen dos categorías de sociedad pantalla; una primera que es absolutamente instrumental en el sentido de que su única función es servir de medio para delinquir (inimputable), y una segunda clase de sociedad pantalla en términos relativos en la que la actividad legal también está presente y, en consecuencia, sí se encuentra incluida en el ámbito de aplicación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

catálogo de penas previstas para ellas, el legislador penal estimó innecesario el mantenimiento de las anteriores consecuencias accesorias; razón por la cual, el artículo 129 de nuestro Código Penal pasó a ser de aplicación exclusiva para los “sujetos colectivos” sin personalidad jurídica<sup>7</sup>. En este sentido, como quiera que el reconocimiento de la responsabilidad penal está directamente relacionado con la concurrencia de personalidad jurídica, surge la necesidad de prever otra clase de consecuencias jurídicas aparejadas al delito aplicables a las entidades sin personalidad jurídica, cuestión que se abordó a través de la reforma del artículo 129.

Y, ¿cuáles son, en concreto, las consecuencias accesorias aplicables?; la cuestión se resuelve por remisión del artículo 129 al 33.7 del Código Penal. Así según el artículo 129.1, podrán aplicarse una o varias de las medidas previstas en las letras c) a g) del artículo 33.7 (donde se establecen las penas aplicables a las personas jurídicas), es decir: la suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años; la clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años; la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito (prohibición que podrá ser temporal o definitiva); la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas por un plazo de hasta quince años; y, finalmente, la intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, hasta un máximo de cinco años.

Además, el propio artículo 129.1 establece que podrá acordarse también “la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita”. Cabe objetar respecto de la formulación de esta medida que, las actividades cuyo desarrollo se prohíba con arreglo a este precepto siempre serán lícitas puesto que, como es natural, las ilícitas ya están proscritas con carácter general<sup>8</sup>. Por su parte, el 129.3 indica que “La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7.”

---

<sup>7</sup> RAMÓN RIBAS, E. “De las consecuencias accesorias”, en QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F. (Dirs.), *Comentarios al Código Penal Español, Tomo I*, Pamplona, Aranzadi, 2016, p. 879.

<sup>8</sup> En cambio, no es posible aplicarles como consecuencias accesorias ni la multa ni su disolución previstas en las letras a) y b) respectivamente del artículo 33.7 del Código Penal. La razón de esta limitación parece lógica si se atiende a cuál es el alcance de la disolución; establece el artículo 33.7 b) que “la disolución producirá la pérdida definitiva de (la) personalidad jurídica, así como la de (la) capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico (...)”. Por tanto, si las entidades objeto de estas medidas como consecuencia accesoria carecen de personalidad jurídica, es lógico que no puedan ser disueltas.

## 2.1. El requisito de la ausencia de personalidad jurídica

Como vemos, el artículo 129 circunscribe la aplicación de las consecuencias en él previstas a aquellas entidades sin personalidad jurídica (“que por carecer de personalidad jurídica no estén comprendidas en el artículo 31 *bis*”). La dicción literal del precepto es la reseñada entre paréntesis sin que, naturalmente, el legislador hubiera entrado a clarificar si tal personalidad jurídica ha de entenderse en sentido formal o material. Esto no es -a nuestro entender- una cuestión baladí, pues las diferentes interpretaciones de lo que haya de entenderse por personalidad jurídica determinarían un diferente alcance del artículo 129.

Según dispone el artículo 119 del Código de Comercio “Toda Compañía de comercio, antes de dar principio a sus operaciones, deberá hacer constar su constitución, pactos y condiciones, en escritura pública que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil”. Asimismo, el artículo 116 del mismo texto establece que “Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos.” Por tanto, es evidente que desde el punto de vista formal las sociedades pantalla que hemos denominado instrumentales en términos absolutos (y que son las que nos interesan por no entrar -según hemos comentado- en el ámbito de aplicación del artículo 31 *bis*) sí gozan de personalidad jurídica pues, al igual que cualquier otra sociedad, se ha constituido mediante escritura pública inscrita en el Registro Mercantil.

Partiendo de tal premisa, si entendemos que el artículo 129 del Código Penal se refiere a la ausencia de personalidad jurídica en sentido formal, asumiendo una interpretación literal del concepto, a este tipo de sociedades pantalla empleadas única y exclusivamente para blanquear capitales, no solo no les sería aplicable (por lo ya expuesto) la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que tampoco les serían de aplicación las consecuencias accesorias a las que se refiere el mentado 129 y, en tal medida, no cabría tampoco por esta vía su suspensión, clausura, prohibición para actuar, inhabilitación ni intervención con carácter represivo.

Naturalmente, esta situación pone de manifiesto una posible carencia de nuestro sistema penal ya que, como se ha dicho, consideramos necesario que la sanción penal en estos casos no se agote con la simple imposición de una pena a los autores materiales del delito, sino que dicha represión, para ser plenamente satisfactoria, ha de alcanzar a la misma sociedad pantalla a través de la cual se ha delinquido, apartándola del tráfico económico o limitando sus actividades en alguna medida. Es por ello que, tal vez, sería más adecuado entender que la personalidad jurídica a la que se refiere el artículo 129 lo es en sentido material, asumiendo una interpretación finalística o teleológica de la norma en cuestión. Así, si la modificación del artículo 129 en su

precedente redacción tuvo por finalidad integrar y dar coherencia al ordenamiento penal, dado que con la aparición del nuevo artículo 31 *bis* ya se consiguió el propósito de alcanzar penalmente a las personas jurídicas, partiendo de la premisa de que las personas jurídicas consistentes en sociedades pantalla no entran en el ámbito de aplicación de dicho artículo 31 *bis*, tendría sentido (desde una perspectiva finalística) que a éstas pudieran serle de aplicación las consecuencias accesorias a las que, por remisión, se refiere el artículo 129 del Código Penal.

En la línea de lo expuesto, por personalidad jurídica en sentido material, ha de entenderse el reconocimiento de la condición de sujeto de derecho a favor de un sujeto colectivo con verdadera autonomía, capacidad de auto-organización y cuyo fundamento es la separación y distinción entre dicho sujeto y los propios miembros individuales que lo componen<sup>9</sup>. Así pues, para considerar que una entidad está dotada realmente de personalidad jurídica no bastaría con que efectivamente lo estuviera formalmente; habiendo sido fundada en escritura pública y registrada posteriormente<sup>10</sup>, sino que, además, habría de exigirse también el ejercicio real de dicha personalidad sin que la misma se limitase a la mera existencia de un asiento u anotación registral sin contenido real y formalizada exclusivamente al servicio del fraude. En este mismo sentido, el jurista alemán OTTO VON GIERKE propuso en el siglo XIX la tesis de que las personas jurídicas solo lo son si verdaderamente están dotadas de presencia social y de una vida propia e independiente<sup>11</sup> y, como quiera que las sociedades pantallas no reúnen tales requisitos, si aceptamos todo lo anterior como válido, resultaría que este tipo de entes fantasma no podrían considerarse personas jurídicas en sentido estricto.

Por tanto, no parece desacertado afirmar que, el hecho de que una sociedad esté dotada formalmente de personalidad jurídica por haberse constituido y registrado en los términos exigidos por la Ley de Sociedades de Capital, no la convierte en persona jurídica realmente dado que, para ello, tendría efectivamente que ejercer como tal y no al margen de la legalidad. Aunque no es fácil desentrañar la opinión del Tribunal Supremo en relación con este extremo, la citada STS 154/2016, de 29 de febrero parece ser compatible con esta teoría al indicar que la sociedad pantalla “hubiera merecido en su día directamente la disolución por la vía del artículo 129 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), que contemplaba la aplicación de semejante

---

<sup>9</sup> *Vid:* LASARTE ÁLVAREZ, C., *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil*, Madrid, Marcial Pons, 2014, pp. 276 y ss.

<sup>10</sup> De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 20 y 33 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

<sup>11</sup> *Vid:* LASARTE ÁLVAREZ, C. *Op. Cit.* p. 278.

“consecuencia accesoria” a aquellos entes que carecen de una verdadera personalidad jurídica en términos de licitud para desempeñarse en el tráfico jurídico o, en su caso, la mera declaración de su inexistencia como verdadera persona jurídica”.

Así pues, reiteramos la teoría propuesta en este epígrafe en virtud de la cual, si la personalidad jurídica (ausencia de ella) a la que se refiere el artículo 129 del Código Penal, se interpreta en un sentido finalístico o material y no simplemente formal, las consecuencias accesorias de referencia sí podrían operar como alternativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas para “sancionar” a las sociedades pantalla por razón de su existencia al servicio del fraude.

### **3. CONCLUSIÓN Y OTRAS PROPUESTAS**

Como conclusión, cabe reiterar la idea de que las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal sí podrían operar como alternativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas para responder penalmente frente al problema de las sociedades pantalla, siempre y cuando el órgano judicial que las imponga considere que, realmente, estas entidades instrumentales carecen de personalidad jurídica, por limitarse ésta a una simple formalidad. No obstante, esta solución parece poco posible que resulte realizable o acogida por los operadores jurídicos que, en una interpretación literal del artículo 129 es previsible que consideren que las sociedades pantalla sí están dotadas de personalidad jurídica (si quiera solo a nivel formal).

Otra de las posibles respuestas podría ser la apreciación de la figura del fraude de ley. Así, según el artículo 6.4 del Código Civil “Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”. En virtud de esta institución podría ser viable que, ante un ejercicio extralimitado del derecho de constituir sociedades, el juez penal declare su nulidad y en consecuencia su disolución a través de su cancelación registral. En cuanto a los requisitos para la declaración de nulidad del contrato y conocimiento de todos sus efectos en la vía penal, dice CARMEN LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA que, en primer término, se exige la existencia de un contrato cuya celebración esté orientada a la comisión de un delito (en este caso la celebración de un contrato de sociedad cuya finalidad será servir de instrumento para delinquir). Asimismo, junto con este presupuesto fundamental se exige también que la declaración de nulidad sea solicitada por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, que no afecte a terceros no llamados

al proceso penal y, finalmente, que el asunto no revista excesiva complejidad para el juez del orden jurisdiccional penal<sup>12</sup>.

No obstante, consideramos que la disolución de una sociedad en el seno de una instrucción penal puede acarrear perjuicios irreparables si tras la investigación realizada por el instructor y a resultas de la actividad probatoria desplegada en la fase de juicio oral se determina que no hay delito y se resuelve la absolución de los acusados. Naturalmente la sociedad disuelta (que se creía instrumental) no podrá reanudar su actividad dado que no cabe la disolución cautelar a diferencia de lo que sucede con el artículo 129 del Código Penal (que en su apartado tercero prevé la clausura temporal como medida cautelar), o de lo que ocurre con el artículo 127 *octies* del mismo texto (en el cual se prevé el decomiso cautelar desde el momento de las primeras diligencias).

---

<sup>12</sup> LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 134.

## REFERENCIAS

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La imputabilidad organizativa en la responsabilidad penal de las personas jurídicas; a propósito del auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014”, *Diario La Ley*, n. 8331, 2014.

HORMAZÁBAL MALARÉE, H., “Personas jurídicas penalmente responsables y medidas cautelares; el auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014”, *Diario La Ley*, n. 8368, 2014.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil*, Madrid, Marcial Pons, 2014.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

RAMÓN RIBAS, E., “De las consecuencias accesorias”, en QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F. (Dirs.), *Comentarios al Código Penal Español, Tomo I*, Pamplona, Aranzadi, 2016.

SÁNCHEZ HUETE, M.A., *El levantamiento del velo. La responsabilidad de la sociedad pantalla y refugio*, Barcelona, Marcial Pons, 2008.



**EL BLANQUEO DE CAPITALES COMO INSTRUMENTO DE LUCHA CONTRA LA  
CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y LA PROBLEMÁTICA QUE PRESENTA LA  
EXPANSIÓN DEL TIPO PENAL EN LA ACTUALIDAD**

JHÉSICA ÁLVAREZ GONZÁLEZ

**TRANSJUS**  
WPPublications

Como citar:

Álvarez González, J. (2019). “El blanqueo de capitales como instrumento de lucha contra la criminalidad organizada y la problemática que presenta la expansión del tipo penal en la actualidad”. En *Nuevas formas de criminalidad y su persecución*. TransJus Working Papers Publication - Edición Especial (N. 1/2019, pp. 79-86).

---

**SUMARIO:** 1. Introducción y orígenes del delito de blanqueo de capitales; 2. El delito de blanqueo de capitales en el código penal español vigente; 3. Conclusiones.

---

**RESUMEN:** El blanqueo de capitales resulta uno de los fenómenos de mayor proliferación en la actualidad en tanto método cuya proyección internacional proporciona los cauces necesarios para dotar de esa legalidad aparente que todo criminal busca para los frutos de sus ilícitas actividades y de esta forma aprovecharse de ellos ocultando su origen. La globalización, también en el ámbito delictivo, impulsa grandes tramas criminales que crean complejos entramados dedicados exclusivamente al blanqueo de capitales. Ante la constante lucha de los Estados y las Organizaciones Internacionales por acabar con la criminalidad organizada, la corrupción o el terrorismo y sus consecuencias, el blanqueo se convierte en el blanco de esta lucha y en la justificación de las numerosas medidas legislativas que se vienen adoptando cada vez más frecuente y profundamente.

La configuración nacional de la figura del blanqueo de capitales se encuentra tan estrechamente influenciada por la normativa internacional que internacionaliza el propio derecho penal patrio bajo la justificación de la política criminal de lucha contra estos grupos criminales, política que se gesta en sede internacional, de tal forma que las garantías penales básicas de los ordenamientos pueden llegar a verse coartadas mediante la imposición de cambios legislativos.

**PALABRAS CLAVE:** Blanqueo de capitales, criminalidad organizada, expansión del derecho penal, globalización.

---

**RESUM:** El blanqueig de capitals resulta un dels fenòmens de major proliferació en l'actualitat en tant mètode la projecció internacional del qual proporciona els llits necessaris per a dotar d'aquesta legalitat aparent que tot criminal cerca per als fruits de les seves il·lícites activitats i d'aquesta forma aprofitar-se d'ells ocultant el seu origen. La globalització, també en l'àmbit delictiu, impulsa grans trames criminals que creen complexos entramats dedicats exclusivament al blanqueig de capitals.

Davant la constant lluita dels Estats i les Organitzacions Internacionals per acabar amb la criminalitat organitzada, la corrupció o el terrorisme i les seves conseqüències, el blanqueig es converteix en el blanc d'aquesta lluita i en la justificació de les nombroses mesures legislatives que es venen adoptant cada vegada més freqüent i profundament.

La configuració nacional de la figura del blanqueig de capitals es troba tan estretament influenciada per la normativa internacional que internacionalitza el propi dret penal patri sota la justificació de la política criminal de lluita contra aquests grups criminals, política que es gesta en seu internacional, de tal forma que les garanties penals bàsiques dels ordenaments poden arribar a veure's coartades mitjançant la imposició de canvis legislatius.

**PARAULES CLAU:** Blanqueig de capitals, criminalitat organitzada, expansió del dret penal, globalització.

---

**ABSTRACT.** Money laundering is one of the greatest phenomena of proliferation today as a method whose international projection provides the necessary ways to achieve the apparent legality that every criminal seeks as the answer to their illicit activities and thus taking advantage of them hiding its origin. Globalization, also in the criminal sphere, promotes large criminal frameworks that create complex structures dedicated exclusively to money laundering.

Faced with the constant struggle of States and International Organizations to end organized crime – as well as corruption and terrorism and its consequences – money laundering becomes the target of this struggle and also the justification of the numerous legislative measures that are being adopted more frequently and profoundly.

The national configuration of the money-laundering figure is so closely influenced by international regulations that it internationalizes the national criminal law itself under the justification of the criminal policy of fighting against these criminal groups, a policy that is being developed in an international venue. Therefore, this means that the basic criminal guarantees of legal systems can be restricted through the imposition of legislative changes.

**KEY WORDS:** Money-laundering, organized crime, criminal law expansion, globalization.

## 1. INTRODUCCIÓN Y ORÍGENES DEL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES

Tras la creación del tipo penal de blanqueo de capitales<sup>1</sup> del artículo 301 de nuestro Código Penal subyace la idea de que las organizaciones criminales utilizan el sistema bancario, económico y comercial para operar con los beneficios que obtienen ilícitamente de sus actividades y así normalizarlos. Ya que estos beneficios (cuando hablamos de blanqueo de capitales siempre nos referiremos a bienes o beneficios ilícitos por la misma ilicitud de sus orígenes) han de ser reciclados, se ha de eliminar de ellos su origen criminal hasta conseguir una apariencia de legalidad que los revista, y esto únicamente se consigue introduciéndolos en los circuitos financieros lícitos, reduciendo así las posibilidades de que los activos puedan ser vinculados con su origen criminal<sup>2</sup>.

Es entonces cuando los tipos penales tradicionales, ya existentes, se vuelven insuficientes dando lugar a nuevos delitos<sup>3</sup>.

La evolución del fenómeno del blanqueo de capitales se ha venido desarrollando íntimamente vinculada a la expansión del negocio del tráfico de drogas por lo que se encuentra estrechamente ligada a la criminalidad organizada y refleja el desarrollo de los fenómenos criminológicos, que pasan del delito o la criminalidad individual a un nuevo crimen más corporativo, organizado y que además, tiende a practicarse a nivel internacional.

Van a ser, por lo tanto, motivos de política criminal los que impulsen la redacción de nuestro artículo 301 CP y sus diferentes modificaciones, viéndose plasmados en la técnica legal utilizada. Por lo tanto el legislador ha de valorar no solamente esas razones político-criminales a la hora de legislar sino también -y no con menor importancia- si efectivamente es necesaria una pena que castigue los comportamientos que se van a tipificar, si esta medida será coherente con el conjunto del ordenamiento jurídico, y sobre todo, si lo es con los

---

<sup>1</sup> El blanqueo de capitales supone “*un comportamiento criminal de nuevo cuño desde la perspectiva del derecho positivo pero suficientemente conocido ya en los inicios de la moderna delincuencia surgida al amparo de las asociaciones criminales de corte empresarial*”. ZARAGOZA AGUADO, J. A., “Análisis sustantivo del delito (II). Cuestiones de interés sobre el delito de blanqueo de bienes de origen criminal: la prueba indiciaria. La comisión culposa. Nuevas orientaciones en Derecho comparado”, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Estudios de derecho judicial, n. 28, Madrid, CGPJ, 2000, p. 294.

<sup>2</sup> DEL CID GÓMEZ, J. M., *Blanqueo internacional de capitales. Cómo detectarlo y prevenirlo*, Bilbao, Ed. Deusto, 2007, p. 22.

<sup>3</sup> GÓMEZ INIESTA, D. J., *El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 29.

principios esenciales que rigen el Derecho Penal incluyendo el de ultima ratio<sup>4</sup> y su carácter fragmentario<sup>5</sup>.

## 2. EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL VIGENTE

El delito de blanqueo de capitales<sup>6</sup>, se encuentra regulado en nuestro Código Penal, dentro del Capítulo XIV del Título XIII del Libro II<sup>7</sup>, bajo la rúbrica “de la receptación y el blanqueo de capitales” y, más en concreto, en los artículos 301 a 304.

La conducta de blanqueo se define en un solo artículo, el 301, donde se castiga en su inciso primero a todo aquel que:

“Adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos”.

Será asimismo sancionada “la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos” (art. 301.2 CP).

Se trata de un delito común (característica ésta que no empaña los específicos deberes que se imponen a determinadas personas en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo) que comprende una variedad de

---

<sup>4</sup> Como bien recuerda GÓMEZ INIESTA, D.J., (*Ibid.*), p. 41, autores como COBO DEL ROSAL o VIVES ANTÓN se refieren al “conjunto de principios, extraídos de la investigación empírica del delito y de la pena que orientan la actividad del Estado en su lucha contra el crimen”.

<sup>5</sup> GÓMEZ INIESTA, D.J., (*Ibid.*), indica: “Solo cuando quede patente la insuficiencia de la normativa, en el sentido de práctica imposibilidad en la consecución de fines y cuando pueda verse afectado gravemente el proceso económico, solo entonces el carácter fragmentario del derecho penal no podrá ser alegado para excluir el recurso a la sanción penal.”

<sup>6</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, Barcelona, Atelier, 2010, p. 1292. Infracción instrumental cuya finalidad consiste en vetar los canales legales que los delincuentes utilizan para “legalizar” sus ilícitos beneficios.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 1293, ver la opinión al respecto de la “desubicación legal patente” de este delito dentro de nuestro Código Penal.

conductas como integradoras de su tipo objetivo. A pesar de la aparente simplicidad de los actos comprendidos dentro del tipo penal, la realidad va mucho más allá y se aleja de cualquier atisbo de sencillez al respecto: la ampliación del ilícito previo desde únicamente los delitos graves hasta cualquier actividad delictiva<sup>8</sup> da una primera aproximación de la expansión a la que el delito se ha visto sometido a lo largo de los años. Esta primera ampliación da lugar a diversos debates sobre qué tipo de actividades pueden ser susceptibles de generar bienes a blanquear, sobre todo tras la última reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que suprime las faltas elevándolas a la categoría de delitos menos graves.

Por último, la inclusión de las modalidades comitivas de posesión y utilización por la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal<sup>9</sup>, trajo consigo importantes problemas interpretativos en tanto que nos encontramos ante hechos de comisión continuada, cuya compatibilidad con la incriminación del autoblanqueo -incorporado al tenor literal del artículo por la modificación llevada a cabo por la misma ley- cuestiona la adecuación de la redacción del precepto a nuestro ordenamiento jurídico o si se trata de sancionar actos de agotamiento del delito.

Por ello, traeremos aquí la confrontación mantenida cuyo objetivo consiste en la determinación de cuál ha de ser la interpretación correcta que ha de darse a este listado de verbos y acciones que conforman la conducta típica y que se ampara y aviva gracias a la poco acertada redacción del precepto dentro del Código.

En lo que sí está de acuerdo la doctrina es en que existen dos interpretaciones posibles: en primer lugar, aquella según la cual lo que se castiga son dos grupos o bloques de conductas, la mera adquisición, conversión o transmisión de los bienes conociendo su procedencia delictiva, y la realización de cualquier otro acto con la finalidad de ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya intervenido en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos. La segunda posibilidad interpretativa,

---

<sup>8</sup> Modificación operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre de reforma del Código Penal, para actualizar y adaptar nuestro delito de blanqueo de capitales a la Segunda Directiva, la 2001/97/CEE, así como las Recomendaciones del GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional).

<sup>9</sup> Los motivos que fundamentan esta reforma, y por tanto, la nueva redacción de la definición del delito de blanqueo se encuentran en los instrumentos internacionales en los que España es parte, así como en las directrices emanadas de instituciones supranacionales como el GAFI: Convención de Varsovia de mayo de 2005 (y ratificada por España en 2010), relativa al seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito; Tercera Directiva 2005/60/CEE, que establece la tipificación de la posesión y la utilización, entre otros.

amparándose en la normativa anti blanqueo supranacional, nos permite entender que tanto la adquisición, conversión, o transmisión, como “cualquier otro acto”, solamente serán punibles en los casos en los que se realicen con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes, o para ayudar a la persona que haya intervenido en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos.

Al igual que una parte de la doctrina, hemos de adscribirnos a la segunda de las interpretaciones posibles, esto es, a la que se muestra más restrictiva con el precepto<sup>10</sup>, y no podemos más que acoger las razones que sustentan esta decisión “si no queremos que ese «monstruo jurídico» creado por el legislador, al que alude el profesor MUÑOZ CONDE, termine por devorar, no sólo nuestro cada vez más limitado ámbito de libertad, sino también, y eso sí sería una desgracia, los principios básicos que fundamentan nuestro Derecho penal.<sup>11</sup>” Más aún, esta es la línea interpretativa que sigue el Tribunal Supremo en sus últimas resoluciones desde la ejemplar STS 265/2015, de 29 de abril en la que los fines de blanqueo se convierten en elemento esencial del delito (Ponente Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón). En esta sentencia, pionera y ejemplificadora, el Tribunal Supremo sienta las bases de una línea interpretativa que ha sido seguida por, hasta ahora, todas las sentencias posteriores en las que ha tratado hechos constitutivos del mismo delito y a través de la misma modalidad comisiva.

En concreto, la Sentencia del Tribunal Supremo número 265/2015, de 29 de abril, además de analizar el fenómeno del autoblanqueo, afirma sin dejar ningún lugar a dudas que la característica esencial o principal del delito de blanqueo de capitales no consiste en el disfrute o el aprovechamiento de las ganancias de origen ilícito, “ni siquiera en darles salida”, sino que la sanción recae sobre los actos de blanqueo en tanto que consisten actos de retorno. En otras palabras, será necesario que esos actos denominados de blanqueo sean suficientes para proporcionar a las ganancias ilícitas una segura y efectiva vuelta a la circulación legal, desligándolas de ese origen indeseado por el autor.

Vamos a entender, en conclusión, que dichos actos no serán punibles en sí, sino en tanto que sirvan o se cometan con un fin o finalidad determinado, que será el intento de ocultamiento o la ayuda a los que se refiere el Código. Algunos autores hacen hincapié en que el núcleo de la

---

<sup>10</sup> Ya LAMARCA PÉREZ, C., *Derecho Penal. Parte especial*, Madrid, Colex, 2010, p. 397, resaltaba la gran amplitud que caracteriza el tipo de blanqueo de capitales.

<sup>11</sup> DEL CARPIO DELGADO, J., “La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo”, *Revista General de Derecho Penal*, n. 15, 2011, pp. 1698-1189.

conducta del delito de blanqueo de capitales no recae en la realización de los actos de adquisición, conversión o transmisión de los bienes enumerados en el tipo, sino que lo verdaderamente importante es que su realización sea con un fin de ocultamiento<sup>12</sup>. Será entonces la finalidad la que condicione la tipicidad de las actuaciones contenidas en el artículo 301.1 CP.

### 3. CONCLUSIONES

El proceso que se ha seguido en España para incorporar al CP la figura del blanqueo de capitales ha venido marcado por una fuerte presión internacional, que considera este delito como el indicio de la existencia de una actividad delictiva previa. Principios garantistas como los de ultima ratio o de taxatividad del derecho penal se ven minusvalorados al estrechar el marco de libertad en el que el legislador ha de moverse, tendiendo a imponerse las medidas internacionalmente adoptadas pese a incluir cláusulas de transposición de estas medidas que indican que ha de hacerse bajo las condiciones del ordenamiento jurídico nacional, al que en algunas ocasiones, se le deja poco margen de actuación<sup>13</sup>, y en otras, simplemente el legislador opta por transponer copiando el tenor literal de los artículos que componen los textos internacionales a incorporar en el ordenamiento, con las indeseables consecuencias que ello conlleva.

Se puede considerar que, debido a que la única obligación proveniente de estas instancias consiste en la toma de medidas preventivas, así como de sanciones eficaces, bastarían para su cumplimiento medidas políticas, organizativas y administrativas, con las consecuentes sanciones administrativas, sin la necesidad de llegar a crear un nuevo tipo penal que, finalmente, resulta inoportuno, perturbador e innecesario y constituye un ejemplo de colonización jurídica, dando lugar a preceptos reiterativos, con una defectuosa técnica jurídica que, incomprensiblemente, amplían y desbordan el ámbito de punición propuesto internacionalmente.

---

<sup>12</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 503.

<sup>13</sup> En alguna ocasión la Comisión Europea se ha venido manifestando en el sentido de que si existen competencias europeas, éstas deben agotarse, reduciendo el margen de discrecionalidad de los Estados, al respecto de la apreciación de la libertad del legislador nacional a la hora de decidir qué tipo de sanciones han de ser aplicables. Ver el recurso de nulidad planteado por la Comisión Europea frente a la Decisión Marco del Consejo 2003/80/JAI.

## REFERENCIAS

DEL CARPIO DELGADO, J., “La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo”, *Revista General de Derecho Penal*, n. 15, 2011, pp. 1698-1189.

DEL CID GÓMEZ, J. M., *Blanqueo internacional de capitales. Cómo detectarlo y prevenirlo*, Bilbao, Ed. Deusto, 2007.

GÓMEZ INIESTA, D. J., *El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

LAMARCA PÉREZ, C., *Derecho Penal. Parte especial*, Madrid, Colex, 2010.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, Barcelona, Atelier, 2010.

ZARAGOZA AGUADO, J. A., “Análisis sustantivo del delito (II). Cuestiones de interés sobre el delito de blanqueo de bienes de origen criminal: la prueba indiciaria. La comisión culposa. Nuevas orientaciones en Derecho comparado”, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Estudios de derecho judicial, n. 28, Madrid, CGPJ, 2000.

## EL RECURSO AL DERECHO SANCIONATORIO COMO MECANISMO DE LUCHA CONTRA LA ELUSIÓN FISCAL

MARÍA PILAR NAVARRO SCHIAPPACASSE

**TRANSJUS**  
WPPublications

Como citar:

Navarro Schiappacasse, M.P. (2019). “El recurso al derecho sancionatorio como mecanismo de lucha contra la elusión fiscal”. En *Nuevas formas de criminalidad y su persecución*. TransJus Working Papers Publication - Edición Especial (N. 1/2019, pp. 87-98).

---

**SUMARIO:** 1. Introducción; 2. De la elusión fiscal; 3. La imposibilidad de sancionar penalmente la elusión; 4. La infracción tributaria del artículo 206 bis de la LGT y los principios del derecho administrativo sancionador; 5. Conclusiones.

---

**RESUMEN:** Con la inclusión del ilícito administrativo del art. 206 bis en la LGT, denominado «infracción en los supuestos de conflicto en la aplicación de la norma tributaria» surgen dudas acerca de la constitucionalidad de la regulación, debido a que la doctrina ha apuntado que esta regulación vulnera los principios del Derecho administrativo sancionador, que, en definitiva, no son otros que los penales aplicados con matices.

**PALABRAS CLAVE:** Elusión fiscal, conflicto en la aplicación de la norma tributaria, principio de legalidad, analogía, derecho administrativo sancionador, art. 206 bis de la LGT.

---

**RESUM:** Amb la inclusió de l'il·lícit administratiu de l'art. 206 bis en la LGT, denominat «infracció en els supòsits de conflicte en l'aplicació de la norma tributària» sorgeixen dubtes sobre la constitucionalitat de la regulació, pel fet que la doctrina ha apuntat que aquesta regulació vulnera els principis del Dret administratiu sancionador, que, en definitiva, no són uns altres que els penals aplicats amb matisos.

**PARAULES CLAU:** Elusió fiscal, conflicte en l'aplicació de la norma tributària, principi de legalitat, analogia, dret administratiu sancionador, art. 206 bis de la LGT.

---

**ABSTRACT:** GTL enshrines the provision 206 bis, which recognizes the administrative infraction known as contravention in cases of «conflicto en la aplicación de la norma tributaria» (conflict in the implementation of the tax rule). Doubts regarding the constitutionality of such article arise since academics have concluded that the referred provision infringes some of the principles of the Sanctioning Administrative Law. These principles are the same ones that are applicable in Criminal Law but applied with a nuanced approach.

**KEY WORDS:** Tax avoidance, conflict in the implementation of the tax rule («conflicto en la aplicación de la norma tributaria»), principle of prior definition of the criminal offense, analogy, Administrative Sanction Law, art. 206 bis of the GTL.

## 1. INTRODUCCIÓN

El contribuyente es libre de organizar sus negocios de la forma que estime más conveniente, sin que se le pueda exigir hacerlo de la manera más onerosa desde el punto de vista impositivo<sup>1</sup>, lo cual deriva de las exigencias del principio de la autonomía de la voluntad<sup>2</sup>. Ahora bien, tal libertad no es absoluta, sino que reconoce un límite en el Derecho tributario, concretamente, en las normas generales antielusión<sup>3</sup>, con lo cual, cuando la actuación del contribuyente verifique los presupuestos aplicativos de este tipo de disposiciones, deberá tributar, a pesar de que mediante la planificación tributaria implementada no haya realizado un hecho imponible.

El legislador español ha considerado que no es suficiente con someter a gravamen las planificaciones fiscales elusivas y ha incorporado una infracción administrativa en el artículo 206 bis de la LGT que sanciona al contribuyente cuando se ha aplicado el conflicto en la aplicación de la norma tributaria, cláusula general antielusiva de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre. La discusión actual se refiere a si la tipificación de esta infracción es respetuosa de los principios del Derecho administrativo sancionador, los cuales no son otros que los principios penales aplicados de manera matizada.

El presente trabajo busca sentar las bases para analizar la constitucionalidad de la infracción en los supuestos de conflicto en la aplicación de la norma tributaria, para lo cual el estudio se dividirá en tres partes. La primera, se perfilará la elusión fiscal y los diversos mecanismos que existen para su corrección. En la segunda, se analizará el estado actual de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia. En la tercera, se examinará la regulación de la infracción tributaria a la luz de los principios del Derecho administrativo sancionador, buscando sentar las bases para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del ilícito del artículo 206 bis de la LGT.

---

<sup>1</sup> O como expresa SÁNCHEZ HUETE, no hay obligación de organizar las actividades económicas “de manera que resulte más rentable para la Hacienda Pública”. SÁNCHEZ HUETE, M. A., “Cuestiones tributarias y economía colaborativa”, *Quincena Fiscal*, n. 18, 2017, p. 109.

<sup>2</sup> RUIZ ALMENDRAL, V.; SEITZ, G., “El fraude a la ley tributaria (análisis de la norma española con ayuda de la experiencia alemana)”, *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación: Comentarios, casos prácticos*, n. 257-258, 2004, p. 9.

<sup>3</sup> SANZ GÓMEZ, R., “Luces y sombras de una ¿esperada? herramienta contra el abuso del Derecho tributario”, en GARCÍA-HERRERO BLANCO, C. (Dir.), *IV Encuentro de Derecho Financiero y Tributario (1ª parte)*, Madrid, Institutos de Estudios Financieros, n. 13, 2016, p. 225.

## 2. DE LA ELUSIÓN FISCAL

Pese a que es legítimo que los contribuyentes persigan obtener el menor pago de tributos posible<sup>4</sup>, para fines fiscales no es indiferente la forma cómo se obtiene este ahorro impositivo porque, dependiendo del grado de respeto del ordenamiento jurídico, los efectos tributarios derivados de la planificación impositiva serán o no aceptados<sup>5</sup>: el sistema jurídico respetará aquellos que se deriven del ejercicio de una economía de opción, lo que no ocurrirá si el ahorro tributario es obtenido mediante un entramado de negocios que calza con los presupuestos aplicativos de una norma general antielusión<sup>6</sup>.

La elusión fiscal consiste en maniobras realizadas por el contribuyente que buscan evitar la verificación del hecho imponible<sup>7</sup>. En principio, no debería haber gravamen, debido a que no se ha realizado el presupuesto de hecho contemplado en la norma fiscal, pero los ordenamientos jurídicos expresamente establecen disposiciones que corrigen los efectos de la elusión.

Existen diversas maneras de luchar en contra de conductas elusivas<sup>8</sup>. Una de ellas consiste en incorporar en el ordenamiento tributario normas generales antielusión, que corresponden a “estructuras normativas cuyo presupuesto de hecho aparece formulado con mayor o menor grado de amplitud, y al cual se ligan unas consecuencias jurídicas, que, en suma, consistirán en la asignación a la Administración de unas potestades consistentes en desconocer el acto o negocio realizado con ánimo elusivo, para aplicar el régimen jurídico-fiscal que se ha tratado de eludir”<sup>9</sup>.

La amplitud en la formulación del presupuesto le da gran flexibilidad a estas normas, lo que les permite captar un importante número de planificaciones tributarias elusivas<sup>10</sup>, sin

---

<sup>4</sup> TIPKE, K., *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 110.

<sup>5</sup> ALONSO GONZÁLEZ, L.M., *Sociedades profesionales interpuestas. Problemática fiscal y penal*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 78.

<sup>6</sup> El sistema jurídico tampoco acepta los efectos tributarios de las conductas evasivas.

<sup>7</sup> HENSEL, A., *Derecho tributario*, 3ª edición, trad. de BÁEZ MORENO, A., GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO M.L., ORTIZ CALLE, E., Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 230, nota 164.

<sup>8</sup> Vid. ROZAS VALDÉS, J.A., “El Derecho tributario ante el fraude de ley”, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, n. 223, 1993, pp. 72 y ss.

<sup>9</sup> GARCÍA NOVOA, C., *La cláusula antielusión en la LGT*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 259.

<sup>10</sup> MARÍN BENÍTEZ, G., *¿Es lícita la planificación fiscal? Sobre los defectos de neutralidad y consistencia del ordenamiento tributario*, Valladolid, Lex Nova, 2013, p. 287.

necesidad de una modificación legal para adaptarse a los esquemas que se desarrollen en el futuro.

El artículo 15 de la LGT contempla la norma general antielusión del sistema español, denominada conflicto en la aplicación de la norma tributaria<sup>11</sup>. Entre los autores españoles no existe acuerdo acerca de la naturaleza jurídica de esta figura, pero creemos poder identificar que la doctrina más autorizada considera que tiene naturaleza analógica<sup>12</sup> y, por tanto, el efecto que genera es una integración del ordenamiento jurídico.

### 3. LA IMPOSIBILIDAD DE SANCIONAR PENALMENTE LA ELUSIÓN

Hasta el año 2015, la LGT excluyó expresamente la posibilidad de sancionar los supuestos en los que había sido utilizado el conflicto en la aplicación de la norma tributaria<sup>13</sup>. La doctrina señaló que este contexto normativo sometió a la norma general antielusiva a una presión insoportable<sup>14</sup> y fue uno de los factores que contribuyó a que la Administración tributaria

---

<sup>11</sup> La disposición prescribe:

“Art. 15. Conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

1. Se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurran las siguientes circunstancias:

a) Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.

b) Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.

2. Para que la Administración tributaria pueda declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria será necesario el previo informe favorable de la Comisión consultiva a que se refiere el art. 159 de esta ley.

3. En las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este art. se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora”.

La hipótesis consistente en que “se minore la base o la deuda”, presenta la particularidad de que presupone la verificación del hecho imponible.

<sup>12</sup> Por nombrar a los más destacados exponentes de esta postura, FERREIRO LAPATZA, J. J., “El abuso en la aplicación de la norma tributaria en el Anteproyecto de Ley General Tributaria”, *Quincena Fiscal*, n. 11, 2003, p. 12; FALCÓN Y TELLA, R., “El fraude a la ley tributaria como un mecanismo para gravar determinadas economías de opción (I): su radical diferencia con los supuestos previstos en el art. 6.4 CC”, *Quincena Fiscal*, n. 17, 1995, pp. 5, 9, 13.

<sup>13</sup> En efecto, antes de la reforma operada al art. 15.3 de la LGT por la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, dicha disposición prescribía: “3. En las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este art. se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora, sin que proceda la imposición de sanciones”, lo que no era sino una reiteración –con mínimos cambios– de la regla establecida en el art. 24.3 de la Ley 230/1963. La reforma a la LGT del año 2015 eliminó del art. 15.3 la frase “sin que proceda la imposición de sanciones” y tipificó un ilícito administrativo.

<sup>14</sup> PALAO TABOADA, C., “El nuevo intento de sancionar la elusión fiscal del Anteproyecto de la Ley de modificación de la Ley General Tributaria”, *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, n. 165, 2015, p. 29.

preferiese recurrir a la simulación<sup>15</sup> como herramienta de lucha contra la elusión, toda vez que junto con perseguir la correcta tributación del contribuyente, permitía sancionarlo.

Para examinar la admisibilidad constitucional de la infracción del artículo 206 bis de la LGT resulta clave analizar la jurisprudencia sentada por la STC 120/2005, de 10 de mayo.

El caso es el siguiente: la Administración tributaria pretendía que se condenase a los intervinientes de una planificación tributaria calificada, en la acusación fiscal, como simulada. El Juzgado de lo Penal N° 14 de Barcelona dictó sentencia absolutoria<sup>16</sup>. La SAP de Barcelona de 19 de julio de 2002 revocó dicho fallo, cambió la calificación jurídica de los hechos de «simulados» a cometidos en «fraude de ley»<sup>17</sup> y condenó a los acusados.

El caso llegó al Tribunal Constitucional, que zanjó la discusión mediante la sentencia 120/2005, de 10 de mayo, en la que declaró que encajar el fraude de ley –fuese este tributario o de otra naturaleza– en la figura del ilícito del artículo 305 del Código Penal, lesionaba el principio de legalidad penal.

En efecto, la sentencia señaló que la vigencia de dicho principio impedía la aplicación analógica *in peius* de las normas penales, por lo que solo se podía anudar la sanción prevista a conductas que reuniesen todos los elementos del tipo descrito y que fuesen objetivamente perseguibles, exigencia que se vería soslayada si “a través de la figura del fraude de Ley, se extendiese a supuestos no explícitamente contenidos en ellas la aplicación de normas que determinan el tipo o fijan condiciones objetivas para la posible persecución de las conductas, pues esta extensión es, pura y simplemente, una aplicación analógica”. En definitiva, la sentencia concluyó que la utilización del fraude de ley para encajar directamente una conducta que no reunía *per se* los requisitos típicos indispensables para ello, constituía analogía *in malam partem* prohibida por el art. 25.1 CE<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Regulada en el art. 16 de la LGT y vinculada a la evasión fiscal.

<sup>16</sup> El tribunal consideró que no existía un negocio simulado utilizado como medio para defraudar a la Administración tributaria, por lo que no se produjo la defraudación del art. 349 del CP (actual 305 del mismo cuerpo legal). La resolución fue recurrida por el Ministerio Fiscal y por la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

<sup>17</sup> Norma general antielusiva regulada en el art. 24 de la Ley 230/1963, General Tributaria, derogada por la Ley 58/2003.

<sup>18</sup> STC 120/2005, de 10 de mayo, ponente Sr. Pascual Sala Sánchez, FJ 4°. Ahora bien, posteriores sentencias del Tribunal Constitucional han señalado que lo relevante es la calificación de las conductas efectuada por los tribunales de instancia. Por tanto, ha admitido la realización del delito tributario en los casos en que el Tribunal Supremo ha calificado como «simulación» una planificación tributaria, incluso, si es prácticamente idéntica a la que fue conocida y resuelta por la STC 120/2005, de 10 de mayo. Vid. SSTC 48/2006, de 13 de febrero de 2006,

Es jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional aquella que manifiesta que al Derecho administrativo sancionador se aplican los principios penales de manera matizada<sup>19</sup>. Por tanto, es referencia obligada examinar la STC 120/2005, de 10 de mayo, cada vez que se examina la admisibilidad constitucional de la sanción del conflicto en la aplicación de la norma tributaria<sup>20</sup>.

#### **4. LA INFRACCIÓN TRIBUTARIA DEL ARTÍCULO 206 bis DE LA LGT Y LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

El artículo 206 bis de la LGT establece la denominada infracción en los supuestos de conflicto en la aplicación de la norma tributaria<sup>21</sup>. La disposición ha sido objeto de múltiples críticas por la doctrina y la postura mayoritaria considera que la sanción es inconstitucional<sup>22</sup>.

Desde un punto de vista dogmático, se señala que la regulación del artículo 206 bis atenta en contra del principio de legalidad, al encomendar a un criterio interpretativo de la Comisión

---

ponente Sr. Pascual Sala Sánchez; 129/2008, de 27 de octubre, ponente Sra. María Emilia Casas Baamonde, y 145/2008, de 10 de noviembre, ponente Sr. Pablo Pérez Tremps.

<sup>19</sup> Así lo declara por primera vez la STC 18/1981, de 8 de junio, ponente Sr. Rafael Gómez-Ferrer Morant, FJ 2º. El fundamento de esta decisión fue que ambos ordenamientos eran manifestación del orden punitivo del Estado, tal como prescribe el art. 25 de la CE.

<sup>20</sup> Por todos, RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, L., “Infracciones tributarias y conflicto en la aplicación de la norma tributaria”, *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, n. 7, 2015, pp. 43-44.

<sup>21</sup> “Art. 206 bis. Infracción en supuestos de conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

1. Constituye infracción tributaria el incumplimiento de las obligaciones tributarias mediante la realización de actos o negocios cuya regularización se hubiese efectuado mediante la aplicación de lo dispuesto en el art. 15 de esta Ley y en la que hubiese resultado acreditada cualquiera de las siguientes situaciones:

- a) La falta de ingreso dentro del plazo establecido en la normativa de cada tributo de la totalidad o parte de la deuda tributaria.
- b) La obtención indebida de una devolución derivada de la normativa de cada tributo.
- c) La solicitud indebida de una devolución, beneficio o incentivo fiscal.
- d) La determinación o acreditación improcedente de partidas positivas o negativas o créditos tributarios a compensar o deducir en la base o en la cuota de declaraciones futuras, propias o de terceros.

2. El incumplimiento a que se refiere el apartado anterior constituirá infracción tributaria exclusivamente cuando se acredite la existencia de igualdad sustancial entre el caso objeto de regularización y aquel o aquellos otros supuestos en los que se hubiera establecido criterio administrativo y éste hubiese sido hecho público para general conocimiento antes del inicio del plazo para la presentación de la correspondiente declaración o autoliquidación. A estos efectos se entenderá por criterio administrativo el establecido por aplicación de lo dispuesto en el apartado 2 del art. 15 de esta Ley.

Reglamentariamente se regulará la publicidad del criterio administrativo derivado de los informes establecidos en el apartado 2 del art. 15 de esta Ley [...].”.

<sup>22</sup> Por todos, MARTÍN QUERALT, J. et al, *Curso de Derecho financiero y tributario*, 21ª edición, Madrid, Tecnos, 2016, p. 189.

consultiva del artículo 159 de la LGT complementar las conductas sancionadas<sup>23</sup>; de tipicidad, ya que contiene un componente analógico al exigir que exista igualdad sustancial entre la planificación objeto de regularización y la interpretación de la citada comisión<sup>24</sup>, y se objeta que la configuración normativa del ilícito no es respetuosa del principio de culpabilidad<sup>25</sup>. Asimismo, se afirma que no es admisible sancionar una conducta cuando la norma que sirve de base está concebida legalmente de manera objetiva<sup>26</sup> y se enfatiza en el hecho de que en el conflicto en la aplicación de la norma tributaria no hay ocultación ni engaño<sup>27</sup>.

Efectivamente, la regulación del artículo 206 bis de la LGT efectivamente presenta problemas de constitucionalidad toda vez que lesiona el principio de legalidad penal, pues el núcleo esencial de la conducta no se encuentra descrito en dicha norma sino que debe buscarse en el criterio administrativo sentado por la Comisión consultiva<sup>28</sup>, en ciertos casos puede afectar el principio de irretroactividad *in peius*<sup>29</sup>, y, según como se interprete la regla del artículo 179.4.d), puede lesionar también el principio de culpabilidad<sup>30</sup>.

---

<sup>23</sup> Por todos, CARRASQUER CLARI, M., “Una vuelta atrás en la configuración de la «elusión fiscal»”, *Crónica Tributaria, Revista de Opinión*, n. 13, 2016, pp. 43-44.

<sup>24</sup> PALAO TABOADA, C., “El nuevo intento de sancionar la elusión fiscal...”, *Op. Cit.*, p. 23.

<sup>25</sup> GARCÍA NOVOA, C., “El conflicto en la aplicación de la norma tributaria y la posibilidad de sancionarlo”, en PATÓN GARCÍA, G. (Dir.), *La nueva tributación tras la reforma fiscal*, Madrid, Wolters Kluwer, 2016, pp. 231-232; 239-240.

<sup>26</sup> Por todos, MARTÍN QUERALT, J. *et al. Curso de Derecho financiero y tributario...*, *Op. Cit.*, p. 184. A nuestro juicio, no hay inconveniente en que el conflicto en la aplicación de la norma tributaria se regule en términos objetivos si el ilícito que se le asocia respeta las exigencias derivadas de la aplicación matizada de las garantías constitucionales.

<sup>27</sup> MARTÍN LÓPEZ, J., “La punibilidad del conflicto en la aplicación de la norma tributaria”, *Crónica Tributaria*, n. 163, 2017, p. 136. Este tipo de objeciones se entienden si se tiene presente que la STC 120/2005, de 10 de mayo, afirma que lo que diferencia al fraude de ley tributario de la simulación es el hecho de que en esta última hay una ocultación o engaño, el que no se aprecia en la primera figura. Pese a ello, creemos que solo es relevante examinar si concurre o no «ocultación» o «engaño» si el tipo infractor lo exige, lo que no acontece en el ilícito del art. 206 bis de la LGT.

<sup>28</sup> Las conductas descritas en el tipo del art. 206 bis no difieren de las contempladas en otras infracciones de la LGT, por lo que estimamos que el elemento diferenciador es, precisamente, que se implemente en una planificación tributaria que previamente ha sido considerada elusiva por la Comisión consultiva.

<sup>29</sup> Ya que legalmente el momento relevante para medir la antijuridicidad de la conducta coincide con el plazo de presentación de la declaración o autodeclaración; sin embargo, la planificación tributaria pudo ser implementada por el contribuyente antes de que el criterio de la Comisión consultiva fuese hecho público y, por tanto, antes de que la conducta pudiese considerarse ilícita. Por ello, de aplicarse una sanción en este caso, lo sería con carácter retroactivo.

<sup>30</sup> Vinculada a la infracción del art. 206 bis de la LGT se encuentra la previsión en el art. 179.2.d), que según la doctrina tiñe de inconstitucionalidad a la norma al alterar la carga de la prueba y señalar que, salvo prueba en contrario, no se podrá considerar que existe diligencia o una interpretación razonable. FALCÓN Y TELLA, R.,

A nuestro juicio, los problemas de constitucionalidad apuntados precedentemente pueden ser solucionados fácilmente con una enmienda legal. Ocurre, sin embargo, que existen otras objeciones que surgen, no ya de contradicciones entre la regulación vigente y la CE, sino de la naturaleza jurídica de las normas generales antielusión y la forma como se estructuran normativamente.

Es así como se ha señalado que los términos amplios inherentes de la regulación de las cláusulas generales antielusión no son compatibles con el principio de *lex certa* que impera el en ámbito sancionador<sup>31</sup>. Se enfatiza en que lo característico de la elusión es que no se verifica el hecho imponible, sino que se lo «rodea» y se alcanza el objetivo de disminuir la carga tributaria aprovechando vías que las propias disposiciones fiscales ofrecen, pero utilizándolas de forma que no se corresponde con su espíritu. De ello derivaría que no habría obligación de declarar los efectos fiscales de las planificaciones elusivas<sup>32</sup>. Finalmente, se afirma que la sanción de la elusión está vedada constitucionalmente, debido a la naturaleza analógica del conflicto en la aplicación de la norma tributaria<sup>33</sup>, por lo que su tipificación vulneraría el principio de tipicidad, que prohíbe aplicar analógicamente las normas penales en perjuicio del delincuente. En este caso, un elemento del tipo del artículo 206 bis tendría tal naturaleza, ya que a la base de la aplicación de la infracción habría una norma que integra el ordenamiento tributario<sup>34</sup>. Esta es, a nuestro juicio, la gran objeción de constitucionalidad que se puede efectuar a la sanción de la elusión.

Consideramos que la única forma de armonizar la sanción del artículo 206 bis con el debido respeto de los principios del Derecho administrativo sancionador es determinar primero si existe o no un matiz en la aplicación del principio de tipicidad y, de ser ello efectivo, en qué

---

*Derecho financiero y tributario. Parte general*, 5ª edición, Madrid, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, 2016, p. 351, nota 6.

<sup>31</sup> FALCÓN Y TELLA, R., “El fraude a la ley tributaria y las exigencias del principio de «lex certa» en materia penal: comentario a la SAP Barcelona 31 julio 2000”, *Quincena Fiscal*, n. 1, 2001, p. 6, aunque dicho a propósito del fraude a la ley tributaria, el argumento se puede reproducir respecto del conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

<sup>32</sup> GARCÍA NOVOA, C., “El conflicto en la aplicación de la norma tributaria y la posibilidad de sancionarlo...”, *Op. Cit.*, pp. 230-231.

<sup>33</sup> FERREIRO LAPATZA, J.J., “El abuso...”, *Op. cit.*, p. 12.

<sup>34</sup> Si bien consideramos que las normas generales antielusión suponen una integración del ordenamiento jurídico –porque hay una aplicación de una norma a un supuesto que no es en principio captado por el sentido literal de la regla– no seguimos a quienes consideran que es de carácter analógico: de la esencia de la analogía es la ausencia de una norma que regule la conducta –laguna normativa–, mientras que en el conflicto en la aplicación de la norma tributaria la disposición existe, y es la defraudada. Vid. SIOTA ÁLVAREZ, M., “Analogía y fraude a la ley tributaria”, *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, n. 139, 2008, pp. 556-557; 560.

consiste tal atenuación, esto es, si habilita a sancionar en estos casos, pues, de lo contrario, la sanción en las hipótesis en que ha tenido aplicación la norma general antielusión no sería respetuosa de la Constitución.

## 5. CONCLUSIONES

Las normas generales antielusión contienen presupuestos aplicativos de carácter amplio, lo que les permite ser aplicadas a planificaciones tributarias de variadas características. Este tipo de cláusulas tienen naturaleza integrativa, ya que van más allá del sentido literal posible de la disposición tributaria y permiten sujetar a gravamen negocios jurídicos pese a que no se ha verificado el hecho imponible contemplado en esta.

El artículo 206 bis de la LGT contempla una sanción administrativa vinculada a la aplicación previa de una norma general antielusión. La regulación de este ilícito es inconstitucional, porque vulnera los principios de legalidad y de irretroactividad *in peius*. La doctrina, además, señala que existe una vulneración a los principios de culpabilidad y tipicidad.

Algunas de las objeciones pueden ser subsanadas mediante una reforma legal; sin embargo, en lo que se refiere a la lesión del principio de tipicidad, particularmente en lo relativo a la naturaleza integrativa de las normas generales antielusión, aún no existe una construcción dogmática que permita afirmar la constitucionalidad de estas cláusulas.

## REFERENCIAS

ALONSO GONZÁLEZ, L.M., *Sociedades profesionales interpuestas. Problemática fiscal y penal*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

CARRASQUER CLARI, M., “Una vuelta atrás en la configuración de la «elusión fiscal»”, *Crónica Tributaria, Revista de Opinión*, n. 13, 2016.

FALCÓN Y TELLA, R., *Derecho financiero y tributario. Parte general*, 5ª edición, Madrid, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, 2016.

FALCÓN Y TELLA, R., “El fraude a la ley tributaria como un mecanismo para gravar determinadas economías de opción (I): su radical diferencia con los supuestos previstos en el art. 6.4 CC”, *Quincena Fiscal*, n. 17, 1995.

FALCÓN Y TELLA, R., “El fraude a la ley tributaria y las exigencias del principio de «lex certa» en materia penal: comentario a la SAP Barcelona 31 julio 2000”, *Quincena Fiscal*, n. 1, 2001.

FERREIRO LAPATZA, J.J., “El abuso en la aplicación de la norma tributaria en el Anteproyecto de Ley General Tributaria”, *Quincena Fiscal*, n. 11, 2003.

GARCÍA NOVOA, C., “El conflicto en la aplicación de la norma tributaria y la posibilidad de sancionarlo”, en PATÓN GARCÍA, G. (Dir.), *La nueva tributación tras la reforma fiscal*, Madrid, Wolters Kluwer, 2016.

GARCÍA NOVOA, C., *La cláusula antielusión en la LGT*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

HENSEL, A., *Derecho tributario*, 3ª edición, trad. de BÁEZ MORENO, A., GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO M.L., ORTIZ CALLE, E., Madrid, Marcial Pons, 2005

MARÍN BENÍTEZ, G., *¿Es lícita la planificación fiscal? Sobre los defectos de neutralidad y consistencia del ordenamiento tributario*, Valladolid, Lex Nova, 2013.

MARTÍN LÓPEZ, J., “La punibilidad del conflicto en la aplicación de la norma tributaria”, *Crónica Tributaria*, n. 163, 2017.

MARTÍN QUERALT, J. ET AL, *Curso de Derecho financiero y tributario*, 21ª edición, Madrid, Tecnos, 2016.

PALAO TABOADA, C., “El nuevo intento de sancionar la elusión fiscal del Anteproyecto de la Ley de modificación de la Ley General Tributaria”, *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, n. 165, 2015.

RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, L., “Infracciones tributarias y conflicto en la aplicación de la norma tributaria”, *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, n. 7, 2015.

ROZAS VALDÉS, J. A., “El Derecho tributario ante el fraude de ley”, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, n. 223, 1993.

RUIZ ALMENDRAL, V.; SEITZ, G., “El fraude a la ley tributaria (análisis de la norma española con ayuda de la experiencia alemana)”, *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación: Comentarios, casos prácticos*, n. 257-258, 2004.

SÁNCHEZ HUETE, M. A., “Cuestiones tributarias y economía colaborativa”, *Quincena Fiscal*, n. 18, 2017.

SANZ GÓMEZ, R., “Luces y sombras de una ¿esperada? herramienta contra el abuso del Derecho tributario”, en GARCÍA-HERRERO BLANCO, C. (Dir.), *IV Encuentro de Derecho Financiero y Tributario (1ª parte)*, Madrid, Institutos de Estudios Financieros, n. 13, 2016.

SIOTA ÁLVAREZ, M., “Analogía y fraude a la ley tributaria”, *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, n. 139, 2008.

TIPKE, K., *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

# PERSECUCIÓN DE LA CRIMINALIDAD DE PERSONAS JURÍDICAS MEDIANTE EL USO DE MEDIDAS LIMITATIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

PATRICIO ARRIBAS Y ATIENZA

**TRANSJUS**  
WPPublications

Como citar:

Arribas y Atienza, P. (2019). “Persecución de la criminalidad de personas jurídicas mediante el uso de medidas limitativas de derechos fundamentales”. En *Nuevas formas de criminalidad y su persecución*. TransJus Working Papers Publication - Edición Especial (N. 1/2019, pp. 99-110).

---

**SUMARIO:** 1. Introducción; 2. ¿Son titulares de derechos fundamentales las personas jurídicas?; 2.1 Planteamiento en la doctrina; 2.2 Respuesta de nuestro tribunal constitucional; 3. Las concretas medidas de investigación limitativas de derechos fundamentales previstas en la ley de enjuiciamiento criminal; 3.1 Introducción; 3.2 La entrada y registro en lugar cerrado; 3.2.1 Fundamento jurídico; 3.2.2 Aplicación de la actuación a las personas jurídicas; 3.3 La intervención de las comunicaciones; 3.3.1 Fundamento jurídico 3.3.2 Aplicación de la actuación a las personas jurídicas

---

**RESUMEN:** La presente comunicación trata sobre la adopción de medidas de investigación limitativas de derechos fundamentales adoptadas respecto de personas jurídicas investigadas, especialmente las relativas a la entrada y registro y la intervención de las comunicaciones.

Se hará referencia en primer lugar a la cuestión del reconocimiento de la persona jurídica como titular de derechos fundamentales y posteriormente entraremos en detalle sobre las dos medidas de investigación más importantes que les afecta.

**PALABRAS CLAVE:** Entrada, registro, intervención, comunicaciones, persona.

---

**RESUM:** La present comunicació tracta sobre l'adopció de mesures de recerca limitatives de drets fonamentals adoptades respecte de persones jurídiques investigades, especialment les relatives a l'entrada i registre i la intervenció de les comunicacions.

Es farà referència en primer lloc a la qüestió del reconeixement de la persona jurídica com a titular de drets fonamentals i posteriorment entrarem detalladament sobre les dues mesures de recerca més importants que els afecta.

**PARAULES CLAU:** Entrada, registre, intervenció, comunicacions, persona.

---

**ABSTRACT:** This communication deals with the adoption of investigative measures limiting fundamental rights adopted in respect of legal persons under investigation, especially those relating to the entry and registration and intervention of communications.

Reference will first be made to the question of the recognition of the legal person as the holder of fundamental rights and later we will go into detail about the two most important investigation measures that affect them.

**KEYWORDS:** Entry, registration, intervention, communications, person.

## 1. INTRODUCCIÓN

A partir de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en contra de la tradición jurídica romana seguida de siempre en España, conforme al aforismo *societas delinquere non potest*, pues no se entendía la existencia del delito en una realidad jurídica en la que no existe la capacidad cognitiva ni volitiva, se reforma el Código Penal reconociendo la posible responsabilidad penal de este tipo de personas, argumentando que

“Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos...). Esta responsabilidad únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea.”

Y así introdujeron el art. 31 bis al quinquies del C.P, regulando toda la cuestión.

No es objeto de esta comunicación el análisis sobre la conveniencia o no de esta novedosa figura jurídica, además de que en realidad es algo que viene impuesto por nuestra pertenencia a la Unión Europea, ni su repercusión práctica en nuestro Derecho penal, del que además ignoramos datos exactos sobre el número de personas jurídicas investigadas y enjuiciadas, por lo que entraremos de plano en lo que nos ocupa y que no es otra cosa como se ha anunciado en el *abstract*, que la limitación de los derechos fundamentales en la investigación de las personas jurídicas.

## 2. ¿SON TITULARES DE DERECHOS FUNDAMENTALES LAS PERSONAS JURÍDICAS?

### 2.1. Planteamiento de la doctrina

Como resulta lógico lo primero que debemos preguntarnos, es si efectivamente las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales, pues bien ya, a principios del siglo pasado la doctrina se planteaba esta cuestión fijando la resolución del debate sobre el concepto de persona jurídica que se defendiera. Así siguiendo a FRANCISCO FERRARA<sup>1</sup> para

---

<sup>1</sup> FERRARA, F, *Teoría de las personas jurídicas*, Madrid, Comares, 1929, pp. 777 y ss.

los partidarios de la teoría de la ficción, el ámbito propio de la persona jurídica es el de los derechos patrimoniales para las teorías realistas, por el contrario, las personas jurídicas pueden, en principio, ostentar todo tipo de derechos y su capacidad no se distingue de la que corresponde a las personas individuales, salvo en aquellos aspectos en los que el derecho va unido a condiciones que sólo tienen las persona física (así, la persona jurídica no puede contraer matrimonio ni ser titular del derecho de alimentos).

Por otro lado desde un punto de vista constitucionalista como plateaba STARCK<sup>2</sup>, en relación con la vinculación entre los derechos fundamentales y la dignidad humana, efectuado por la Ley Fundamental de Bonn, que fue transcrito a nuestra Constitución en su art. 10, si los derechos son consecuencia y expresión de esa dignidad humana difícilmente podrían ser reconocidos a entidades que carecen de ella. Los derechos fundamentales son derechos del hombre constitucionalizados y hombre es sólo la persona física. Y aun cuando es cierto que el mencionado art. 10 se refiere a persona, y no utiliza el término hombre, que por otro lado hoy pudiera entenderse inadecuado en cuanto a la referencia a uno solo de los géneros del ser humano, es evidente que se está refiriendo a estos últimos.

## **2.2. Respuesta de nuestro Tribunal Constitucional**

A diferencia de otros ordenamientos constitucionales como la Ley Fundamental de Bonn<sup>3</sup>, que prevé expresamente la titularidad de derechos fundamentales para las personas jurídicas, nuestro ordenamiento no lo hace así, por lo que el Tribunal Constitucional, se ha visto obligado a resolver la cuestión.

La respuesta del Tribunal Constitucional al debate sobre el reconocimiento de las personas jurídicas como titulares de derechos fundamentales ha sido afirmativa, si bien con ciertas limitaciones en el sentido de entender que lo será, pero solo en aquellos que por su propia condición y características puedan ser ejercidos por ellas y no resulten propios y exclusivos del ser humano, como podría ser obviamente el derecho a la vida.

Así dicho Tribunal dijo que la titularidad de los derechos fundamentales no puede ser resuelta con carácter general en relación a todos y cada uno de ellos, y por tanto habrá que estarse a

---

<sup>2</sup> STARCK, C, *Das Bonner Grundgesetz. Kommentar, Bd. I*, München, Vahlen, 1999, p. 87.

<sup>3</sup> La Ley Fundamental de Bonn, art. 19.3 dice “Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas con sede en el país, en tanto por su propia naturaleza sean aplicables a las mismas”.

cada concreto derecho para dilucidar si puede o no ser objeto de titularidad por dichas personas

Por otro lado nos hace ver que existen derechos fundamentales cuya titularidad se reconoce expresamente a quienes no pueden calificarse como ciudadanos,

“Como «las comunidades» -art. 16-, las personas jurídicas -art. 27.6- y los sindicatos -art. 28.2-; que hay otros derechos fundamentales que por su propio carácter no entran en aquellos de los que eventualmente pueden ser titulares las personas jurídicas, como la libertad personal -art. 17-, y el derecho a la intimidad familiar -art. 18-; y, por último, en algún supuesto, la Constitución utiliza expresiones cuyo alcance hay que determinar, como sucede en relación a la expresión «Todas las personas» que utiliza su art. 24<sup>4</sup>.”

También nos recuerda este Tribunal, que por su parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido sobre casos en que los conflictos han sido promovidos por personas jurídicas.

Plantea nuevamente el Tribunal Constitucional<sup>5</sup> y reitera el criterio por él mantenido, de que en nuestro ordenamiento constitucional, aun cuando no se explicita en los términos con que se proclama en los textos constitucionales de otros Estados, los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que, por su naturaleza, resulten aplicables a ellas. “Así ocurre con el derecho a la inviolabilidad del domicilio, o el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 137/1985, de 17 de octubre). Y lo mismo puede decirse del derecho a la igualdad ante la ley proclamado en el art. 14 de la Constitución, derecho que el precepto reconoce a los españoles, sin distinguir entre personas físicas y jurídicas”.

En una sentencia posterior delimita la cuestión, al sostenerse que, existe un reconocimiento, en ocasiones expreso y en ocasiones implícito, de la titularidad de las personas jurídicas a determinados derechos fundamentales. Pero esta capacidad, reconocida en abstracto, necesita ser delimitada y concretada a la vista de cada derecho fundamental. Es decir, no sólo son los fines de una persona jurídica los que condicionan su titularidad de derechos fundamentales, sino también la naturaleza concreta del derecho fundamental considerado, en el sentido de que la misma permita su titularidad a una persona moral y su ejercicio por ésta.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> STC 19/1983, de 14 de marzo.

<sup>5</sup> STC 13/1989, de 2 de febrero.

<sup>6</sup> STC 139/1995, de 26 de septiembre.

Po último solo añadir a este respecto siguiendo a ÁNGEL JOSÉ GÓMEZ MONTORO<sup>7</sup> que como regla general, la titularidad de derechos fundamentales no es posible cuando se trata de personas jurídicas de Derecho Público, dado que si las personas jurídico-privadas tienen derechos porque en su origen está el ejercicio de un derecho fundamental, que de otra manera, no estaría suficientemente garantizado, fuera del círculo de los titulares de derechos fundamentales, deben quedar aquellas organizaciones en cuyo origen está única y exclusivamente un acto de un poder público.

### **3. LAS CONCRETAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN LIMITATIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES PREVISTAS EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL**

#### **3.1. Introducción**

Nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) regula de modo expreso la limitación de los derechos reconocidos en el art. 18 de nuestra Constitución, principalmente en lo que se refiere a la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones. Si bien conviene recordar que según el Tribunal Constitucional también las personas jurídicas, a excepción de las de derecho público<sup>8</sup>, son titulares del derecho al honor.

Pero vamos a centrarnos aquí en las dos intervenciones mencionadas sobre estos derechos ligados a la intimidad, que son los que en la práctica suelen llevarse a cabo en el marco de la investigación judicial.

#### **3.2. La entrada y registro en lugar cerrado**

##### *3.2.1. Fundamento jurídico*

En la propia regulación que hace originariamente la LECrim de esta materia, se refiere a las condiciones para la entrada en determinados lugares cuya titularidad pertenecen necesariamente a personas jurídicas, así el art. 547 al catalogar los edificios o lugares públicos y otros preceptos al referirse a los palacios y lugares religiosos entre otros y requerir la autorización judicial para la entrada en dichos lugares. Por tanto, y aun cuando lo cierto es

---

<sup>7</sup> GÓMEZ MONTORO, A.J., “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: (análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español), Cuestiones Constitucionales”. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 2, 2000, pp. 23-71.

<sup>8</sup> STS 139/1995 de 26 de septiembre.

que la decimonónica regulación se realizó teniendo como centro de la misma a la persona física, al ligarlo al hecho de que hubiera indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación, con ello no dejaba de reconocerse una cierta titularidad sobre el derecho a la inviolabilidad del domicilio a la propia persona jurídica.

Recientemente con ocasión del reconocimiento de la persona jurídica como sujeto imputable se introdujo en el art. 554 de la LECrim un nuevo apartado 4 conforme al cual, tratándose de personas jurídicas se reputa domicilio el espacio físico que constituya el centro de dirección de las mismas, ya se trate de su domicilio social o de un establecimiento dependiente, o aquellos otros lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria que quedan reservados al conocimiento de terceros. Está regulación reconoce por si misma el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas, no obstante con anterioridad a introducir en nuestro ordenamiento la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el Tribunal Constitucional les había reconocido este derecho, como veremos a continuación.

En dicho sentido, nuestro Tribunal Constitucional dispuso que,

“Nuestro Texto Constitucional, al establecer el derecho a la inviolabilidad del 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 C.E., sobre prestación de tutela judicial efectiva, tanto a personas físicas como a jurídicas<sup>9</sup>.”

Y en un nuevo pronunciamiento partiendo precisamente de la jurisprudencia señalada en el párrafo anterior dispone que la Constitución, al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente de las personas jurídicas. Si bien esta afirmación de principio se ha hecho no sin matizaciones relevantes, entre ellas la consideración de la "naturaleza y especialidad de fines de dichas personas". Reconociendo a las personas jurídicas la titularidad de ciertos espacios que, por la actividad que en ellos se lleva a cabo, requieren una protección frente a la intromisión ajena. Concluyendo,

---

<sup>9</sup> STC 137/1985, de 17 de octubre.

“Por tanto, cabe entender que el núcleo esencial del domicilio constitucionalmente protegido es el domicilio en cuanto morada de las personas físicas y reducto último de su intimidad personal y familiar. Si bien existen otros ámbitos que gozan de una intensidad menor de protección, como ocurre en el caso de las personas jurídicas, precisamente por faltar esa estrecha vinculación con un ámbito de intimidad en su sentido originario; esto es, el referido a la vida personal y familiar, sólo predicable de las personas físicas. De suerte que, en atención a la naturaleza y la especificidad de los fines de los entes aquí considerados, ha de entenderse que en este ámbito la protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas y, en lo que aquí importa, de las sociedades mercantiles, sólo se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros.”

No obstante, en base a la nueva configuración de la persona jurídica como imputable, consideramos que esa distinción marcada por el Tribunal Constitucional queda desdibujada y en garantía de sus derechos debe entenderse de idéntica extensión y contenido que pueda tener en el caso de las personas físicas.

### *3.2.2. Aplicación de la actuación a las personas jurídicas*

A la vista de la regulación actual comentada en el epígrafe anterior, no cabe duda que en el marco de una investigación judicial se podrá acordar la entrada y registro en el domicilio de una persona jurídica aun cuando no hubiese una persona física imputada.

Por otro lado como domicilio de la persona jurídica y conforme a lo dispuesto en el art. 554 de la LECrim deberemos entender su domicilio social en sentido estricto, es decir aquel que consta como tal oficialmente, pero también el de cualquier establecimiento dependiente, o incluso aquellos otros lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria.

Conforme al último inciso del mencionado artículo entendemos que la entrada podría acordarse incluso en el domicilio personal de cualquiera persona física relacionada con la persona jurídica y que pudiera custodiar en dicho lugar documentación u objetos de interés de la persona jurídica.

A dicho fin, conviene recordar, en cuanto a la persona ante la que se practicaría el registro y le notificaríamos la correspondiente orden, el concepto que establece el Tribunal Supremo de interesado a los mencionados efectos, toda vez que la LECrim en su art. 569 prevé por ello como requisito de la práctica del registro la presencia del interesado o persona que legalmente le represente.

Pues bien dicho tribunal ha entendido que no siempre tiene que ser necesariamente el investigado la persona presente en el registro judicialmente autorizado. El investigado o persona contra la que se dirige el procedimiento puede encontrarse en ignorado paradero, o simplemente fuera de la vivienda y no ser localizable en el momento del registro. La entrada y registro en un domicilio autorizada en el curso de un procedimiento judicial por delito constituye, por su propia naturaleza, una diligencia de carácter urgente que no se puede demorar a la espera de que el imputado regrese a su domicilio o sea localizado policialmente.

“Por ello la Ley autoriza a prescindir del interesado "cuando no fuere habido" (art. 569 LECrim), lo que resulta claramente referido al imputado, pudiendo en estos casos realizarse el registro ante cualquiera de sus familiares mayores de edad, estimando la doctrina jurisprudencial, atendiendo a una realidad social en la que las agrupaciones domiciliarias ya no se realizan necesariamente por familias en sentido estricto, que esta norma es aplicable a todos los moradores de la vivienda, mayores de edad, aunque no sean familiares en sentido estricto (STS 111/2010, de 24 de febrero, refiriéndose a un supuesto en el que el acusado no estuvo presente en el registro, pero si su compañera sentimental, residente en el domicilio”<sup>10</sup>.

En cuanto a la persona con la cual practicar la actuación en caso de que no se trate de morada, siguiendo la naturaleza de la propia actuación, de indudable carácter urgente, dado que la eficacia de una entrada y registro descansa en que el sujeto de la misma la ignore hasta el mismo momento de su práctica, y por ello el art. 566 de la LECrim previene la notificación del auto al interesado en dicho momento.

Con todo lo que concluimos, que resulta posible acordar una entrada y registro en relación con la investigación de una persona jurídica en cualquier lugar en que pueda haber piezas de convicción y documentos de interés para dicha investigación, y que la persona con la que se practicará la diligencia lo será, cualquier morador si se trata de un domicilio de persona física

---

<sup>10</sup> STS 2204/2014, de 2 de junio.

o cualquier empleado o persona que se encuentre si se trata de dependencias de una persona jurídica.

### **3.3. La intervención de las comunicaciones**

#### *3.3.1. Fundamento jurídico*

El Tribunal Supremo definió en su momento que deba entenderse por intervención telefónica como

“Una medida instrumental que suponen una restricción del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y que aparecen ordenadas por el Juez de Instrucción en la fase instructora o sumarial del procedimiento penal, bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuales éste se comunique, con la finalidad de captar el contenido de las conversaciones para la investigación de concretos delitos y para la aportación en su caso, de determinados elementos probatorios<sup>11</sup>.”

Por otro lado dentro de los derechos fundamentales reconocidos a las personas jurídicas ya hemos indicado que lo está el derecho a la intimidad del que proviene a su vez el derecho al secreto de las comunicaciones reconocido en el art. 18.3 de la Constitución española.

Asimismo conviene recordar como decía JOSÉ VICENTE GIMENO SENDRA que “lo que protege la norma constitucional es la comunicación, no lo comunicado<sup>12</sup>.”

#### *3.3.2. Aplicación de la actuación a las personas jurídicas*

El problema que se plantea respecto a las personas jurídicas es, que lógicamente estas no comunican por si mismas, si no que siempre lo harán a través de una persona física y por tanto, habrá que determinar en caso de acordarse la medida sobre que concretas personas físicas podrá llevarse a efecto.

En primer lugar parece evidente que sobre quienes sean los responsables de la persona jurídica, bien representas legales, administradores o incluso cualquier otro que ostente algún tipo de poder dentro de su ámbito, debería poder acordarse la intervención.

Pero en segundo lugar, cabe preguntarse si sería también posible respecto a otras personas que no ejercieran ningún tipo de responsabilidad. Entendemos que igualmente sería posible en

---

<sup>11</sup> STS 1889/1994 E 31 de 31 de octubre.

<sup>12</sup> GIMENO SENDRA, J. V., “La intervención de las comunicaciones telefónicas y electrónicas”, Revista 39, Tribuna de Actualidad, 2011. Recuperado el 05/11/18, de [www.elnotario.es](http://www.elnotario.es).

cuanto sean adecuadas al descubrimiento de elementos del delito investigado, si bien en este caso los principios de idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, deberán ser ponderados con un mayor celo si cabe.

Ello es así porque resultando posible con carácter general, respecto a terceros que se comunican con el investigado, como no había de serlo respecto a aquel que por su relación especial con la investigada puede ser fuente directa de información.

Lo cual ha venido confirmado en la última reforma del año 2015 con la introducción en la LECrim del art. 588 bis h), que dispone que, podrán acordarse las medidas de investigación reguladas en los siguientes capítulos aun cuando afecten a terceras personas en los casos y con las condiciones que se regulan en las disposiciones específicas de cada una de ellas” y el 588 ter c) que por su parte la intervención con terceros que no son el investigado siempre que;

1.º exista constancia de que el sujeto investigado se sirve de aquella para transmitir o recibir información, o

2.º el titular colabore con la persona investigada en sus fines ilícitos o se beneficie de su actividad.

Si bien como establece el Tribunal Constitucional

“El órgano judicial debe exteriorizar los datos o hechos objetivos que pueden considerarse indicios de la existencia del delito y de la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo; [...] Tiene además que determinar con precisión el número o números de teléfono y las personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez<sup>13</sup>.”

Por lo que concluimos en este punto que la persona jurídica es titular del derecho al secreto de las comunicaciones, que por tanto será necesaria autorización judicial para su intervención y que está podrá tener lugar respecto a cualquier persona física de la que pueda desprenderse datos relevantes para la investigación.

---

<sup>13</sup> STC 145/2014 de 22 de septiembre.

## REFERENCIAS

FERRARA, F., *Teoría de las personas jurídicas*, Madrid, Comares, 1929.

GIMENO SENDRA, J. V., “La intervención de las comunicaciones telefónicas y electrónicas”, *Tribuna de Actualidad*, Revista 39, 2011. Recuperado el 05/11/18, de [www.elnotario.es](http://www.elnotario.es).

GÓMEZ MONTORO, A. J., “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: (análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español), Cuestiones Constitucionales”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 2, 2000.

STARCK, C, *Das Bonner Grundgesetz. Kommentar, Bd. I*, München, Vahlen, 1999.

## EL DERECHO AL ANONIMATO EN LOS TIEMPOS DEL *GPS TRACKING*

LAURA MERKEL

**TRANSJUS**  
WPPublications

Como citar:

Merkel, L. (2019). “El derecho al anonimato en los tiempos del *GPS Tracking*”. En *Nuevas formas de criminalidad y su persecución*. TransJus Working Papers Publication - Edición Especial (N. 1/2019, pp. 111-127).

---

**SUMARIO:** 1. ¿Qué es el *GPS tracking*?; 1.1 Diferentes técnicas: tiempo real y registro de actividad; 1.2 Elementos en común: la geolocalización y la implicación de derechos fundamentales; 2. Los derechos en juego; 2.1 El secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio y la libertad personal; 2.2 Derecho a la intimidad y al anonimato como derechos de nueva generación; 3. La necesidad de una autorización judicial para la legitimidad de la medida; 3.1 Necesidad “casi- incondicionada”; 3.2 El *GPS tracking* como actividad atípica y las pautas del tribunal europeo de derechos humanos; 4. Conclusiones

---

**RESUMEN:** El seguimiento a través del GPS es una técnica investigativa muy utilizada en la actualidad. La geolocalización se ha hecho todavía más frecuente con la aparición de los Smartphone que tienen un GPS instalado en su interior.

Estas modalidades investigativas suponen una limitación de derechos, entre los cuales destaca el derecho a la intimidad, el cual está en continua evolución y es de difícil definición, y es derecho al anonimato. Sin embargo, no se encuentra una regulación uniforme sobre el tema y no hay unanimidad sobre la efectiva incidencia de los seguimientos electrónicos en la vida privada de los ciudadanos.

Tanto la jurisprudencia americana y como la del TEDH han tratado la cuestión, que sigue estando lejos de estar resuelta. Las conclusiones dependerán de una concepción actualizada de la intimidad que tenga en cuenta las infinitas posibilidades de vigilancia que caracterizan nuestros tiempos.

Se analizarán las tipologías de seguimiento, los efectos en los derechos fundamentales de los ciudadanos y las principales opciones legislativas y jurisprudenciales sobre el tema para llegar a elaborar unas pautas mínimas que limiten el poder de llevar a cabo estas investigaciones por parte de las fuerzas de seguridad.

**PALABRAS CLAVE:** localización a través del GPS, derecho a la intimidad, seguimientos electrónicos, derecho al anonimato.

---

**RESUM:** El seguiment a través del GPS és una tècnica d'investigació molt utilitzada en l'actualitat. La geolocalització s'ha fet encara més freqüent amb l'aparició dels Telèfons intel·ligents que tenen un GPS instal·lat en el seu interior.

Aquestes modalitats d'investigació suposen una limitació de drets, entre els quals destaca el dret a la intimitat, el qual està en contínua evolució i és de difícil definició, i el dret a l'anonimat. No obstant això, no hi ha una regulació uniforme sobre el tema ni unanimitat sobre l'efectiva incidència dels seguiments electrònics en la vida privada dels ciutadans.

Tant la jurisprudència americana com la del TEDH, han tractat la qüestió, que continua estant lluny de ser resolta. Les conclusions dependran d'una concepció actualitzada de la intimitat que tingui en compte les infinites possibilitats de vigilància que caracteritzen els nostres temps.

S'analitzaran les tipologies de seguiment, els efectes en els drets fonamentals dels ciutadans i les principals opcions legislatives i jurisprudencials sobre el tema per a arribar a elaborar unes pautes mínimes que limitin el poder de dur a terme aquestes recerques per part de les forces de seguretat.

**PARAULES CLAU:** localització a través del GPS, dret a la intimitat, seguiments electrònics, dret a l'anonimat.

---

**ABSTRACT:** GPS tracking is a police investigation technique that is widely used today. It has become even more frequent since Smartphones, which have a GPS installed inside, appeared in our lives.

These investigations suppose a limitation of rights, among which the right to privacy stands out, which is in continuous evolution and it is difficult to define. In the international context there is no uniform regulation of the subject.

Jurisprudence in Europe and in the U.S. has addressed this issue, which remains far from being solved. Conclusions will depend on a modern conception of privacy and intimacy which will give due consideration to modern unlimited surveillance's chances.

We will analyze the types of monitoring, the effects on fundamental rights, as well as certain legislative and jurisprudential options in order to suggest some guidelines that constitute a limit to the State's power to investigate.

**KEY WORDS:** GPS tracking, right to privacy, electronic tracking, right to anonymity.

## 1. ¿QUÉ ES EL GPS TRACKING?

### 1.1. Diferentes técnicas: tiempo real y registro de actividad

Con el término *GPS Tracking* nos referimos a la posibilidad de tener información fiable sobre el posicionamiento geográfico de una persona o de un vehículo, a través de mecanismos de localización satelital. El acrónimo se debe al término inglés *Global Position System* e indica un sistema de radio-navegación que pertenece al Departamento de defensa de Estados Unidos<sup>1</sup>.

La geolocalización a través de GPS puede alcanzarse de diferentes maneras. Se suele distinguir entre el caso en el que las autoridades instalan el *tracker* en un objeto de propiedad del investigado (por ejemplo, su vehículo) del caso en el que, por el contrario, es un objeto del reo el que contiene el GPS (por ejemplo, su *Smartphone*)<sup>2</sup>.

Además se ha tenido en cuenta -especialmente en el pasado<sup>3</sup>- la capacidad del *tracker* de entrar en el domicilio de una persona, distinguiéndolo de la actividad de seguimiento que se desarrolla solamente en la vía pública<sup>4</sup>.

Otra distinción relevante es la que hay entre la “*Real Time location*” y la “*Historical location*”, según se trate de un seguimiento en tiempo real o de una reconstrucción de los movimientos a través del registro de datos telefónicos<sup>5</sup>. Hay que subrayar que hoy en día los

<sup>1</sup> Se trata de un sistema basado en 24 satélites que cumplen dos rotaciones del planeta al día. Cada punto del planeta está trazado por lo menos por 4 satélites contemporáneamente, que envían informaciones sobre la posición de manera continuada a través de ondas electromagnéticas.

<sup>2</sup> GENTILE, D., "Tracking Satellitare Mediante Gps", *Diritto Penale E Processo*, n. 12, 2010, pp. 1464–1473 (p. 1468). Recuperado el 05/11/2018, de [http://www.eliss.org/new/formazione/Tracking\\_satellitare\\_mediante\\_gps.pdf](http://www.eliss.org/new/formazione/Tracking_satellitare_mediante_gps.pdf). Considera que ese segundo caso entraría en el concepto de “intervención telefónica digital”. Cfr. NAZZARO, G., *Le Intercettazioni Sulle Reti Cellulari*, Parma, Ed. Mattioli, 2010. Especifica que en la eventualidad de tener que secuestrar el terminal para poder instalar el software GPS se trataría de un “embargo de datos a distancia”.

<sup>3</sup> La distancia entre público y privado, pierde matices en la modernidad. En el caso del GPS del *Smartphone* por ejemplo, no se pueden distinguir claramente las dos posiciones. Vd. *State v. Earls*, 70 A.3d 630, 632 (N.J. Sup. Ct. 2013). “Modern cell phones also blur the historical distinction between public and private areas because cell phones emit signals from both places”.

<sup>4</sup> En la jurisprudencia más antigua de la Corte Suprema de Estados Unidos se solía proteger de *unreasonable searches* únicamente el domicilio. Vd. *United States vs Karo* 468, U.S. 705 (1984); *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27, 32 (2001) cito textualmente: “We have since decoupled violation of a person’s Fourth Amendment rights from trespassory violation of his property . . . .”; *United States v. Pineda-Moreno*, 591 F.3d 1212, 1215-17 (9th Cir. 2010).

<sup>5</sup> CUMPSTONE, C., "Game of Phones : The Fourth Amendment Implications of Real-Time Cell Phone", *Cleveland State Law Review*, n. 65, 2017, pp. 77–76.

instrumentos de geolocalización más eficaces son los móviles que tenemos en el bolsillo<sup>6</sup>. Teniendo en cuenta la velocidad con la que se obtienen los llamados datos “históricos”, la distinción empieza a perder sentido<sup>7</sup>. Ya sea de forma dinámica<sup>8</sup> o por medio de los registros de la empresa de gestoría telefónica, es posible reconstruir detalladamente los movimientos efectuados, a pesar de que se hayan realizado llamadas con el dispositivo<sup>9</sup>.

La localización del teléfono móvil utiliza diferentes técnicas: el *Cell Site Location Data*, que se basa en la comunicación con las torres de los proveedores de servicio (CSLI), el *GPS Location Data* y el *Collecting Location Data*, basado en el historial del posicionamiento del dispositivo<sup>10</sup>. Las fuerzas policiales pueden utilizar los llamados “*Cell Site simulator devise*”, que “engañan” al dispositivo móvil<sup>11</sup>, que establece una comunicación reconociéndolo como una torre de servicio al comunicarle el posicionamiento<sup>12</sup>.

## **1.2. Elementos en común: la geolocalización y la implicación de derechos fundamentales**

Se trata de medios relativamente nuevos, que no poseen una regulación específica en todos los países<sup>13</sup>. Por esta razón, desde su aparición se intentó asimilarlos a medios investigativos más tradicionales y tipificados. En España, la reforma del 2015<sup>14</sup> ha introducido una regulación específica<sup>15</sup>, que, aun siendo criticable, elimina una buena dosis de incertidumbre.

---

MCLAUGHLIN, K., "The Fourth Amendment and Cell Phone Location Tracking: Where Are We?", *Hastings Communications & Entertainment Law Journal (Comm/Ent)*, vol. 29, n. 3, 2007, pp. 421-446 (p. 431).

Se encuentra una explicación de la diferencia en *United States v. Graham*, No. RDB-11-0094, 2012 WL 691531, at '16-17 (D. Md. Mar. 1, 2012)

<sup>6</sup> RADLER, M., "Privacy Is the Problem: *United States v. Maynard* and a Case for a New Regulatory Model for Police Surveillance", *The George Washington Law Review*, vol. 80, n. 4, 2012, p. 1216.

<sup>7</sup> MCLAUGHLIN, K., "The Fourth Amendment...", *Op. cit.*, pp. 431-433.

<sup>8</sup> Captando la comunicación entre los dispositivos y las torres de los proveedores presentes en el territorio en tiempo real.

<sup>9</sup> DI PAOLO, G., "Acquisizione Dinamica Dei Dati Relativi All'ubicazione Del Cellulare Ed Altre Forme Di Geolocalizzazione Tecnologicamente Assistita. Riflessioni a Margine Dell'esperienza Statunitense", *Cassazione penale*, vol. 48, n. 3, 2008, pp. 1219-1229.

<sup>10</sup> CUMPSTONE, C., "Game of Phones..." *Op. cit.*, pp. 82-83.

<sup>11</sup> *United States v. Powell*, 943 F. Supp. 2d 759, 773 (E.D. Mich. 2013)

<sup>12</sup> TriggerFish y StingRays son unos ejemplos, Vd. CUMPSTONE, C., "Game of Phones..." *Op. cit.*, p. 97.

<sup>13</sup> Italia por ejemplo no tiene una disciplina específica en el *Codice di Procedura Penale*.

<sup>14</sup> L.O. 13/2015.

<sup>15</sup> 588 bis a) LECrim, requiere autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

No compartimos la opinión de quien considera que se trate de clásicos seguimientos<sup>16</sup>, llevados a cabo con una nueva modalidad electrónica. En nuestra opinión las efectivas posibilidades que supone el GPS no permiten esta comparación. Se trata de una localización automatizada y continua por un tiempo potencialmente ilimitado y un coste relativamente bajo<sup>17</sup>. No podría alcanzarse el mismo resultado por los medios clásicos. Además el *tracker* consigue llegar a sitios donde el policía-seguidor no podría llegar, sin levantar la mínima sospecha en el investigado.

La opinión mayoritaria excluye<sup>18</sup> la asimilación a una intervención telefónica, sobre la base de la simple constatación de que con el *GPS tracking* no se capta ninguna comunicación-entendida como flujo de información entre dos terminales con un contenido determinado- sino simplemente una posición geográfica. La observación tiene sentido.

Sin embargo, lo que se quiere destacar es que a menudo los intentos clasificatorios basados en las diferencias contribuyen a hacer pasar desapercibidos los puntos comunes, que a cambio permitirían una ampliación de los derechos en casos similares.

Las clasificaciones en algunos casos llegan a justificar disparidades de tratamiento francamente paradójicas<sup>19</sup>. La propuesta que hacemos es la de prescindir de las diferentes

---

<sup>16</sup> BENE, T., "Il Pedinamento Elettronico: Truismi E Problemi Spinosi", *Le Indagini Atipiche*, Torino, Giapichelli, 2014, p. 351. No se trata de una opinión aislada, parte de la doctrina y jurisprudencia italiana la consideran una modalidad electrónica de seguimiento, actividad atípica que la policía desarrolla en el ejercicio de sus funciones. Cfr. Cass., Sez. VI, 11 diciembre 2007, n. 15396; Sez V, 10 marzo 2010, n. 9667; Sez. I, 10 enero 2012 n. 14529.

En el mismo sentido: MANGANELLI, A., GABRIELLI, F., *Investigare: Manuale Pratico Delle Tecniche Di Indagine*, Padova, CEDAM, 2007, p. 147.

<sup>17</sup> CAMON, A., "L'acquisizione Dei Dati Sul Traffico Delle Comunicazioni", *Rivista Italiana Di Diritto E Procedura Penale*, n. 2, 2005, p. 634. Comparara irónicamente el seguimiento de un policía de civil con la precisión milimétrica del sistema GPS.

<sup>18</sup> La jurisprudencia italiana es unánime en excluir la aplicación de la normativa in tema di intervenciones telefónica al GPS tracking. En este sentido: Cass. Sez. I, 7 enero 2010, n. 9416; Sez. 15 dicembre 2009 n. 9667. En doctrina: CONTI, C., *Accertamento Del Fatto E Inutilizzabilità Nel Processo Penale*, Padova, CEDAM, 2007, p. 239.; DI PAOLO, G., *Tecnologie Del Controllo E Prova Penale: L'esperienza Statunitense E Spunti per La Comparazione*, Padova, CEDAM, 2008, p. 252 y ss.

<sup>19</sup> CAMON, A., "L'acquisizione...", *Op. cit.*, p. 642. Refiere la contradicción que existiría entre la posibilidad de dejar la policía libre de efectuar seguimientos con GPS *motu proprio* y la necesidad de una autorización judicial cuando se quieren adquirir datos de posicionamiento del gestor telefónico, según lo previsto por el *Código Privacy* italiano.

modalidades de geolocalización<sup>20</sup> para centrarnos en los elementos comunes: la evidente compresión de los derechos fundamentales del investigado por un lado, y la capacidad de revelar el posicionamiento geográfico por el otro. En consecuencia, creemos conveniente aplicar una disciplina uniforme.

Queremos expresar un concepto importante. Con la indicación de la posición geográfica se comunica mucho más de lo que parece: nuestro estilo de vida, convicciones, costumbres, vicios y debilidades. Es información que no deberá ser manejada con total discrecionalidad por parte de los Gobiernos, aunque sea por razones de seguridad y persecución de delitos.

## 2. LOS DERECHOS EN JUEGO

### 2.1. El secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio y la libertad personal

Como se ha dicho ya en el epígrafe precedente, a pesar de la calificación jurídica, lo que realmente cuenta son los derechos en juego y su proporcional limitación.

En un primer momento, se había discutido el efecto de estas medidas sobre el derecho al secreto de las comunicaciones<sup>21</sup>. Si bien es verdad que sobre el concepto de “comunicación”<sup>22</sup> se podría discutir, por lo general, doctrina y jurisprudencia se han demostrado bastante unánimes a la hora de excluir la limitación de tal derecho<sup>23</sup>. La línea de demarcación se encontraría en el objeto de la actividad de búsqueda: serían las intervenciones las que buscan el contenido de la comunicación reservada; mientras que el GPS no tendría esa capacidad<sup>24</sup>. La similitud de las modalidades tecnológicas utilizadas por la captación de conversaciones, no

---

<sup>20</sup> La modalidad será relevante para determinar la vulneración del derecho a la intimidad del investigado. No es lo mismo llevar a cabo un seguimiento completo (con GPS, intervenciones telefónica, seguimiento tradicional, video vigilancia) y uno parcial limitado solo al posicionamiento.

<sup>21</sup> Art. 15 Costituzione Italiana, Art. 18.3 Constitución Española, Art 8 CEDU.

<sup>22</sup> PERETOLI, P., "Controllo Satellitare Con Gps: Pedinamento O Intercettazione?", *Diritto Penale E Processo*, n. 9, 2003, pp. 93–101. Nos da una definición de comunicación más extensiva. La considera como un intercambio de informaciones, noticias y transmisiones de datos en sentido amplio.

<sup>23</sup> DI PAOLO, G., "*Tecnologie Del...*", *Op. cit.*, p. 252.; CONTI, C., "*Accertamento...*", *Op. cit.*, p. 239.; BENE, T., BENE, T., "*Il Pedinamento Elettronico....*", *Op. cit.*, p. 360.; FILIPPI, L., "*Il GPS È Una Prova 'incostituzionale'?*", *Archivio Penale*, n. 2, 2012, pp. 309-317.; Cass., Sez. V, 10 marzo 2010.

<sup>24</sup> Cass. Pen. Sez. III, 2 febrero 2008 n. 474600.

parece ser suficiente para una unificación normativa<sup>25</sup>. Otra cuestión sería discutir si, efectivamente, una escucha telefónica es más invasiva que un seguimiento electrónico<sup>26</sup> y por qué el derecho al secreto de las comunicaciones tendría que tener una posición preferente respecto a otros derechos en los sistemas, como el italiano, que regulan una medida y no la otra. Sin embargo, esa es una opción del legislador, opinable pero siempre legítima y fuera de nuestro objeto de estudio.

Otros derechos citados en el debate son el derecho a la inviolabilidad del domicilio y la libertad personal. Se trata de dos derechos estrictamente relacionados, porque juntos constituyen un escudo contra las injustas injerencias del Estado en la libertad individual<sup>27</sup> protegiendo el lugar donde ésta más se desarrolla: el domicilio<sup>28</sup>. Como ya se ha dicho, el debate sobre estos tipos de investigaciones en Estados Unidos se ha desarrollado originalmente justamente en relación con la protección del domicilio<sup>29</sup>.

Sin embargo, en Europa, el concepto de domicilio ha sido siempre bastante restringido. Por ejemplo, el vehículo no se ha considerado domicilio<sup>30</sup> y se ha desarrollado un debate jurisprudencial sobre el concepto, lejos de fijar requisitos claros<sup>31</sup>. Probablemente sería más adecuado ampliar los límites del domicilio hasta donde se pueda desarrollar la intimidad y se pueda considerar un lugar reservado<sup>32</sup>. Si se tiene en cuenta que en el caso del *tracking* a través del GPS del móvil, la protección tendría que ser intermitente según donde se encuentre el teléfono, está claro que el domicilio no puede representar un parámetro determinante.

---

<sup>25</sup> PISANI, V., *La Crisi Delle Garanzie Difensive Nell'attività Atipica Della Polizia Giudiziaria: Profili Sistemati E Prassi Giurisprudenziali*, Milano, Giuffrè Editore, 2016, p. 91.

<sup>26</sup> Se piense por ejemplo que rastreando los datos de localización del teléfono se pueden seguir los movimientos que el indagado (su móvil) ha hecho durante años, a cambio con la intervención telefónica solo se dispone *pro futuro*.

<sup>27</sup> Art. 13 y 14 Cost. Italiana, Art. 16 y 18. 2 Const. Española, IV *Amendment Constitution of U.S.*

<sup>28</sup> Concepto actualmente discutible. Cfr. STC 22/2003 ha señalado que, desde la STC 22/1984, de 17 de febrero, se ha afirmado que la protección constitucional del domicilio es «una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona». El objeto de protección de la inviolabilidad domiciliaria no es sólo un espacio físico, sino lo que en él hay de emanación de una persona y de su esfera privada (SSTC 119/2001, de 24 de mayo; 10/2002, de 17 de enero)

<sup>29</sup> *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27, 32 (2001); *United States v. Garcia*, 474 F.3d 994, 996 (7th Cir. 2007).

<sup>30</sup> Art. 18 de la L.O. 4/2015, lo equipara en el tratamiento erróneamente a la vía pública.

<sup>31</sup> Tribunal Constitucional). Sentencia núm. 10/2002 de 17 de enero. Considera el domicilio como “aquel espacio en el cual un individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima” o “cualquier espacio físico que sirva de referencia para el ejercicio de las funciones vitales más características de la intimidad”.

<sup>32</sup> NIEVA FENOLL, J., *Derecho procesal*, vol. III, Barcelona, Marcial Pons, 2017, p. 229.

En cuanto a la libertad personal como límite a las investigaciones del Estado, en el derecho continental inicialmente se registraba la tendencia a considerar la libertad personal en un sentido estrictamente físico<sup>33</sup>. Si bien es verdad que se ha ampliado el concepto hacia una vertiente más moral<sup>34</sup>, se trata de un concepto indefinido que no constituye una protección sólida contra las intrusiones desproporcionadas. Se considera oportuno abandonar el concepto físico de libertad y utilizar un *trespassing test*, donde no sea relevante como se ha instalado el *beeper*, sino sus efectos en la situación personal del indagado<sup>35</sup>.

## **2.2. Derecho a la intimidad y al anonimato: Derechos Fundamentales de la personalidad**

Si los derechos que se acaban de analizar no permiten constituir límites definidos a la utilización del *GPS tracking*, hay un derecho que entra sin duda en juego: se trata del Derecho a la Intimidad<sup>36</sup> y de sus vertientes más actuales, como el derecho al anonimato. El Derecho a la Intimidad<sup>37</sup> está protegido como derecho fundamental en la CEDH, en el artículo 8, el mismo artículo que protege el domicilio y la correspondencia. Se trata de un derecho en continua mutación<sup>38</sup>, afectado por el desarrollo de la tecnología que va a una velocidad superior a la de las reformas normativas. Su amplitud cambia según el contexto y la época histórica en la que se desarrolla<sup>39</sup>.

---

<sup>33</sup> Corte Cost. Italiana sent. n. 2/1956.

<sup>34</sup> Corte Cost. Italiana sent. n. 30/1962, considera la libertad moral el derecho a no estar totalmente sujeto a un poder externo.

<sup>35</sup> FILIPPI, L., "Il GPS È Una Prova...", *Op. cit.*, p. 316.

<sup>36</sup> Garantizado en el art. 18.1 Constitución Española, constituye uno de los primeros ejemplos de inserción del Derecho a la vida privada en una Constitución europea. Cfr. Sentencia Tribunal Constitucional n. 202/1999, el concepto se relaciona al derecho a realizarse como individuo en sentido amplio.

Por un análisis detallado ÁLVAREZ CONDE, E., TUR AUSINA, R., *Derecho Constitucional*, 3a ed, Madrid, Tecnos, 2013, p. 334.

<sup>37</sup> WARREN, S., BRANDEIS, L., "The right to privacy", *Harvard Law Review*, vol. 4, 1890, p. 193

<sup>38</sup> RODOTÀ, S., *La privacy tra individuo e collettività*, Política del diritto, Bologna, Il Mulino, 1974, p. 551, "esiste una costante relazione tra mutamenti delle tecnologie delle informazioni e mutamenti del concetto di privacy che è, infatti, un concetto soggettivo e variabile in funzione dei soggetti, dei momenti storici, dei luoghi." Se trata de un concepto cultural, que depende del tipo de sociedad en que se desarrolla.

<sup>39</sup> CASACUBERTA SEVILLA, D., "Do We Need New Rights in Cyberspace?: Discussing the Case of How to Define on-Line Privacy in an Internet Bill of Rights", *Enrahonar: Quaderns de Filosofia*, n. 40, 2008, pp. 99–111, p. 107.

Preliminarmente es necesario establecer qué se entiende por intimidad<sup>40</sup>. Es un derecho que protege la esfera privada del individuo contra las intromisiones de los poderes públicos<sup>41</sup>. Se individualizan tradicionalmente dos componentes: uno positivo, que consiste en el derecho de ejercer un control sobre nuestros datos y la información que queremos compartir con los demás, y uno negativo, que consiste en el derecho de ser dejados solos con un contenido negativo de exclusión en protección de nuestra esfera privada<sup>42</sup>.

El TEDH suele tener, por lo menos como principio, una visión bastante amplia del concepto de intimidad y vida privada, según lo previsto en el art. 8 CEDH. El Tribunal ha considerado la recolección de datos personales<sup>43</sup> por parte de la autoridad pública una actividad lesiva de la vida privada de los ciudadanos<sup>44</sup>, a pesar de su finalidad. Y ha añadido que un dato potencialmente neutro puede adquirir relevancia si queda memorizado, agregado con otros y cruzado<sup>45</sup>.

Teniendo en cuenta las potencialidades intrusivas que la tecnología puede favorecer, es necesario ampliar más el concepto de “vida privada” siendo conscientes de que no se trata de un derecho absoluto. Ciertos límites pueden ser legítimamente impuestos, sin embargo tienen que ser proporcionados, adecuados y necesarios.

El derecho a la privacidad -según una moderna visión, que compartimos- está relacionado con otro: el derecho al anonimato. Es un derecho discutido, que ha empezado a entrar en el

---

<sup>40</sup> Sentencia Tribunal Constitucional n. 209/1988. El derecho a la intimidad persigue el reconocimiento de un ámbito a salvo de injerencias de extraños; el derecho a no ser molestado y a guardar reserva sobre datos que una persona no quiere revelar. Es el derecho a mantener una vida privada, sin interferencias.

<sup>41</sup> Según FAMIGLIETTI, G., "Il Diritto Alla Riservatezza o La Riservatezza Come Diritto. Appunti in Tema Di Riservatezza Ed Intimidat Sulla Scorta Della Giurisprudenza Della Corte Costituzionale E Del Tribunal Constitucional", en *Biotecnologie E Valori Costituzionali. Il Contributo Della Giustizia Costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 299–324. Se distingue tradicionalmente la intimidad de la información y territorial. La primera protegería las informaciones reservadas contra las divulgaciones públicas, la segunda expresaría un concepto más amplio que va de la intimidad corporal al desarrollo personal en sentido amplio.

<sup>42</sup> MORALES PRATS, F., *La Tutela Penal de La Intimidat : Privacy E Informática*, Barcelona, Ediciones Destino, 1984, pp. 15–16.

<sup>43</sup> Es un dato personal cualquier información relativa a una persona física determinada y determinable según art. 2 Convención de Estrasburgo.

<sup>44</sup> TEDH, *Leander vs. Suecia*, 26 marzo 1987; *Kopp c. Suiza*, 23 marzo 1998. *Amman vs. Suiza*.

<sup>45</sup> TEDH, *Rotaru vs. Romania*; Se trata de la llamada “*Mosaic theory*” utilizada en *United States v. Maynard*, 615 F.3d 544 (D.C. Cir. 2010) para explicar que datos neutros pueden ser lesivos una vez juntados. Más detallado en POZEN, E., ‘The Mosaic Theory, National Security, and the Freedom of Information Act’, *Yale Law Journal*, vol. 115, n. 3, 2005, pp. 630–681.

debate jurídico con el desarrollo de internet<sup>46</sup>, como derecho al anonimato en las transacciones en línea y en las conversaciones telefónicas. Algunos lo consideran un derecho propio de la llamada “Sociedad de Conocimiento”<sup>47</sup>. No hay unanimidad<sup>48</sup> sobre su alcance efectivo ni su origen. Ni sobre si se trata de un derecho autónomo o implícito<sup>49</sup> derivado de las “*zones of anonymity*” de los demás derechos constitucionales. A pesar de estas consideraciones, en Estados Unidos se considera un derecho auxiliar al disfrute de todas las libertades fundamentales y particularmente de la raíz de cualquier libertad: el derecho de autodeterminación.

Cuando se trata de derechos fundamentales, no se puede prescindir del contexto histórico y social en el que surgen. Por esta razón, no consideramos extremadamente útil preguntarnos si el derecho a la privacidad incluye también el derecho al anonimato o si los Padres Fundadores así lo habían considerado. Lo que sí resulta importante es contestar la siguiente pregunta: ¿Cuál es la expectativa de privacidad que podemos legítimamente tener en la época en la que vivimos?<sup>50</sup> Creemos que hoy en día es legítimo pretender algo más. El derecho al anonimato, entendido en el simple sentido de estar “indiferenciado, no destacando de la generalidad”<sup>51</sup> puede reflejar eficazmente una necesidad típica del nuevo milenio, fruto de las mutadas condiciones en las que hoy se puede entrar en la vida privada de cualquier persona. Consideramos legítimo pretender un “*Right to public anonymity*”, entendido ampliamente como un derecho a pasar desapercibido y a no ser rastreado y localizado sin motivo justificado, tanto en lugares públicos<sup>52</sup> como privados<sup>53</sup>. La expectativa de privacidad es

---

<sup>46</sup> La *Carta dei diritti di internet* aprobada en julio 2015 por la *Camera dei deputati italiana*, protege al artículo 10 el derecho al anonimato: “*Ogni persona può accedere alla rete e comunicare elettronicamente usando strumenti anche di natura tecnica che proteggano l’anonimato ed evitino la raccolta di dati personali, in particolare per esercitare le libertà civili e politiche senza subire discriminazioni o censure.2. Limitazioni possono essere previste solo quando siano giustificate dall’esigenza di tutelare*”

<sup>47</sup> ORZA RAMÓN, M., “El Derecho Al Anonimato En Internet New Legislation Needed The Right to Anonymity on the Internet”, *TELOS*, n. 89, 2011, pp. 24–33, p. 25.

<sup>48</sup> Lo explica DI PAOLO, G., “Acquisizione Dinamica...”, *Op. cit.*, p. 1213.

<sup>49</sup> *Grinsvold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965)

<sup>50</sup> STRATFORD, J. A., “Adventures On The Autobahn and Infobahn: United States v. Jones, Mandatory Data Retention, and a More Reasonable “Reasonable Expectation of Privacy”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 103, n. 3, 2013, 985–1014, p. 1013.

<sup>51</sup> Real Academia Española, <http://dle.rae.es/?id=2jjRwOu>,

<sup>52</sup> NIEVA FENOLL, J., “*Derecho procesal*”, *Op. cit.*, p. 198. Estigmatiza la errónea creencia que en los lugares públicos no se desarrolla la intimidad

directamente proporcional a la potencialidad lesiva de los medios con los que se puede vulnerar. Es la interpretación más concreta de los derechos fundamentales, la que asegura la protección más efectiva.

### 3. LA NECESIDAD DE UNA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA LA LEGITIMIDAD DE LA MEDIDA

#### 3.1. Necesidad “casi- incondicionada”

En Estados Unidos, la cuestión sobre la consideración del *GPS tracking* como una “*search*” según el IV *Amendment* y la consecuente necesidad de un *Warrant* judicial ha sido ampliamente discutida. La cuestión puede parecer una formalidad, pero es fundamental. Tener un *warrant* significa tener una *probable cause* (confirmada por un juez) de que el indagado tenga que ver con el delito. Dicho de otra manera: no requerirlo significa dar a los agentes de policía la posibilidad de localizar a cualquier persona, a pesar de una fundada sospecha, hasta que no cumpla eventualmente un delito.

Desde el caso *Knott*<sup>54</sup> hasta el día de hoy, el Tribunal Supremo ha ido admitiendo en casos cada vez más frecuentes la necesidad de una autorización judicial, excluyendo la aplicación de excepciones<sup>55</sup> que limitaban su alcance<sup>56</sup>. Como ya se ha anticipado en los epígrafes

---

<sup>53</sup> SERRANI, A., "Sorveglianza Satellitare GPS: Un'Attività Investigativa Ancora in Cerca Di Garanzie", *Archivio Penale*, n. 3, 2013, p. 10. Configura un verdadero “derecho a no estar localizados” como especificación del derecho a la intimidad.

<sup>54</sup> *U.S. v. Knotts*, 460 US(1983). En este caso la Corte había negado que la instalación de un GPS en unos contenedor, en ausencia de un *warrant*, vendidos al acusado fuera una violación del IV Am, sobre la base de que no había “*expectation of privacy*” en la vía pública.

La misma postura permite absolver el acusado en el caso *U.S. v. Karo*, 468 US(1984). El beeper se utilizó en el domicilio del acusado y por eso La Corte Suprema excluyó su utilización, considerando que no se podría haber tenido la misma información con una normal observación visiva.

<sup>55</sup> Nos referimos a excepciones como la teoría de la *Expectation of privacy* explicada en *Katz v. U.S.* 389 U.S. 347 (1967) según la cual hay que tener en cuenta una “Subjective and actual expectation of privacy” y una *reasonable expectation* de la sociedad, sin las cuales el interesado ha aceptado el riesgo de que su intimidad sea vulnerada;

La *third party doctrine* en *United States v. White*, 401 U.S. 745 (1971) que excluye violación de la intimidad en el caso en que se haya compartido la información personal con una tercera parte;

El mismo discurso se encuentra en *United States v. Miller*, 425 U.S. 435 (1976); *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735, 736 (1979).

<sup>56</sup> SANDFORD, B., "A castle in the sky: GPS Tracking of a defendant's cell phone post *Riely v. California*", *Wisconsin Law Review*, n. 5, 2015, pp. 907-939, p. 932. Otra excepción bastante común es la “*inevitable discovery*”, que permite tomar en cuenta una prueba obtenida ilícitamente, si el descubrimiento se hubiera producido de todos modos.

precedentes, el límite más grande de esta jurisprudencia está en la consideración del domicilio como elemento determinante de la protección. En otras palabras, la Corte Suprema considera ilegítimos los seguimientos con GPS solo cuando son susceptibles de entrar en el domicilio, en caso contrario, en la vía pública, el ciudadano está expuesto a una “*plain view*”, obtenible con un seguimiento normal y por eso no necesitada de *Warrant*. En el caso *Jones*<sup>57</sup> por ejemplo, el Tribunal establece que el *GPS tracking* es “*search*” que traspasa los límites del domicilio y por eso necesita un *warrant*. Sin embargo, no se especifica que Jones tenga una “*expectation of privacy*”, mientras se mueve con su vehículo por las carreteras públicas. El enfoque sigue siendo en el fondo el binomio publico/privado<sup>58</sup>.

La difusión del GPS tracking a través del móvil ha estimulado un cambio de punto de vista. En el caso *Riley vs California*<sup>59</sup>, se trata la cuestión del acceso a los datos del Smartphone y se llega a una conclusión: es necesaria la autorización judicial, a pesar de que el indagado esté en estado de arresto. Sin embargo, han derivado dos interpretaciones posibles: una más restrictiva, que considera la regla aplicable solo a los casos de arresto, y una más amplia, que exige un *warrant* en cualquier caso de *search* que tenga por objeto un teléfono móvil<sup>60</sup>. La primera parece estar bastante difundida.

Por esta razón, en el momento en que escribimos se espera con mucho interés la solución del caso *Carpenter*<sup>61</sup>, actualmente en espera de sentencia del Tribunal Supremo. El acusado lamenta que su condena se base en una localización a través de su *smarthphone* que lo relacionaría con el lugar del delito, ejecutada en ausencia de un *warrant*<sup>62</sup>. Se prevé que sea una decisión histórica, porque permitirá aclarar definitivamente si el móvil se puede considerar un “lugar” en el que se desarrolla la intimidad, a la par del domicilio.

La necesidad de una autorización judicial ha sido objeto de una reciente reforma, precisamente en España. En la legislación precedente no se tipificaba la técnica investigativa

---

<sup>57</sup> Caso *United States v. Jones*, 132 US (2012).

<sup>58</sup> STRATFORD, J. A., "Adventures On...", *Op. cit.*, p. 997.

<sup>59</sup> *Riley v. California*, 134 S. Ct. 2473, 2485 (2014).

<sup>60</sup> SANDFORD, B., "A castle in the sky...", *Op. cit.*, p. 934.

<sup>61</sup> [www.law.cornell.edu/supct/cert/16-402](http://www.law.cornell.edu/supct/cert/16-402)

<sup>62</sup> A pesar del hecho que el gobierno haya actuado según la vigencia de lo *Store Comunicacion act* según el cual si hay “*specific and articulable facts showing that there are reasonable grounds to believe that the contents . . . are relevant*” se pueden obtener los datos necesarios.

aquí analizada. La jurisprudencia llenaba ese vacío admitiendo que la policía pudiera llevarla a cabo, sin necesidad de autorización alguna y sin interferir en el derecho a la intimidad<sup>63</sup>. Sin embargo, la L.O. 13/2005 ha modificado la situación introduciendo al artículo 588 bis a) tal obligación. La reforma parece en línea con un mayor respeto a las garantías.

Sin embargo, queda una posibilidad criticable y susceptible de causar abusos: se trata del art. 588 quinquies b), que faculta la policía *ad actuar motu proprio*, en caso de urgencia<sup>64</sup>. No queda claro que vaya referida la urgencia: si se considera la posibilidad de dispersión de la prueba, es difícil configurar ese riesgo teniendo en cuenta que los datos podrán, en la mayoría de los casos, ser recuperados en un segundo momento a través de los registros telefónicos. Tal vez se podría configurar el caso de un seguimiento urgente, necesario para evitar un peligro inminente. Se trataría de casos muy extremos y puntuales.

### **3.2. El GPS Tracking como actividad atípica y las pautas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

El TEDH ha condenado en varias ocasiones<sup>65</sup> a los Estados a causa de una vigilancia electrónica efectuada por la policía a través de las intervenciones telefónicas<sup>66</sup>. Sin embargo, no ha tenido una posición igual de firme con respecto a la utilización del GPS. El *leading case* en materia es el caso *Uzun vs. Alemania*<sup>67</sup>, en el que se han expuesto unas pautas razonables que pueden ser consideradas como guía. El Alto Tribunal admite que se pueda hablar de vida privada también en un contexto público y que la identidad de una persona depende de las relaciones con los demás y hace parte de su “vida privada”<sup>68</sup>. Sin embargo, admite que hay casos en los que las personas conscientemente cumplen actividades susceptibles de registro.

---

<sup>63</sup> STS 523/2008 de 11 de Julio; 789/2013 de 5 de noviembre.

<sup>64</sup> Ha habido debate sobre este requisito. El PSE ha criticado este punto durante las discusiones parlamentarias.

<sup>65</sup> TEDH, *Malone vs Reino Unido*, 2 agosto 1984; TEDH *Khan vs. Reino Unido*, 20 diciembre 2011.

<sup>66</sup> HUBER, F., *TIC, Protección de Datos Y Derechos Humanos En La Jurisprudencia Del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 96.

<sup>67</sup> TEDH, *Uzun vs. Alemania*, 2 septiembre 2010

<sup>68</sup> Punto 43 *Uzun vs. Alemania*. “*The Court reiterates that private life is a broad term not susceptible to exhaustive definition. Article 8 protects, inter alia, a right to identity and personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world. There is, therefore, a zone of interaction of a person with others, even in a public context, which may fall within the scope of “private life”*”

Por eso hay que tener en cuenta la expectativa razonable del individuo, que sin embargo resulta ser el único elemento decisivo<sup>69</sup>.

Finalmente, desestima el recurso sobre la base de ciertos elementos: se trataba de delitos graves de terrorismo, la ley regulaba la medida que contaba con una previa autorización del Fiscal y un control *ex post* del juez. Además, otras medidas menos invasivas habían sido utilizadas previamente<sup>70</sup>. Por estas razones, la limitación del derecho a la privacidad resulta proporcionado. La posición del Tribunal queda abierta a interpretaciones y no permite extrapolar obligaciones individuales para los Estados.

Eso ha contribuido a situaciones como la del caso italiano. Como se ha analizado en los epígrafes precedentes, a día de hoy y a pesar de numerosas voces contrarias en la doctrina<sup>71</sup>, la jurisprudencia sigue considerando la actividad de seguimiento una actividad atípica de la policía y, por lo tanto, ejercitable *motu proprio*, como los clásicos seguimientos. El PM tiene que emitir un decreto, sin embargo, su ausencia no conlleva consecuencias en el plano probatorio. Ninguna nulidad está prevista. Se trata de una normativa contradictoria, si se tiene en cuenta que para pedir los datos del registro de tráfico telefónico sí que es necesario pedir la autorización del juez. Urge una reforma que se ponga en línea con las tendencias antes expuestas.

#### 4. CONCLUSIONES

Las posibilidades de localizar a una persona en la actualidad son muchísimas y el límite entre lo público y lo privado va desapareciendo. La normativa tiene que tener en cuenta este contexto. El concepto de domicilio no resulta suficiente para protegernos de las injerencias en nuestra vida privada.

La postura del TEDH en el caso *Uzun* puede ser interpretada en este sentido: si el recurso ha sido desestimado porque Alemania ha respetado unos requisitos, esos mismos se podrían convertir en condiciones generales para que la limitación proporcionada del art 8 CEDH.

---

<sup>69</sup> Punto 44: “*Since there are occasions when people knowingly or intentionally involve themselves in activities which are or may be recorded or reported in a public manner, a person's reasonable expectations as to privacy may be a significant, although not necessarily conclusive, factor. A person walking along the street will inevitably be visible to any member of the public who is also present*”.

<sup>70</sup> FILIPPI, L., “Il GPS È Una Prova...”, *Op. cit.*, p. 309–310.

<sup>71</sup> BENE, T., “Il Pedinamento Elettronico...”, *Op. cit.*, p. 360; PISANI, V., *La Crisi Delle Garanzie...*, *Op. cit.*, p. 93.

Resultarían los siguientes: previsión legal de la medida, necesidad, proporcionalidad, subsidiariedad y finalmente contar con una autorización del juez, teniendo en cuenta los intereses en juego.

El derecho influye en la sociedad, del mismo modo que la sociedad influye en el mismo. Por eso, detrás de una norma procesal como esta, en realidad, se esconde un dilema: ¿en qué tipo de sociedad queremos vivir? Y si la respuesta es en una sociedad libre en la que nuestra intimidad sea respetada y nuestra personalidad se pueda desarrollar autónomamente, eso dependerá también de los límites al poder estatal de investigar.

Consideramos importante una regulación uniforme de las técnicas de geolocalización, para que se alcance un nivel lo más alto posible de garantías de libertad. No negamos de forma absoluta la importancia de tales estrategias para averiguar los delitos, al contrario, se demuestran utilísimas, pero sí creemos firmemente en la necesidad de que sea un juez, con la preparación y la experiencia necesaria, quien decida limitar un derecho tan importante y tan peligrosamente evasivo.

## REFERENCIAS

ÁLVAREZ CONDE, E., TUR AUSINA, R., *DERECHO CONSTITUCIONAL*, 3A ED, MADRID, TECNOS, 2013.

BENE, T., "Il Pedinamento Elettronico: Truismi E Problemi Spinosi", *Le Indagini Atipiche*, Torino, Giapichelli, 2014.

CAMON, A., "L'acquisizione Dei Dati Sul Traffico Delle Comunicazioni", *Rivista Italiana Di Diritto E Procedura Penale*, n. 2, 2005

CASACUBERTA SEVILLA, D., "Do We Need New Rights in Cyberspace?: Discussing the Case of How to Define on-Line Privacy in an Internet Bill of Rights", *Enrahonar: Quaderns de Filosofia*, n. 40, 2008, pp. 99–111,

CONTI, C., *Accertamento Del Fatto E Inutilizzabilità Nel Processo Penale*, Padova, CEDAM, 2007.

CUMPSTONE, C., "Game of Phones : The Fourth Amendment Implications of Real-Time Cell Phone", *Cleveland State Law Review*, n. 65, 2017

FAMIGLIETTI, G., "Il Diritto Alla Riservatezza O La Riservatezza Come Diritto. Appunti in Tema Di Riservatezza Ed Intimidatà Sulla Scorta Della Giurisprudenza Della Corte Costituzionale E Del Tribunal Constitucional", en *Biotecnologie E Valori Costituzionali. Il Contributo Della Giustizia Costituzionale*, Torino, Giapichelli, 2005.

FILIPPI, L., "Il GPS È Una Prova "incostituzionale"?", *Archivio Penale*, n. 2, 2012, pp. 309-317.

GENTILE, D., "Tracking Satellitare Mediante Gps", *Diritto Penale E Processo*, n. 12, 2010, pp. 1464–1473. Recuperado el 05/11/2018, de: [http://www.eliss.org/new/formazione/Tracking\\_satellitare\\_mediante\\_gps.pdf](http://www.eliss.org/new/formazione/Tracking_satellitare_mediante_gps.pdf).

HUBER, F., "TIC, Protección de Datos Y Derechos Humanos En La Jurisprudencia Del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas*, 2016.

NAZZARO, G., *Le Intercettazioni Sulle Reti Cellulari*, Parma, Ed. Mattioli, 2010.

MANGANELLI, A., AND GABRIELLI F., *Investigare: Manuale Pratico Delle Tecniche Di Indagine*, Padova, CEDAM, 2007.

MCLAUGHLIN, K., "The Fourth Amendment and Cell Phone Location Tracking: Where Are We?", *Hastings Communications & Entertainment Law Journal (Comm/Ent)*, vol. 29, n. 3, 2007, pp. 421–446

MORALES PRATS, F., *La Tutela Penal de La Intimidación: Privacy E Informática*, Barcelona, Ediciones Destino, 1984.

NIEVA FENOLL, J., *Derecho procesal*, vol. III, Barcelona, Marcial Pons, 2017.

ORZA RAMÓN, M., "El Derecho Al Anonimato En Internet New Legislation Needed The Right to Anonymity on the Internet", *TELOS*, n. 89, 2011, pp. 24–33.

DI PAOLO, G., *Tecnologie Del Controllo E Prova Penale: L'esperienza Statunitense E Spunti per La Comparazione*, Padova, CEDAM, 2008.

DI PAOLO, G., "Acquisizione Dinamica Dei Dati Relativi All'ubicazione Del Cellulare Ed Altre Forme Di Geolocalizzazione Tecnicamente Assistita. Riflessioni a Margine Dell'esperienza Statunitense", *Cassazione penale*, vol. 48, n. 3, 2008, pp. 1219-1229.

PERETOLI, P., "Controllo Satellitare Con Gps: Pedinamento O Intercettazione?", *Diritto Penale E Processo*, n. 9, 2003, pp. 93–101.

PISANI, V., *La Crisi Delle Garanzie Difensive Nell'attività Atipica Della Polizia Giudiziaria: Profili Sistemati E Prassi Giurisprudenziali*, Milano, Giuffrè Editore, 2016.

POZEN, DAVID E., "The Mosaic Theory, National Security, and the Freedom of Information Act", *Yale Law Journal*, vol. 115, n. 3, 2005, pp. 630–681.

RADLER, M., "Privacy Is the Problem: US v Maynard and a Case for a New Regulatory Model for Police Surveillance", *The George Washington Law Review*, vol. 80, n. 4, 2012.

SANDFORD, B., "A castle in the sky: GPS Tracking of a defendant's cell phone post Riely v. California", *Wisconsin Law Review*, n. 5, 2015, pp. 907-939.

SERRANI, A., "Sorveglianza Satellitare GPS: Un'Attività Investigativa Ancora in Cerca Di Garanzie", *Archivio Penale*, n. 3, 2013.

STRATFORD, J. A., "Adventures On The Autobahn and Infobahn: United States v. Jones, Mandatory Data Retention, and a More Reasonable "Reasonable Expectation of Privacy", *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 103, n. 3, 2013, 985–1014.

WARREN, S., BRANDEIS, L., "The right to privacy", *Harvard Law Review*, vol. 4, 1890.



# EL AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO COMO FIGURA IDÓNEA PARA LA LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD TRASNACIONAL

IRENE GONZÁLEZ PULIDO

**TRANSJUS**  
WPPublications

Como citar:

González Pulido, I. (2019). “El agente encubierto informático como figura idónea para la lucha contra la criminalidad trasnacional”. En *Nuevas formas de criminalidad y su persecución*. TransJus Working Papers Publication - Edición Especial (N. 1/2019, pp. 129-142).

---

**SUMARIO:** 1. Introducción; 2. Agente encubierto en internet: investigación transnacional; 2.1 Delincuencia organizada en internet: cibercriminos complementarios; 3. Agente encubierto en internet: ¿avance o retroceso?; 3.1 Controversias sobre la legitimidad de su uso; 4. Conclusiones

---

**RESUMEN:** Nos encontramos en un momento en el que las formas de criminalidad transnacional se encuentran en continuo auge. Estamos ante una situación que se plantea como un problema para los diferentes operadores jurídicos. Lo que provoca esta internacionalización del crimen es la multiplicación de las dificultades de su investigación y aún más si le añadimos las ventajas que les permiten las TIC. En España se han producido grandes avances, en concreto, analizaremos la introducción del agente encubierto en Internet con la reforma por Ley Orgánica 13/2015. Es fundamental el análisis de esta figura ya que podría suponer una herramienta idónea para la investigación de este tipo de delitos, sobre todo teniendo en cuenta el uso cada vez más habitual de las TIC por parte de los grupos y organizaciones criminales, tanto para captar como para llevar a cabo todo su *modus operandi*. Además, su uso nos permite optimizar la práctica de las diligencias de investigación: no es necesario que el mismo agente esté presente durante todo el proceso, incluso se puede requerir un equipo de investigación.

**PALABRAS CLAVE:** Delincuencia organizada, cooperación judicial internacional, cibercriminalidad, agente encubierto informático, diligencias de investigación.

---

**RESUM:** Ens trobem en un moment en el qual les formes de criminalitat transnacional es troben en continu auge. Estem davant una situació que es planteja com un problema per als diferents operadors jurídics. El que provoca aquesta internacionalització del crim és la multiplicació de les dificultats de la seva recerca i encara més si li afegim els avantatges que els permeten les TIC. A Espanya s'han produït grans avanços, en concret, analitzarem la introducció de l'agent encobert a Internet amb la reforma per la Llei orgànica 13/2015. És fonamental l'anàlisi d'aquesta figura ja que podria suposar una eina idònia per a la recerca d'aquest tipus de delictes, sobretot tenint en compte l'ús cada vegada més habitual de les TIC per part dels grups i organitzacions criminals, tant per a captar com per a dur a terme tot el seu *modus operandi*. A més, el seu ús ens permet optimitzar la pràctica de les diligències de recerca: no és necessari que el mateix agent estigui present durant tot el procés, fins i tot es pot requerir un equip de recerca.

**PARAULES CLAU:** Delinqüència organitzada, cooperació judicial internacional, cibercriminalitat, agent encobert informàtic, diligències de recerca.

---

**ABSTRACT:** We are at moment when the forms of transnational crime are still growing. That is a problem for different legal operators. As a consequence of this internationalization of crime is the multiplication of the difficulties of its investigation and even more if we add the advantages that ICT allow. In Spain there have been great advances, in particular, we will analyze the introduction of the undercover agent on the Internet with the reform by Organic Law 13/2015. The analysis of this figure is fundamental since it could be an ideal tool for the investigation of this type of crime, especially taking into account the increasingly common use of ICT by criminal groups and organizations, both to capture and to carry out all his *modus operandi*. In addition, its use allows us to optimize the practice of investigative procedures: it is not necessary for the same agent to be present throughout the process, even a research team may be required.

**KEY WORDS:** Organized crime, international judicial cooperation, cybercrime, undercover computer agent, investigation proceeding.

## 1. INTRODUCCIÓN

Desde hace varias décadas nos enfrentamos a una situación en la que el crimen organizado, uniendo todas sus tipologías, es uno de los mayores negocios del planeta. Concretamente, las ganancias de estas actividades: trata de seres humanos, tráfico de drogas, tráfico de personas, tráfico de armas, tráfico de flora, fauna y recursos naturales, ciberdelincuencia, etcétera<sup>1</sup>. Además, hay que ser conscientes de que estas formas de delincuencia están vulnerando bienes jurídicos esenciales. Un ejemplo claro lo podemos encontrar en el terrorismo o en la trata de seres humanos; registrando más de diez mil víctimas anuales; de las cuáles, siete mil aproximadamente son víctimas de explotación sexual<sup>2</sup>. Este tipo de delincuencia se está sirviendo de la globalización y de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) para ampliar su campo de actuación<sup>3</sup>, traspasando las fronteras nacionales y europeas.

En particular, en Europa existen más de cinco mil grupos de criminalidad organizada que están siendo investigados y, además, como se señala en el informe SOCTA 2017<sup>4</sup>, estos están en continua evolución, perfeccionando y adaptándose a las tecnologías. Así, afirman en dicho informe que un 85% de los internautas está en riesgo de ser víctima. Y es que las TIC son un componente clave<sup>5</sup>, bien porque constituyan un delito informático en sí mismo o bien una herramienta utilizada en el *modus operandi*. Si acudimos al Convenio de Budapest<sup>6</sup>, destacado en materia de ciberdelincuencia, encontramos como tanto la primera como la segunda opción de uso de las TIC como medio serían consideradas como ciberdelincuencia. Enfrentándonos, por tanto, a un problema de criminalidad organizada y ciberdelincuencia con carácter global.

---

<sup>1</sup> COMISIÓN EUROPEA. *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal* [COM/2016/0826 final], Bruselas, 2016, p. 3.

<sup>2</sup> COMISIÓN EUROPEA. (2016). *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre los progresos realizados en la lucha contra la trata de seres humanos* (2016) con arreglo al artículo 20 de la directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, Bruselas, 2016, p.4. Recuperado el 28/03/2018, de <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-267-ES-F1-1.PDF>

<sup>3</sup> PARLAMENTO EUROPEO. (2013). *Informe sobre la delincuencia organizada, la corrupción y el blanqueo de dinero: recomendaciones sobre las acciones o iniciativas que han de llevarse a cabo* (Informe definitivo). Recuperado el 06/08/2018, de [www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0307+0+DOC+XML+V0//ES](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0307+0+DOC+XML+V0//ES)

<sup>4</sup> SOCTA: Serious and Organised Crime Threat Assessment.

<sup>5</sup> EUROPOL. (2017). *Informe SOCTA 2017*. Recuperado el 06/08/18, de [www.europol.europa.eu/socta/2017/index.html](http://www.europol.europa.eu/socta/2017/index.html)

<sup>6</sup> Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001. BOE núm. 226, de 17 de septiembre de 2010, pp. 78847-78896.

Como se refleja en los diferentes informes de recopilación y análisis de datos, existe un grave problema de criminalidad organizada y de ciberdelincuencia con carácter internacional. Europol analiza la situación del cibercrimen cada año recogiendo en el informe IOCTA<sup>7</sup> que no solo se está dotando de las TIC la criminalidad organizada, constituyendo así un grave problema, sino que la ciberdelincuencia que no tiene un territorio delimitado de actuación cada vez es más organizada<sup>8</sup>. Ante esta situación es fundamental el uso de figuras de investigación complejas, que en ocasiones generan un riesgo importante para el investigador, como en el caso de los agentes encubiertos físicos. Pero ha llegado el momento de que aquellos que se aproveche y optimice el uso de las TIC para prevenir y reprimir estos delitos.

No obstante, todo ello deberá realizarse desde una posición de garante de los derechos y deberes de los ciudadanos. Por ello, es necesario dotar a los operadores jurídicos de formación, información, herramientas, figuras y, en definitiva, una legislación que les permita dar respuesta de un modo efectivo y eficaz. De tal forma que se incremente la seguridad jurídica se reduzca la inseguridad cibernética y las dificultades de represión de estos delitos. En el presente estudio se analizará la importancia de la figura del agente encubierto en internet y las controversias detectadas en su regulación y uso en el marco de estas modalidades de delincuencia.

Por tanto, los diferentes operadores jurídicos deben aunar sus recursos y esfuerzos para cooperar en la lucha contra las formas de criminalidad transnacional que se incrementan y se perfeccionan periódicamente, por ejemplo, mediando el uso de las TIC. Ya que estas les otorgan a los perpetradores de la ley un mayor margen de actuación incrementando la posibilidad de que el delito quede impune, debido a las dificultades de perseguibilidad que rodean a estos delitos y al anonimato que se puede alcanzar con el uso de dichas tecnologías.

## **2. AGENTE ENCUBIERTO EN INTERNET: INVESTIGACIÓN TRANSNACIONAL**

La figura del agente encubierto comienza a desarrollarse a partir del año 1988 cuando desde Naciones Unidas se detecta el perfeccionamiento de las formas delictivas y surge la idea de

---

<sup>7</sup> IOCTA: *Internet Organised Crime Threat Assessment*.

<sup>8</sup> EUROPOL. (2017). *Informe IOCTA 2017*. Recuperado el 06/08/2018, de [www.europol.europa.eu/iocta/2017/index.html](http://www.europol.europa.eu/iocta/2017/index.html)

desarrollar técnicas especiales de investigación<sup>9</sup>. Como se había hecho en la Unión Europea<sup>10</sup> se introduce en nuestro país con la Ley Orgánica 5/1999<sup>11</sup>. Desde este momento existe la posibilidad de que un agente de Policía Judicial adopte una identidad supuesta y mediando el engaño actúe con la finalidad de llevar a cabo esa labor de averiguación encomendada. Además, se le permite la actuación bajo esa identidad, en ocasiones incluso en su declaración en juicio y, del mismo modo, se le permite el contacto con el objeto, los efectos e instrumentos del delito. En este momento, ya se considera como una figura que realmente supone una limitación de derechos fundamentales por lo que exclusivamente se prevé para la investigación de los casos de delincuencia organizada estableciendo una lista tasada de aquellos delitos en los que se podría solicitar su intervención.

Además, ya en el 2000 se contempla la flexibilidad de actuación de dicho agente, existiendo la posibilidad de que estos actúen en otro país<sup>12</sup>.

### **2.1. Delincuencia organizada en internet: cibercrimitos complementarios**

Es preciso acotar qué entendemos por “delincuencia organizada”. Desde hace varias décadas ha sido definida como la actuación duradera y conjunta de más de dos personas, obviamente con fines criminales. Esta definición es la que encontramos a nivel nacional, pero es preciso llevar a cabo unas puntualizaciones y es que no es lo mismo hablar de grupo u organización criminal, ya que en el segundo caso es requisito *sine qua non* la actuación coordinada y la estabilidad temporal. Además, cuando nos referimos a terrorismo estamos ante delitos únicamente catalogados como tal. No obstante, parte de la doctrina ya aboga por una reformulación del concepto ya que en el ciberespacio podrían concurrir multitud de personas con un mismo fin, como la corrupción de menores<sup>13</sup>. En el presente análisis expondremos la

---

<sup>9</sup> CONDE-PUMPIDO, P. (2016). *El agente encubierto en la legislación española*. Recuperado el 02/11/2018 de [www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/ponencia%20Conde-Pumpido%20Garc%C3%ADa.%20Paloma.pdf?idFile=bb24f82f-7461-4a13-ab8f-8d7de8f91f80](http://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ponencia%20Conde-Pumpido%20Garc%C3%ADa.%20Paloma.pdf?idFile=bb24f82f-7461-4a13-ab8f-8d7de8f91f80).

<sup>10</sup> CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. *Informe explicativo del Convenio, de 29 de mayo de 2000, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea* (Texto aprobado por el Consejo el 30 de noviembre de 2000). Diario Oficial n. C 379 de 29/12/2000, pp. 0007 – 0029.

<sup>11</sup> Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> BUENO DE MATA, F., “Un centinela virtual para investigar delitos cometidos a través de las redes sociales: ¿deberían ampliarse las actuales funciones del agente encubierto en internet?”, *El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito*, 1ª edición, Madrid, Editorial La Ley, 2012.

diligencia del agente encubierto como figura idónea para la actuación frente a la totalidad de estos tipos de delincuencia organizada.

Cuando abordamos las diferentes tipologías de delincuencia organizada en Internet hay que tener presente que: por un lado, tenemos que contar con las amenazas de los delitos tradicionales de criminalidad organizada o terrorismo, los cuales en la actualidad se sirven de las TIC como medio. Tratándose de una vía que les facilita el acceso a un mayor número de personas a partir del desarrollo de la Web 2.0 y que, en general, les simplifica la práctica de todas las actividades propias de un grupo de esta índole: captación inicial, mantenimiento del control, contacto con los altos cargos de la organización y demás actividades que practican con habitualidad. Y, por otro lado, hay que tener en cuenta que estamos ante formas delictivas emergentes. Existen vínculos claros de medio a fin entre el terrorismo y la configuración de este tipo organizaciones o grupos a los que nos hemos referido.

Por tanto, estaríamos en este caso ante delitos que complementan su actividad, lo que significa, atendiendo a su definición, que se está añadiendo a su actividad unas características que lo perfeccionan. Un claro ejemplo lo encontramos en los delitos de terrorismo, sobre los que se está formando una ingente cantidad de jurisprudencia. Incluso, se está hablando desde hace unos años del “ciberterrorismo”, ya que como en otros delitos que implican esa asociación y organización, se considera Internet como piedra angular del terrorismo actual (Europol, 2017a). Es muy común la actividad de adoctrinamiento, sin embargo, hay que hacer una clara distinción entre el autoadoctrinamiento pasivo y el que se pueda desempeñar en las redes sociales, como por ejemplo, en Facebook, que sí ha sido considerado en primera instancia, pero en sentencias que han sido casadas luego por el Tribunal Supremo porque realmente no existía prueba que permitiera demostrar esa intención de incurrir en delitos terroristas o de involucrar a otras personas, chocando con el límite de los derechos de libertad ideológica y de información (STS 734/2017 de 15 de noviembre de 2017). Aunque sí se consideró en otros supuestos el acceso a contenido terrorista y almacenamiento del mismo para adoctrinar a otros (STS 297/2017 de 26 de abril de 2017). El empleo de internet para difundir, adoctrinar, reclutar y obtener material audiovisual terrorista es un tipo de actuación mucho más fácil de perpetrar en la actualidad. El Tribunal Supremo señala que: “enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión, como puede ser periódico o un acto público con numerosas concurrencia y hoy día, dada la evolución tecnológica, a través de internet” (STS 354/2017 de 17 de mayo de 2017) pero, como ya

aludíamos anteriormente, hay que actuar con cautela preservando los derechos. De la diversa jurisprudencia que encontramos se puede deducir el auge de las TIC, la existencia de macro-redes que persiguen la globalización terrorista (STS 789/2014 de 2 de diciembre de 2014), empleando plataformas, redes sociales y otros soportes que permiten la difusión de información. No está, sin embargo, reglada la investigación y la actuación del agente encubierto para la investigación en todos los soportes. Y, como se ha reflejado con esta muestra de sentencias la obtención de la prueba es fundamental, siendo dichas diligencias un buen mecanismo para ello.

Asimismo, encontramos actuaciones de agentes encubiertos en los casos de explotación sexual infantil en línea. Es una de las prioridades de Europol<sup>14</sup> y se han establecido grupos especializados en su persecución. Es difícil de detectar, destacando para ello los *chats* (STS 752/2010 de 14 de julio de 2010) y redes de intercambio de archivos, como las redes P2P. Para los perpetradores de este tipo de delitos supone tener a su alcance un mayor número de víctimas y les permite utilizar identidades supuestas con las que resulta más fácil engañar y coaccionar a los menores. No obstante, esto también es utilizado para su investigación, pudiendo los agentes de Policía Judicial adquirir otra identidad para contactar con el perpetrador. Del mismo modo, se complementa la actividad de delitos de trata de seres humanos o de tráfico de drogas. Cuando se limitaba la actuación al agente encubierto físico, la exposición del funcionario de Policía Judicial era mayor, además, a pesar de mantener contacto continuo con quién autorizaba y seguía su infiltración, existía un doble riesgo: por un lado, con respecto a la lealtad y, por otro, relativo a su propia integridad. Sin embargo, el agente encubierto en internet puede disponer de más apoyo institucional y profesional, no impidiéndose su participación en varias operaciones ni limitándose su actividad a una única persona. Quizá debería replantearse la atribución de una identidad supuesta, con la creación de una identidad ficticia.

### **3. AGENTE ENCUBIERTO EN INTERNET: ¿AVANCE O RETROCESO?**

Cuando nos referimos al agente encubierto en internet, sería erróneo atribuir su existencia a la Ley Orgánica 13/2015<sup>15</sup>. Esto se explica cuando acudimos a la jurisprudencia, sobre todo en materia de tráfico de drogas y pornografía infantil, donde encontramos sentencias que

---

<sup>14</sup> EUROPOL. (2017). “Informe IOCTA 2017”, *Op. cit.*

<sup>15</sup> Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

contemplaban esta figura y que, incluso, permitían llevar a cabo una investigación más completa. Y ya en 2011 se aprobó la regulación para algunas operaciones<sup>16</sup>.

No obstante, supone una importante intromisión en los derechos fundamentales y es por ello que dicha Ley supuso un importante avance en la materia, acrecentando la seguridad jurídica. Pero podría decirse que el legislador desaprovechó la oportunidad de expresar retóricamente esta figura, de emplearla para amparar la creciente complejidad de estas investigaciones.

Concretamente se introduce a través de esta Ley Orgánica en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española<sup>17</sup>. La regulación supuso un avance importante al contemplar una figura que no estaba incluida en nuestra legislación pero, sin embargo, dejó un amargo sabor de boca a la doctrina y, en general, a los operadores jurídicos pues lejos de apartarlos de la necesidad de aplicar la analogía y, por tanto, de la inseguridad jurídica, limita en algunos supuestos su actuación y les ubica en una posición ahora de alegalidad.

### 3.1. Controversias sobre la legitimidad de su uso

Como parte de las obligaciones que la LECrim recoge para la policía judicial, es preciso señalar la averiguación de los delitos públicos, en aras a la consecución de la verdad de los hechos y les habilita a la práctica de las diligencias pertinentes para el descubrimiento de los hechos y de su autoría, como podría ser el uso del agente encubierto en internet.

Se vuelven a replantear las controversias que habían sido ya superadas, como fue la delimitación del concepto de “agente encubierto” y su confusión con el agente provocador. Ante esta situación se pronunciaron legitimando su uso siempre que no sugiriera todo el *iter criminis* (STS 1992/1993 de 15 de septiembre de 1993). Los órganos jurisdiccionales ya se posicionaron al respecto desde hace décadas.

---

<sup>16</sup> BUENO DE MATA, F., “Un centinela virtual...”, *Op. cit.*

<sup>17</sup> “6. El juez de instrucción podrá autorizar a funcionarios de la Policía Judicial para actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación con el fin de esclarecer alguno de los delitos a los que se refiere el apartado 4 de este artículo o cualquier delito de los previstos en el artículo 588 ter a.

El agente encubierto informático, con autorización específica para ello, podrá intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos.

7. En el curso de una investigación llevada a cabo mediante agente encubierto, el juez competente podrá autorizar la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio.”

Analizando la literalidad del precepto incluido tras esa reforma encontramos la primera controversia cuando alude a “canales cerrados de comunicación” y es que ya había sido necesario con anterioridad a la reforma la autorización de la actuación de dicha figura en canales abiertos de forma simultánea a estos otros canales cerrados, como el caso ocurrido en 2007 de distribución y difusión de material a través de *chats IRC* y *Messenger* (STS 767/2007 de 3 de octubre de 2007).

Otro de los grandes puntos controvertidos lo encontramos en la habilitación para el intercambio de archivos ilícitos, sin más concreción o cláusula que obligue a asegurar la entrega, vigilarla o al rastreo de dichos archivos para evitar su difusión.

Unido a esto es fundamental atender a la investigación prospectiva y a la inteligencia como técnica de investigación. La evolución de la criminalidad, la perfección y extensión de la delincuencia generó el cambio de la investigación reactiva por los cuerpos de seguridad a nivel global. Comenzaron a ser necesarias la proactividad y la inteligencia criminal también en el proceso penal<sup>18</sup>. En nuestro país queda prohibido por ley orgánica el uso de las medidas de investigación tecnológica con un carácter prospectivo, respetando el principio de especialidad. Pudiendo encontrar resoluciones del Tribunal Constitucional en las que se invalida la prueba, considerándose ilícita, por haber sido obtenida a través de esa investigación prospectiva, no pudiendo sustentarse en “meras hipótesis o en la pura y simple sospecha” (Pleno. Sentencia 184/2003, de 23 de octubre de 2003). No obstante, en segundo lugar, hay que puntualizar a qué estamos atendiendo cuando hablamos de “inteligencia”, refiriéndonos a este concepto como el análisis de la información de un modo especializado, específico y por expertos, con el objetivo de obtener una mayor cantidad de datos. Consiste, además, en establecer patrones y tendencias encaminadas a lograr incrementar, en este caso, la ciberinteligencia con fines de defensa fundamentalmente. En otros sectores como, por ejemplo, el político y social se describe la investigación prospectiva estratégica como elemento esencial para la planificación y, en definitiva, para la consecución de la seguridad global<sup>19</sup>. Lo cual no implica el uso de estas figuras con ese carácter prospectivo, sino que se desarrollarán análisis estratégicos orientados a mejorar la funcionalidad de estas figuras

---

<sup>18</sup> BONILLA GARCÍA, J. V., “Los agentes encubiertos y la gestión de confidentes e informadores”, en *Investigación criminal. Principios, técnicas y aplicaciones*, Madrid, Colección Acción Empresarial de LID Editorial Empresarial S.L., 2015, pp. 197-209.

<sup>19</sup> JORDÁN, J. (2017). *Grandes tendencias políticas y sociales de interés para la Seguridad y la Defensa. Perspectivas europeas y norteamericanas*. Recuperado el 06/11/2018, de [www.ugr.es/~gesi/tendencias-politicas-sociales-defensa.pdf](http://www.ugr.es/~gesi/tendencias-politicas-sociales-defensa.pdf).

cuando verdaderamente el juez cuente con los indicios necesarios para emitir el auto para su uso.

Así, desde el informe SOCTA se recomienda ampliar las competencias de Europol, en concreto su actividad en materia de inteligencia criminal, considerándolo un eje fundamental<sup>20</sup>. El centro de referencia en Europa de investigación de la ciberdelincuencia, el Centro Europeo de Ciberdelincuencia (EC3), opera en el ámbito de la inteligencia<sup>21</sup>. Resultando, por tanto, esencial para la investigación de la delincuencia organizada transnacional que se sirve de las TIC impulsar la ciberinteligencia. No obstante, continúa siendo complicado mantenerse dentro de la línea que divide la obtención lícita o ilícita de la prueba, la consideración de hallazgo casual o la investigación prospectiva a conciencia, que será lo que determine en estos supuestos la validez de la investigación y la posible impunidad o no del caso en concreto.

Asimismo, supuso un avance que amplió la lista de delitos tasados incluyendo delitos dolosos con límite máximo de al menos tres años de prisión, manteniendo los delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal y en el caso de delitos de terrorismo, tal y como se señala en el artículo 579.1 de la LECrim. Asimismo, se incorporan “delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación” (Art. 588 ter a LECrim). Esta última se podría considerar una ampliación peligrosa si tenemos en cuenta que, como venimos comentando a lo largo del presente trabajo, la mayor parte de los delitos tradicionales están evolucionando y sufriendo esa tecnificación. En definitiva, la figura del agente encubierto en internet, en la actualidad, y si el legislador no lo rectifica, podrá intervenir en los delitos que aquí hemos estado analizando, caracterizados por esa organización y transnacionalidad. Reiterando así una vez más esa idoneidad de la figura y la obtención de prueba con carácter inédito, pruebas de las que aún están lejos de conseguir otras figuras de investigación tecnológica. El factor humano, a pesar de los avances, como por ejemplo, con la teoría de juegos que han empleado algunos programas de investigación tecnológicos<sup>22</sup>, sigue otorgando particularidades a la investigación, permitiendo una mayor flexibilidad y obteniendo con premura dichas

---

<sup>20</sup> EUROPOL. (2017). “Informe SOCTA 2017”, *Op. cit.*

<sup>21</sup> Sitio web: Centro Europeo de Ciberdelincuencia (EC3). Recuperado el 08/11/2018, de <https://www.europol.europa.eu/about-europol/european-cybercrime-centre-ec3>.

<sup>22</sup> AGENCIA SINC. (12/07/2013) “Negobot contra los pedófilos”, *ABC Tecnología*. Recuperado el 28/03/2018, de <https://www.abc.es/tecnologia/20130712/rc-negobot-contra-pedofilos-201307121320.html>.

informaciones. Esta última concreción es esencial ya que debido a la injerencia en los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos el juez autoriza dicha intromisión por un tiempo muy limitado.

#### 4. CONCLUSIONES

A consecuencia de las dificultades intrínsecas a este tipo de criminalidad debe garantizarse un amparo legal. Para ello, es fundamental la evolución de la legislación al igual que lo hace el *modus operandi* de estos delincuentes, permitiendo así que los operadores jurídicos tengan a su disposición las herramientas idóneas para efectivizar su actuación.

El aumento de estos crímenes transnacionales requiere el aprovechamiento de figuras complejas como lo es el agente encubierto en internet. Ya que, como ya veíamos, las TIC constituyen el pilar esencial de los grupos y organizaciones criminales, además el ciberespacio en concreto constituye un medio dónde es difícil llevar a cabo estas investigaciones, aún en canales abiertos, ya que el nivel de datos presentes tanto la web visible como la web oculta es muy elevado, datos que pueden circular encriptados o cifrados. Aparentemente las fuerzas de seguridad han ido desarrollando programas cada vez más útiles pero que han sido criticados bien por su intromisión o bien por su elevado índice de error<sup>23</sup>.

Es fundamental, la regulación y análisis exhaustivo de este tipo de figuras porque esto favorecería la obtención de la prueba lícita. Además, teniendo en cuenta que dicha figura puede preceder otro tipo de medidas de investigación tecnológicas.

Estamos ante un tipo de criminalidad que, en primer lugar, es pluriofensiva y, en segundo lugar, hay que tener presente que genera múltiples víctimas. Muchas de ellas, además, se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad, bien por su condición o bien porque las características propias del entorno y de la sociedad las sitúa en esa posición. Por tanto, nos encontraríamos con una reducción de la victimización primaria y, además, también se reduciría la victimización secundaria ya que la pretensión punitiva no tendría que sostenerse únicamente en la veracidad del testimonio de la víctima, como ocurre en un elevado número de casos de trata de seres humanos, y es que a pesar de su validez, se puede prolongar el proceso, como consecuencia de las impugnaciones (Tribunal Supremo, Auto 1016/2017 de 1 de junio de 2017), acrecentando también dicha victimización.

---

<sup>23</sup> Software Hispalis de la Guardia Civil.

Para concluir es preciso lanzar un aviso de a qué nos enfrentamos, nos vamos a enfrentar a medio plazo y para qué hemos de estar preparados. Como ya se plantea en algunos informes, por el auge de la robótica, ya se empieza a cuestionar la responsabilidad de coches automatizados<sup>24</sup>; el control remoto de estas creaciones tecnológicas, incluso con carácter transnacional; el uso de forma masiva de las tecnologías de UAVs; la introducción masiva de datos de carácter personal en el espacio cibernético; el control a través de Internet de todos los ámbitos privados de la persona -sanidad, economía, etc.-; las impresoras 3D, etc. Todo ello, pareciera que podría facilitar y mejorar la calidad de vida, ofrecer facilidades, pero también va a estar al alcance de estas organizaciones con intenciones criminales. Ante esta realidad surgen múltiples cuestiones: quién responderá o cuánto tardarán en parar un vehículo automático empleado para un delito de terrorismo, cuántas víctimas ocasionará, cuántas armas se podrán fabricar con dichas impresoras, cuántas víctimas potenciales serán aún más vulnerables. La inteligencia en los delitos transnacionales juega un papel muy relevante y así lo hace, además, la ciberinteligencia. Es importante impulsar estas figuras, amparar la investigación tecnológica en el ciberespacio en su conjunto sin excepciones, aunque siempre teniendo presentes las garantías procesales que no deben ser olvidadas.

Por lo tanto, lo que verdaderamente nos interesa es que se lleve a cabo una prevención, el impulso de la ciberseguridad, el amparo legislativo de la investigación de estas formas de criminalidad en auge y, con ello, la represión unida a la reducción de la victimización primaria y secundaria. Los operadores jurídicos que trabajan a diario con ello ya han reconocido que se encuentran en un bloqueo que les impide efectivizar estas investigaciones, tanto técnico como legislativo y desde informes anteriores y, en particular, desde el último abogan por mejorar la armonización y la cooperación internacional (Europol, 2017a). En este sentido, el agente encubierto informático es una figura que sería importante abordar para la consecución de los objetivos previstos en la lucha contra las amenazas emergentes.

---

<sup>24</sup> MUCIENTES, E. (22/03/2018). “Las incógnitas que deja el vídeo del atropello mortal de Uber”, *El Mundo*. Recuperado el 06/11/18, de <https://www.elmundo.es/motor/2018/03/22/5ab3830ce5fdeae6598b4663.html>.

## REFERENCIAS

AGENCIA SINC. (12/07/2013) “Negobot contra los pedófilos”, *ABC Tecnología*. Recuperado el 28/03/2018, de <https://www.abc.es/tecnologia/20130712/rc-negobot-contra-pedofilos-201307121320.html>.

BONILLA GARCÍA, J. V., “Los agentes encubiertos y la gestión de confidentes e informadores”, en *Investigación criminal. Principios, técnicas y aplicaciones*, Madrid, Colección Acción Empresarial de LID Editorial Empresarial S.L., 2015

BUENO DE MATA, F., “Un centinela virtual para investigar delitos cometidos a través de las redes sociales: ¿deberían ampliarse las actuales funciones del agente encubierto en internet?”, *El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito*, 1ª edición, Madrid, Editorial La Ley, 2012.

COMISIÓN EUROPEA. (2016). *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre los progresos realizados en la lucha contra la trata de seres humanos* (2016) con arreglo al artículo 20 de la directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, Bruselas, 2016, p.4. Recuperado el 28/03/2018, de <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-267-ES-F1-1.PDF>.

COMISIÓN EUROPEA. *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal* [COM/2016/0826 final], Bruselas, 2016.

CONDE-PUMPIDO, P. (2016). *El agente encubierto en la legislación española*. Recuperado el 06/11/2018 de [www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/ponencia%20Conde-Pumpido%20Garc%20C3%ADa,%20Paloma.pdf?idFile=bb24f82f-7461-4a13-ab8f-8d7de8f91f80](http://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ponencia%20Conde-Pumpido%20Garc%20C3%ADa,%20Paloma.pdf?idFile=bb24f82f-7461-4a13-ab8f-8d7de8f91f80).

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. *Informe explicativo del Convenio, de 29 de mayo de 2000, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea* (Texto aprobado por el Consejo el 30 de noviembre de 2000). Diario Oficial n. C 379 de 29/12/2000

EUROPOL. (2017). *Informe IOCTA 2017*. Recuperado el 06/11/2018 de [www.europol.europa.eu/iocta/2017/index.html](http://www.europol.europa.eu/iocta/2017/index.html).

EUROPOL. (2017). *Informe SOCTA 2017*. Recuperado el 06/11/2018, de [www.europol.europa.eu/socta/2017/index.html](http://www.europol.europa.eu/socta/2017/index.html).

JORDÁN, J. (2017). *Grandes tendencias políticas y sociales de interés para la Seguridad y la Defensa. Perspectivas europeas y norteamericanas*. Recuperado el 06/11/2018, de [www.ugr.es/~gesi/tendencias-politicas-sociales-defensa.pdf](http://www.ugr.es/~gesi/tendencias-politicas-sociales-defensa.pdf).

MUCIENTES, E. (22/03/2018). “Las incógnitas que deja el vídeo del atropello mortal de Uber”, *El Mundo*. Recuperado el 06/11/2018, de: <https://www.elmundo.es/motor/2018/03/22/5ab3830ce5fdeae6598b4663.html>.

<sup>1</sup> PARLAMENTO EUROPEO. (2013). *Informe sobre la delincuencia organizada, la corrupción y el blanqueo de dinero: recomendaciones sobre las acciones o iniciativas que han de llevarse a cabo* (Informe definitivo). Recuperado el 06/11/2018, de [www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0307+0+DOC+XML+V0//ES](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0307+0+DOC+XML+V0//ES).



## ESTUDIO PENAL Y JURISPRUDENCIAL SOBRE EL *BULLYING* Y EL *CYBERBULLYING*

MARTA ESCUDERO MUÑOZ

**TRANSJUS**  
WPPublications

Como citar:

Escudero Muñoz, M. (2019). “Estudio penal y jurisprudencial sobre el *bullying* y el *cyberbullying*”. En *Nuevas formas de criminalidad y su persecución*. TransJus Working Papers Publication - Edición Especial (N. 1/2019, pp. 143-158).

---

**SUMARIO:** 1. Introducción; 2. Derecho comparado; 2.1 Legislación existente sobre el *cyberbullying* en los países latinoamericanos; 2.2 Legislación existente sobre el *cyberbullying* en los países anglosajones; 2.3 Legislación existente sobre el *cyberbullying* en los países europeos; 3. Normativa europea sobre el *cyberbullying*; 4. Legislación española sobre el *cyberbullying*; 4.1 Origen y evolución del delito de *cyberbullying* en la legislación española; 4.2 Regulación del *cyberbullying* en la legislación española; 4.3 Procedimiento a seguir en los casos de *cyberbullying*, 4.3.1 Procedimiento penal; 4.3.2 Procedimiento civil; 4.3.3 Procedimiento administrativo; 4.4 Legislación existente en España en materia de protección a las víctimas del delito de *cyberbullying*; 5. Estudio jurisprudencial sobre el acoso escolar y sus consecuencias; 6. Conclusiones

---

**RESUMEN:** En el presente estudio he tratado de dar una visión legal y jurisprudencial del tratamiento penal del *bullying* y del *cyberbullying*. Para ello, voy a hacer referencia, brevemente, al origen y la evolución del *cyberbullying* en los países de nuestro entorno, a la regulación penal actual y el tratamiento procesal penal, civil y administrativo del acoso escolar en nuestro Derecho, haciendo mención a la legislación existente en relación a las víctimas de estos delitos. Finalmente, describiré el tratamiento jurisprudencial de los delitos relacionados con el acoso escolar y sus consecuencias.

**PALABRAS CLAVE:** *Bullying, cyberbullying*, delitos, víctimas, procedimiento, jurisprudencia.

---

**RESUM:** En el present estudi he tractat de donar una visió legal i jurisprudencial del tractament penal del *bullying* i del *cyberbullying*. Per a això, faré referència, breument, a l'origen i l'evolució del *cyberbullying* als països del nostre entorn, a la regulació penal actual i al tractament processal penal, civil i administratiu de l'assetjament escolar en el nostre Dret, fent esment a la legislació existent en relació a les víctimes d'aquests delictes. Finalment, descriuré el tractament jurisprudencial dels delictes relacionats amb l'assetjament escolar i les seves conseqüències.

**PARAULES CLAU:** *Bullying, cyberbullying*, delictes, víctimes, procediment, jurisprudència.

---

**ABSTRACT:** In the present study I have tried to demonstrate a legal and jurisprudential overview of the criminal treatment on bullying and cyberbullying. For this task, I will briefly refer to the origin and evolution of cyberbullying in the countries around us, the current criminal regulation and the criminal, civil and administrative procedural treatment of school bullying in our Law, mentioning the remaining legislation concerning the victims of these crimes. Finally, it is my intention to describe the jurisprudential treatment of crimes regarding bullying and its consequences.

**KEY WORDS:** *Bullying, cyberbullying, crime, victims, process, jurisprudence.*

## 1. INTRODUCCIÓN

El *bullying* (palabra inglesa) es el equivalente de acoso escolar, también conocido como hostigamiento escolar o violencia escolar y se refiere a cualquier forma de maltrato psicológico, verbal o físico producido entre escolares de forma reiterada a lo largo de un tiempo determinado<sup>1</sup>. La persona que primeramente acuñó el nombre, fue KONRAD ZACHARIAS LORENZ<sup>2</sup>, y en el Congreso sobre Higiene y Seguridad en el Trabajo en el año 1990 celebrado en Hamburgo, donde participó el psicólogo HEINZ LEYMAN<sup>3</sup>, se definió el acoso en el ámbito laboral o *mobbing* como «situación en la que una persona ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente y durante un tiempo prolongado sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo». La UNICEF señala que, además, generalmente se dirige a las mismas personas<sup>6</sup>, es decir, el niño *bullie*, elige a una víctima a la que recurrentemente agrede<sup>4</sup>.

Desde el punto de vista de la legislación vigente y dentro del ámbito de protección de la norma, se pretende lograr un ambiente de paz y seguridad en los Centros educativos y en el entorno de los mismos, donde los menores puedan formarse y socializarse adecuadamente debe tornarse en meta irrenunciable, superando la resignada aceptación de la existencia de prácticas de acoso o matonismo entre nuestros menores<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> MENDOZA ESTRADA, M. T., *La Violencia en la Escuela: bullies y víctimas*, México D.F., Editorial Trillas 2011, p. 9.

<sup>2</sup> LORENZ, K., *Consideraciones sobre las conductas animal y humana* (trad. Sabrido, Ángel), 1ª edición, Barcelona, Plaza & Janés Editores, 1974, pp. 221 y ss. El autor dedica un capítulo entero al comportamiento de las ratas, animal que según él opera con los mismos comportamientos que el hombre, razón por la que sobreviven tan bien y son tan difíciles de erradicar. Este concepto fue introducido al lenguaje de la salud mental precisamente por el psiquiatra noruego DAN OLWENS, quien en 1981 propuso la promulgación de una ley contra el acoso en las escuelas para que los estudiantes pudieran evitar la humillación repetida, y los implicados en *bullying*. A mediados de la década de 1990, estos argumentos llevaron a la legislación contra el acoso por los Parlamentos de Suecia y Noruega. Más detalles: <http://queeselbullyingycomocombatirlo.blogspot.com/2014/05/que-es-el-bullying.html>.

<sup>3</sup> LEYMAN H., *Mobbing, la persécution au travail*, Paris, Seuil, 1986.

<sup>4</sup> UNICEF, SEP. (2009). *Informe Nacional sobre Violencia de Género en la educación básica en México*, 1ª edición, p. 98. Recuperado el 09/11/2018 de [www.unicef.org/lac/Estudio\\_violencia\\_genero\\_educacion\\_basica\\_Part1.pdf](http://www.unicef.org/lac/Estudio_violencia_genero_educacion_basica_Part1.pdf).

<sup>5</sup> Instrucción 10/2005 de 6 de octubre de la Fiscalía General del Estado.

## 2. DERECHO COMPARADO

En relación a la legislación existente en los países de nuestro entorno, voy a comenzar por hacer una relación de legislaciones existentes en los países iberoamericanos, países anglosajones y posteriormente en los países pertenecientes a la Unión Europea.

### 2.1. Legislación existente sobre el *cyberbullying* en los países latinoamericanos

En materia de *bullying*, encontramos en Latinoamérica, una regulación específica y garantista, debiéndonos referir a la legislación de Perú y Puerto Rico, así como algunas consideraciones en los casos de Chile y México<sup>6</sup>.

En Perú rige la Ley 29/19 que promueve “La Convivencia Sin Violencia” en las Instituciones Educativa, siendo lo más destacado los recogido en sus artículos 1 a 3 que establecen el objeto de la Ley, que no es otro que establecer los mecanismos para diagnosticar, prevenir, evitar, sancionar y erradicar la violencia, el hostigamiento, la intimidación y cualquier acto considerado como acoso entre los alumnos de las instituciones educativas.

En Puerto Rico la Ley núm. 49 de 29 de abril de 2008<sup>28</sup> establece la necesidad de promulgar Reglamentos que reconocerán el derecho de los estudiantes a su seguridad personal, libre de hostigamiento e intimidación (*‘bullying’*) y a estudiar en un ambiente sano preservando su intimidad y dignidad personal.

En relación a Chile, cabe destacar que la Ley Núm. 20.536 sobre Violencia Escolar, 29 busca promover la buena convivencia escolar y prevenir toda forma de violencia física o psicológica, agresiones u hostigamientos que se lleven a cabo dentro de establecimientos educacionales

En México DF, en diciembre de 2011 se aprobó la Ley para la Promoción de la Convivencia Libre de Violencia en el Entorno Escolar, con la cual se busca combatir el fenómeno del *bullying* en la capital del país (no aplica a todos los estados).

### 2.2. Legislación existente sobre el *cyberbullying* en los países anglosajones

En EE.UU. existen decenas de leyes, proyectos de ley, políticas y acuerdos para combatir el

---

<sup>6</sup> La Agencia Internacional de Noticias de Universidad Digital informa que “México, Colombia, Perú y Argentina son los países con más bullying dentro de América Latina”, UNIVERSITAM. (27/08/2016). “México, Colombia, Perú Y Argentina Son Los Países Con Más Bullying Dentro De América Latina”. Recuperado el 03/09/2018, de <https://universitam.com/noticiero-2/destacado/mexico-colombia-peru-y-argentina-son-los-paises-con-mas-bullying-dentro-de-america-latina/>.

acoso en ambientes escolares, según el Estado del país que se trate<sup>7</sup>.

En Canadá, recientemente (2017) se ha creado un Centro para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, donde se informa a las víctimas de los pasos legales a seguir y se alienta a denunciar los casos de *bullying* y *cyberbullying*<sup>8</sup>.

### 2.3. Legislación existente sobre el *cyberbullying* en los países europeos

En los países europeos no existe una legislación específica sobre el *cyberbullying* salvo en España, por lo que podemos decir que es pionera en esta materia, y tendremos ocasión de desarrollarla en los siguientes apartados.

## 3. NORMATIVA EUROPEA SOBRE EL CYBERBULLYING

En este apartado cabe destacar la Decisión nº 1351/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008<sup>9</sup>, por la que se establece un Programa Comunitario Plurianual sobre la Protección de los Niños en el uso de internet y de otras tecnologías de la comunicación, que establece, innovadoras premisas sobre el uso de Internet y de otras tecnologías de la comunicación, avisando de los riesgos para los niños y el abuso de estas tecnologías, poniendo de relieve que, con la evolución de la tecnología y de los comportamientos sociales, aparecen nuevos riesgos y abusos<sup>10</sup>. Mantiene que las acciones deberán estar encaminadas a impedir que los niños sean víctimas de amenazas, acoso y humillación a través de Internet o de las tecnologías digitales interactivas, incluidos los teléfonos móviles<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> VELASQUEZ, H. (2012). “Países con leyes de cyberbullying”. Recuperado el 02/11/2018, de [www.academia.edu/8143311/19\\_Pa%C3%ADses\\_con\\_leyes\\_de\\_Cyberbullying\\_-16\\_12\\_2012](http://www.academia.edu/8143311/19_Pa%C3%ADses_con_leyes_de_Cyberbullying_-16_12_2012).

<sup>8</sup> POLICÍA DE CANADÁ. (2017). Recuperado el 19/08/2018, de <http://www.rcmp-grc.gc.ca/cycp-cpcj/bull-inti/index-eng.htm>.

<sup>9</sup> Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 24 de diciembre de 2008.

<sup>10</sup> La Comunicación de la Comisión «i2010 establece una sociedad de la información europea para el crecimiento y el empleo» [COM(2005)0229], que desarrolla la estrategia de Lisboa, trata de garantizar la coherencia en las políticas de sociedad de la información y medios de comunicación de la Comisión a fin de reforzar la importante aportación de las tecnologías de la información y la comunicación al buen comportamiento de las economías de los Estados miembros. Uno de sus objetivos es la creación de un espacio único europeo de la información que ofrezca unas comunicaciones de banda ancha asequibles y seguras y unos servicios digitales y de contenidos ricos y diversos.

<sup>11</sup> La Decisión nº 276/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de enero de 1999, por la que se aprueba un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet y las nuevas tecnologías en línea mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos, principalmente en el ámbito de la protección de los niños y de los menores (el Plan de Acción *Safer*

#### 4. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA SOBRE EL CIBERBULLYING

En el presente apartado trataré el origen y evolución de la legislación existente en materia de *cyberbullying*, los distintos procedimientos que se pueden seguir y la legislación novedosa y actual que tenemos sobre la protección a las víctimas de estos delitos.

##### 4.1. Origen y evolución del delito de *cyberbullying* en la legislación española

Las disposiciones básicas desde las que abordar el tratamiento jurídico de este fenómeno, como establece la Instrucción 10/2005 de la Fiscalía General del Estado, las encontramos en la Convención de Derechos del Niño (CDN)<sup>12</sup>, en la Constitución y en la legislación educativa, además de en la Ley Orgánica de Responsabilidad Personal del Menor.

La Constitución declara como derechos fundamentales junto al derecho a la educación (artículo 27), el derecho a la integridad física y moral (artículo 15); el derecho a la libertad y a la seguridad (artículo 17) y el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24).

La educación ha de tener por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales (art. 27.2 CE) finalidad coherente con un sistema que pretende configurar la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, junto con el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás, como "fundamento del orden político y de la paz social" (art. 10.1 CE).

---

*Internet* 1998-2004) y la Decisión nº 854/2005/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, por la que se crea un programa comunitario plurianual para el fomento de un uso más seguro de Internet y las nuevas tecnologías en línea (el programa *Safer Internet plus* de 2005 a 2008) han aportado fondos comunitarios que, como demuestran las evaluaciones de los programas presentadas al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité de las Regiones [COM(2001)0690, COM(2003)0653 y COM(2006)0663], han conseguido fomentar diversas iniciativas y conferido un «valor añadido europeo».

<sup>12</sup> La CDN impone a los Estados partes las siguientes obligaciones: 1) se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada (art. 3.3); 2) adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo (art. 19.1); 3) adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención (28.2). Esa necesidad de especial protección del niño frente a toda clase de maltrato está latente en un amplio número de artículos de la CDN (artículos 2, 11, 16, 19, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38 y 39).

La STC nº 120/1990, de 27 de junio declara que la regla del art. 10.1 CE implica que, en cuanto valor espiritual y moral inherente a la persona, la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre.

Por su parte, la LO 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo establece como objetivo primero y fundamental de la educación, la de proporcionar a los niños y a las niñas, a los jóvenes de uno y otro sexo, una formación plena que les permita conformar su propia y esencial identidad, así como construir una concepción de la realidad que integre a la vez el conocimiento y la valoración ética y moral de la misma. Tal formación plena ha de ir dirigida al desarrollo de su capacidad para ejercer, de manera crítica y en una sociedad axiológicamente plural, la libertad, la tolerancia y la solidaridad.

Por último, el art. 13 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor impone la obligación a toda persona o autoridad de comunicar a la autoridad o sus agentes las situaciones de riesgo que puedan afectar a un menor. Añade la Instrucción 10/2015 de la Fiscalía general del Estado que se hace necesario prestarle el auxilio inmediato que precise. A estos efectos, una situación de acoso continuado no puede sino considerarse como situación de riesgo.

#### **4.2. Regulación del *cyberbullying* en la legislación española**

En primer lugar, decir que, el acoso escolar puede llegar a ser delito, en tanto que las conductas se encuentren tipificadas en el Código Penal. Un mismo acto de acoso puede llegar a ser constitutivo de varios delitos, como son los siguientes:

*Tabla 1. Delitos castigados en el *cyberbullying*. Fuente: “elaboración propia”.*

<b>DELITOS</b>	<b>PRECEPTO PENAL</b>
Homicidio doloso e imprudente y/o asesinato	Arts. 138, 139, 140 y 142
Inducción al suicidio	Arts. 143.1
Lesiones	Arts. 147 y ss.
Amenazas	Arts. 169 a 171
Coacciones	Arts 172
Injurias	Arts. 205 y 207

Calumnias	Arts 208 y 2010
Agresión y abuso sexual	Arts. 178 y ss
Acoso sexual o <i>grooming</i>	Art. 183 ter
Acoso no sexual o <i>stalking</i>	Art. 172. ter
Descubrimiento y revelación de secretos o <i>sexting</i>	Art. 197. 7
Delito leve de amenazas	Art. 171.7
Delito leve de coacciones	Art. 172. 3

En relación a la tipificación penal, cuando los hechos tengan la entidad suficiente, la conducta de acoso podrá calificarse conforme al tipo penal previsto en el art. 173.1, que castiga al que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral. Para la STS nº 819/2002, de 8 de mayo el delito del artículo 173 representa el tipo básico de las conductas incluidas dentro del Título VII del Libro II del Código Penal, requiriendo para su apreciación de la concurrencia de un elemento medial ("infligir a una persona un trato degradante")<sup>13</sup>, y un resultado ("menoscabando gravemente su integridad moral")<sup>14</sup>.

Estos delitos, también pueden ser cometidos en el ámbito del ciberespacio, que implica el uso de tecnologías de comunicación tales como internet, sitios de redes sociales, sitios web, mensajes de texto (tipo SMS, *WhatsApp* y mensajería instantánea).

En el ámbito actual, los delitos informáticos se deben esencialmente a la voluntad de expresar con tal conceptualización que, independientemente del medio técnico utilizado o del objeto sobre el que se perpetra, hoy los comportamientos criminales se pueden cometer también en

<sup>13</sup> Las SSTS nº 1218/2004, de 2 de noviembre, 819/2002, de 8 de mayo y 1122/1998, de 29 de septiembre, consideran que los tratos degradantes son "aquellos que pueden 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".

<sup>14</sup> La STS nº 489/2003, de 2 de abril declara que el art. 173 quedará reservado a aquellos hechos en los que la degradación tenga una cierta intensidad, cuya gravedad ya no sea posible recoger en la individualización de la pena del delito al que acompañan a través de las agravantes ordinarias. En este mismo sentido, STS nº 2101/2001, de 14 de noviembre.

otro ámbito de riesgo distinto al espacio físico, el ciberespacio, en el ámbito de las nuevas tecnologías de la información<sup>15</sup>.

Por último, resaltar que la LO 1/2015 ha introducido el nuevo delito de acoso en el art. 172. Ter CP, entendiendo como tal aquellas conductas que se realicen de forma insistente y reiterada por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y el sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete por ello a vigilancia, persecuciones u otros actos de hostigamiento. Se castiga con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses<sup>16</sup>.

Y que ha desaparecido de nuestro Código Penal las injurias y/o vejaciones de carácter leve entre particulares, manteniéndose solamente para el caso de que se trate de personas que estén referidas en el apartado 2º del artículo 173 del CP<sup>17</sup>.

#### **4.3. Procedimiento a seguir en los casos de *cyberbullying***

Podemos distinguir tres vías de acceso para sancionar a los autores y reparar a las víctimas en los supuestos de ilícitos relacionados con el *cyberbullying* o producidos como consecuencia del mismo. Destacamos la vía penal y más sucintamente, se recogen el procedimiento civil y la administrativa<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> MIRÓ LINARES, F., “La Ciberdelincuencia”, *Cuadernos Digitales de Formación*, n. 46, CGPJ, Madrid, 2016 p. 321.

<sup>16</sup> Este nuevo delito de acoso exige que la conducta del acosador se concrete en una de las siguientes: 1. Vigile, la persiga o busque su cercanía física. 2. Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas. 3. Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella. 4. Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

<sup>17</sup> El art. 173.2 del CP comprende a “.....quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”.

<sup>18</sup> ESTEBAN, P. (10/2/2016) *El acoso escolar o bullying: regulación legal y derechos de las víctimas*. Recuperado el 06/08/2018, de <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10857-el-acoso-escolar-o-bullying:-regulacion-legal-y-derechos-de-las-victimas/>.

#### 4.3.1. *Procedimiento penal*

Donde debemos distinguir si el acosador es menor o mayor de 18 años, o si es mayor o menor de 14 años:

Si el acoso proviene de un menor de 18 años pero mayor de 14 años se podrá exigir responsabilidad penal y civil conforme al CP, por el proceso penal de menores, regulado en la LO 5/2000, de responsabilidad penal de los menores (art.1)<sup>19</sup>. Las sanciones que pueden imponerse al menor infractor son: la libertad vigilada, trabajos en beneficio de la comunidad, realización de tareas socioeducativas y permanencia de fines de semana.

Si es menor de 14 años, y llega denuncia al Ministerio Fiscal, se procederá remitir testimonio de lo actuado a la dirección del centro donde se están produciendo los abusos para que dentro de sus atribuciones adopte las medidas procedentes para poner fin a los abusos denunciados y proteger al menor que los está sufriendo<sup>20</sup>.

Si el acosador es mayor de 18 años se podrá exigir responsabilidad penal y civil conforme al CP, por el proceso penal ordinario regulado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, variando la competencia dependiendo de la pena en abstracto que lleve aparejada el delito<sup>21</sup>.

#### 4.3.2. *Procedimiento civil*

La acción civil persigue la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios causados

---

<sup>19</sup> En el tratamiento de los menores responsables de infracciones penales relacionadas con el acoso escolar habrán de respetarse los principios generales del Derecho Penal y los especiales de Derecho Penal Juvenil. El principio de legalidad penal, de proporcionalidad en su faceta de imposibilidad de imponer medidas graves por hechos leves, la obligación de tener en cuenta las circunstancias del menor, la necesidad de reducir al mínimo las restricciones a la libertad del menor, principios asumidos tanto por las Reglas de Beijing como por la Recomendación Nº R (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa y por nuestra LORPM, deben en todo caso ser observados.

<sup>20</sup> *Decreto 15/2007, de 19 de abril, por el que se establece el marco regulador de la convivencia en los centros docentes de la Comunidad de Madrid.* El art. 7 del Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, por el que se establecen los derechos y deberes de los Alumnos y las normas de convivencia en los Centros dispone que los órganos de gobierno del centro, así como la Comisión de convivencia, adoptarán las medidas preventivas necesarias para garantizar los derechos de los alumnos y para impedir la comisión de hechos contrarios a las normas de convivencia del centro. Los Centros pueden adoptar son variadas y, en general, más eficaces que las que pueden adoptarse desde la jurisdicción de menores (incremento de vigilancia, reorganización de horarios del profesorado para atender a las necesidades de los alumnos afectados, intervención de mediadores, cambio de grupo etc.)

<sup>21</sup> Como premisa, en la Instrucción 10/2005, ya citada, se hace constar del aparentemente elemental o superficialmente obvio principio de que ningún acto vejatorio de acoso escolar debe ser socialmente tolerado y de que los mismos, una vez conocidos por el Fiscal, han de tener una respuesta adecuada desde el sistema de justicia juvenil.

pudiendo ser reclamada por culpa o negligencia basada en la existencia de una culpa *in vigilando* del profesor, del centro docente y de los padres del menor acosador<sup>22</sup>.

Por último, señalar que la responsabilidad civil derivada de un delito se puede reclamar conjuntamente en la vía penal o por separado como señala el artículo 109 del Código Penal.

#### 4.3.3. Procedimiento administrativo

La Administración, como titular de los centros educativos públicos, puede ser también responsable de los daños causados como consecuencia del acoso, y que, dado que está prestando un servicio público, se le puede exigir responsabilidad patrimonial por este resultado dañoso. No debemos olvidar que el propio Defensor del Pueblo en su informe sobre "violencia escolar: el maltrato entre iguales en la educación secundaria obligatoria" (Madrid, 2007)<sup>23</sup> consideraba que "la respuesta normal debe ser, además de la acción preventiva, la que se produce en sede de disciplina escolar".

#### 4.4. Legislación existente en España en materia de protección a las víctimas del delito de *cyberbullying*

No existe una regulación específica y de especial protección para las víctimas del *cyberbullying* pero si podemos encontrar una regulación general en el reciente Estatuto de las Víctimas.

En el Proyecto de Estatuto de las Víctimas aprobado recientemente el 27 de abril de 2015 se considera víctima a toda persona que sufra un perjuicio físico, moral o económico a consecuencia de un delito, y también a sus familiares. El objetivo es dar una respuesta jurídica y sobre todo social a través de un trato individualizado a todas las víctimas, que serán

---

<sup>22</sup> La reclamación se fundamenta, principalmente, en la existencia de una *culpa in vigilando* por parte de los responsables del centro docente, al no adoptar las medidas tendentes a evitar, paliar y erradicar esa situación de acoso escolar. Y así, el artículo 1903 del C.C establece "los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía. Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones. Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias. La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño

<sup>23</sup> DEFENSOR DEL PUEBLO. (2007). Violencia escolar: el maltrato entre iguales en la Educación Secundaria Obligatoria 1999-2006 / Defensor del Pueblo - Madrid. Recuperado el 09/11/18 de <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2007-01-Violencia-escolar-el-maltrato-entre-iguales-en-la-Educación-Secundaria-Obligatoria-1999>.

evaluadas para atender las circunstancias de su caso. Las medidas de protección específica se adoptan atendiendo al carácter de la persona, al delito y sus circunstancias, a la entidad del daño y su gravedad o a la vulnerabilidad de la víctima. Así, junto a las remisiones a la vigente normativa especial en la materia, se incluyen aquellas medidas concretas de protección para colectivos que carecen de legislación especial y, particularmente respecto de víctimas de acoso escolar, teniendo en cuenta que son menores<sup>24</sup>.

## **5. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL SOBRE EL ACOSO ESCOLAR Y SUS CONSECUENCIAS**

Por último, realizaré una relación de las sentencias más destacables sobre *cyberbullying* que han sido dictadas por los Tribunales de justicia españoles y sus consecuencias en relación a la responsabilidad civil derivada del delito.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de mayo de 2012, analiza el caso de un menor preadolescente, víctima de un acoso escolar reiterado en el tiempo. Se trata de una actuación grupal y cuenta con la pasividad del centro educativo con dejación de sus funciones por parte de los responsables del centro y su dirección para evitarlo. Entiende la Sala que hay un incumplimiento del deber de cuidado. Acreditado el daño, se invierte la carga de la prueba, "siendo esencial y fundamental la actuación activa del centro". En primera instancia se condena a la entidad "Congregación Hermanas del Amor de Dios a abonar a los padres (e representación del menor) la suma de 40.000 euros, más los intereses legales correspondientes desde la fecha de interposición de la demanda y al abono de las costas causadas en esta instancia. Se considera que existen daños morales y para su cuantificación se acude al Baremo de accidentes de circulación. La Sala estima parcial del recurso y rebaja de la condena atendiendo a los principios de prudencia y moderación.

En relación a las consecuencias producidas en las víctimas de acoso escolar, resulta conveniente recoger la doctrina de Tribunal Supremo, expresada en la sentencia de TS Sala 1.ª de fecha 22-2-2001 EDJ2001/2025 que señaló lo siguiente; "del daño moral existe ya un

---

<sup>24</sup> En el interrogatorio del menor víctima habrá de tenerse especial cuidado, pues si se realiza de forma insistente existe un riesgo cierto de bloqueo en los casos en los que el mismo sea reacio a comunicar lo que le está pasando. Los adolescentes son renuentes a comunicar a los adultos problemas cuya resolución entienden son de su incumbencia, por lo que la Instrucción 10/2005, recomienda a los Fiscales que tendrán que ser especialmente hábiles a la hora de tratar de abrir un canal de comunicación con los mismos.

campo de doctrina y jurisprudencia que lo integra por todas aquellas manifestaciones psicológicas que padece o sufre el perjudicado -o persona allegada al mismo por vínculos afectivos o parentales-, por el acaecimiento de una conducta ilícita, y que por su naturaleza u ontología, no son traducibles en la esfera económica... y puede en esa línea entenderse como daño moral en su integración negativa toda aquella detracción que sufre el perjudicado damnificado y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad que, por naturaleza, no cabe incluir, en los daños materiales porque éstos son aprehensibles por su propia caracterización y, por lo tanto, traducibles en su "quantum" económico, sin que sea preciso ejemplarizar el concepto; tampoco pueden entenderse dentro de la categoría de los daños corporales, porque éstos por su propio carácter, son perfectamente sensibles, y también, por una técnica de acoplamiento sociocultural, traducibles en lo económico..."<sup>25</sup>.

En materia de acoso escolar y en relación a la cuantificación de las indemnizaciones por los daños morales producidos a las víctimas, podemos destacar, la SAP Madrid, sec. 10.<sup>a</sup>, 18-12-2008, nº 737/2008, que mantiene que la cuantificación puede ser establecida por los Tribunales de Justicia teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes...". Se concluye que: "Ciertamente es difícil concretar en cuanto se puede calibrar el sufrimiento de un niño, ante una situación de este tipo, viéndose solo, humillado, atacado de manera continua y sin protección alguna por aquellos que deberían habérsela dispensado, en una edad preadolescente, los once años, en la que tan necesaria es para la formación de la propia estima, la seguridad que proporcionan las relaciones con los amigos y compañeros del colegio, y la tutela de aquellos que asumen la dirección de su formación, pues estos hechos se producen en un ámbito que escapan al cuidado de los padres, ajenos a lo que sucede con la vida de su hijo durante el tiempo que es confiado al Centro Escolar. Entiende la Sala que aun siendo difícil una concreción económica la suma peticionada como indemnización no es excesiva y cumple la función reparadora del daño causado, por lo que procede estimar la demanda en cuanto a la cantidad reclamada, reconociendo a los padres del menor, como sus

---

<sup>25</sup> Vid también la sentencia de la AP Álava, sec. 1.º de 27-5-2005, dictada en un supuesto similar, entendía comprendidos en este concepto de dolor moral de la víctima de un acoso escolar; "toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho ilícito...", considerando que "el problema del daño moral transitará hacia la realidad económica de la responsabilidad civil, por lo que habrá de ser, - en lo posible- objeto de la debida probanza, demostración o acreditación, por parte del perjudicado, aclarándose, ante la posible equivocidad derivada del anterior estudio, que si bien dentro del campo en que se subsume este daño moral, inicialmente, en la responsabilidad extracontractual, la carga de la prueba incumbe al dañador o causante del ilícito no se ha producido por un conducta responsable...".

representantes la suma de 30.000 € como indemnización por el daño moral causado a su hijo"<sup>26</sup>.

## 6. CONCLUSIONES

El acoso escolar ha sido objeto de especial protección no solo en España sino también en los países de nuestro entorno. Podemos ver que la preocupación existe y se trata de erradicar a través de varias vías, intentado que sea la vía penal la última *ratio*, aunque no siempre se consigue.

En el caso de que los autores de estas conductas sean menores de edad, la respuesta al acoso escolar desde la jurisdicción de menores debe pivotar sobre tres ejes: protección de la víctima con cesación inmediata del acoso, respuesta educativa-sancionadora al agresor, modulada según sus circunstancias psico-socio familiares y según la entidad de los hechos cometidos y, en su caso, reparación de daños y perjuicios.

Como hemos podido comprobar, no hay una vía de protección preferente, pero en el caso de que el delito se haya cometido utilizando medios tecnológicos, cobra un papel fundamental la cesación del medio utilizado para cometer el ilícito penal.

Por último, destacar que existe una legislación actual y completa de protección a las víctimas y de reparación del daño producido que ha sido objeto de trasposición en el Estatuto de las Víctimas y que da respuesta a una creciente demanda de protección. La legislación procesal, en la reforma operada en 2015 también se hizo eco de la demanda de protección, estableciendo pautas fundamentales en las declaraciones de los menores víctimas de estos delitos a fin de evitar “la victimización secundaria”.

---

<sup>26</sup> Vid también, Las sentencias de SAP Baleares, sea 4.<sup>a</sup>, 8-6-2011, n° 209/2011, rec. 304/2010, en que se estimó en parte el recurso de apelación del centro educativo reduciendo la indemnización concedida en la primera instancia de 8.000 € a 3.000 €. Mientras que en la SAP Jaén, sec. 2.<sup>a</sup>, 30-6-2010, n° 154/2010, rec. 95/2010, se confirmó la indemnización en: 11.185,62 euros, aplicando el baremo. En la SAP Barcelona, sec. 1.<sup>a</sup>, 27-1-2010, n° 28/2010, rec. 580/2008, se fijó la cuantificación del daño moral que los hechos considerados probados hayan podido causar al menor, ratificando la decisión de la instancia que fija la cantidad de 13.000 euros.

## REFERENCIAS

- DEFENSOR DEL PUEBLO. (2007). *Violencia escolar: el maltrato entre iguales en la Educación Secundaria Obligatoria 1999-2006* / Defensor del Pueblo - Madrid. Recuperado el 09/11/18 de <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2007-01-Violencia-escolar-el-maltrato-entre-iguales-en-la-Educación-Secundaria-Obligatoria-1999>.
- DE MIGUEL, E., “La asistencia respecto de las víctimas, coordinadas del Departamento de Justicia”, *Eguzkilore*, n. 1462, 1987.
- ESTEBAN, P. (10/2/2016) *El acoso escolar o bullying: regulación legal y derechos de las víctimas*. Recuperado el 06/08/2018, de <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10857-el-acoso-escolar-o-bullying:-regulacion-legal-y-derechos-de-las-victimas/>.
- FISCHER, H. A., *Los daños civiles y su reparación*, Madrid, Victoriano Suárez, 1928.
- GAMBOA MONTEJANO, C., VALDES ROBLEDO, S., *El bulling o Acoso Escolar, Congreso de los Diputados*, México, 2012.
- GALDEANO SANTAMARÍA, A.M., “Delitos contra la libertad sexual”, *Cuadernos Digitales de Formación*, n. 46, CGPJ, Madrid, 2016.
- GAROFALO, R., *Indemnización a las víctimas del delito*, Pamplona, Analecta, 2002.
- LEYMANN H., *Mobbing, la persécution au travail*, Paris, Seuil, 1986.
- MARTÍN BERISTAIN, C., *Violencia, apoyo a las víctimas y reconstrucción social: experiencias internacionales y el desafío Vasco*, Madrid, Fundamentos, 2004.
- LORENZ, K., *Consideraciones sobre las conductas animal y humana* (trad. Sabrido, Ángel), 1ª edición, Barcelona, Plaza & Janés Editores, 1974.
- MENDOZA ESTRADA, M. T., *La Violencia en la Escuela: bullies y víctimas*, México D.F., Editorial Trillas 2011
- MORENO MARTÍNEZ, J.A., (Dir.), *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el nuevo Milenio*, Madrid, Dykinson, 2000.
- MIRÓ LINARES, F., “La Ciberdelincuencia”, *Cuadernos Digitales de Formación*, n. 46, CGPJ, Madrid, 2016.
- POLICÍA DE CANADÁ. (2017). Recuperado el 19/08/2018, de <http://www.rcmp-grc.gc.ca/cycp-cpcj/bull-inti/index-eng.htm>.
- ROIG TORRES, M., *La reparación del daño causado por el delito (aspectos civiles y penales)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

RAMOS VÁZQUEZ, J.A., "El consentimiento del menor de dieciséis años como causa de exclusión de la responsabilidad por delitos sexuales", en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2015.

SANMARTÍN, J., RAINE. A., *Violencia y psicopatía*, Barcelona, Ariel, 2000.

UNICEF, SEP. (2009). *Informe Nacional sobre Violencia de Género en la educación básica en México*, 1ª edición, p. 98. Recuperado el 09/11/2018 de [www.unicef.org/lac/Estudio\\_violencia\\_genero\\_educacion\\_basica\\_Part1.pdf](http://www.unicef.org/lac/Estudio_violencia_genero_educacion_basica_Part1.pdf).

UNIVERSITAM. (27/08/2016). "México, Colombia, Perú Y Argentina Son Los Países Con Más Bullying Dentro De América Latina". Recuperado el 03/09/2018, de <https://universitam.com/noticiero-2/destacado/mexico-colombia-peru-y-argentina-son-los-paises-con-mas-bullying-dentro-de-america-latina/>.

VELASQUEZ, H. (2012). "Países con leyes de cyberbullying". Recuperado el 02/11/2018, de [www.academia.edu/8143311/19 Pa%C3%ADses con leyes de Cyberbullying - 16\\_12\\_2012](http://www.academia.edu/8143311/19_Pa%C3%ADses_con_leyes_de_Cyberbullying_-_16_12_2012).

## EL REGISTRO DE DISPOSITIVOS DE ALMACENAMIENTO MASIVO

ROCÍO GUTIÉRREZ GALLARDO

**TRANSJUS**  
WPPublications

Como citar:

Gutiérrez Gallardo, R. (2019). “El registro de dispositivos de almacenamiento masivo”. En *Nuevas formas de criminalidad y su persecución*. TransJus Working Papers Publication - Edición Especial (N. 1/2019, pp. 159-171).

---

**SUMARIO:** 1. Introducción; 2. Incautación y acceso a dispositivos con motivo de un registro domiciliario; 3. Necesidad de autorización judicial; 4. Casos excepcionales; 4.1 Intervención policial urgente; 4.2 Consentimiento del investigado; 5. Volcado de la información obtenida; 6. Conclusión

---

**RESUMEN:** La enorme y variada información que almacenamos en nuestros dispositivos electrónicos ha motivado que el Tribunal Constitucional afirme que dicho contenido está dentro del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido frente a terceros por cuanto atañen, en definitiva, a la misma peculiaridad o individualidad de la persona, (STC 173/2017). La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) operada por LO 13/2015 de 5 de octubre, ha abordado la regulación de distintos medios de investigación tecnológica, entre ellos, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo, al que dedica el Capítulo VIII del Título VIII del Libro II, dando así respuesta a la falta de regulación concreta de este tipo de investigaciones, que venía produciéndose. En esta comunicación se analizarán los aspectos procesales de la diligencia de registro de dispositivos de almacenamiento masivo. Se abordarán entre otras cuestiones, qué razones justifican la exigencia de la previa autorización judicial y cómo debe realizarse el volcado de la información interceptada. Cuestiones que, por otro lado, han supuesto la incorporación al texto legal de la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.

**PALABRAS CLAVE:** dispositivos, almacenamiento, registro, volcado.

---

**RESUM:** L'enorme i variada informació que emmagatzemem en els nostres dispositius electrònics ha motivat que el Tribunal Constitucional afirmi que aquest contingut està dins de l'àmbit de la intimitat constitucionalment protegit enfront de tercers puix que concerneixen, en definitiva, a la mateixa peculiaritat o individualitat de la persona, (\*STC 173/2017). La reforma de la Llei d'Enjudiciament Criminal (\*LECrim) operada per la LO 13/2015 de 5 d'octubre, ha abordat la regulació de diferents mitjans de recerca tecnològica, entre ells, el registre de dispositius d'emmagatzematge massiu, al qual dedica el Capítol VIII del Títol VIII del Llibre II, donant així resposta a la falta de regulació concreta d'aquest tipus de recerques, que venia produint-se.

En aquesta comunicació s'analitzaran els aspectes processals de la diligència de registre de dispositius d'emmagatzematge massiu. S'abordaran entre altres qüestions, quines raons justifiquen l'exigència de la prèvia autorització judicial i com ha de realitzar-se el bolcat de la informació interceptada. Qüestions que, d'altra banda, han suposat la incorporació al text legal de la doctrina elaborada pel Tribunal Suprem i el Tribunal Constitucional.

**PARAULES CLAU:** dispositius, emmagatzematge, registre, bolcat.

---

**ABSTRACT:** The enormous and varied information that we store in our electronic devices has motivated the Constitutional Court (STC 173/2017) to affirm that this content is within the scope of privacy constitutionally protected, as it concerns, ultimately, the very peculiarity or individuality of the person. The reform of the LECrim operated by LO 13/2015 of October 5<sup>th</sup>, has addressed the regulation of different means of technological research, including the registration of mass storage devices, to which is dedicated Chapter VIII of Title VIII, Book II, responding thus to the lack of specific regulation of this type of research, which had been taking place.

This communication will analyze the procedural aspects of the registration procedure of mass storage devices. It will be addressed among other issues, what reasons justify the requirement of prior judicial authorization and how to dump intercepted information. Issues that, on the other hand, have supposed involved the incorporation into the legal text of the doctrine developed by the Supreme Court and the Constitutional Court.

**KEYWORDS:** devices, storage, registration, data-dumps.

## 1. INTRODUCCIÓN

En casi todos los domicilios de este país encontraremos, además de un ordenador portátil por cada miembro de la familia, varios móviles, alguna tableta y numerosos pendrives, dado que el uso de las nuevas tecnologías para la comunicación es algo generalizado en los países desarrollados. La capacidad de almacenamiento de estos dispositivos informáticos es prácticamente ilimitada y de su examen puede configurarse “un perfil altamente descriptivo de la personalidad de su titular, que es preciso proteger frente a la intromisión de terceros o de poderes públicos, por cuanto atañen, en definitiva, a la misma peculiaridad o individualidad de la persona.” (STC 173/2017).

Antes de la reforma operada por la LO 13/2015 de 5 de octubre, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím) no disponía de un apartado específico que regulara las concretas medidas de investigación necesarias para el esclarecimiento de los delitos cibernéticos. La STC 145/2014 de 22 de septiembre de 2014 estimó parcialmente el recurso de amparo interpuesto por falta de garantías constitucionales y declaró ilegales por falta de la debida autorización judicial, las escuchas a unos detenidos practicadas en sus calabozos, pese a contar con autorización judicial para la instalación de artificios técnicos de escucha, grabación de sonido e imagen, “ pues el art. 579.2 LECrím, que regulaba las intervenciones telefónicas y sobre el que se venía apoyando la asentada jurisprudencia dictada en ésta materia mediante su adaptación a la nuevas formas de comunicación nacidas al abrigo del desarrollo tecnológico, no habilita la intervención de otras comunicaciones diferentes a las telefónicas”. Esta sentencia evidenció la necesidad de reformar la LECrím para incluir una regulación específica de las concretas medidas de investigación de los delitos cibernéticos, como queda patente en el Preámbulo de la LO 13/2015, apartado IV, destinando el Legislador el capítulo VIII del Título VIII al registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, arts. 588 sexies a,b y c. La terminología utilizada por el legislador en la nueva regulación es tan amplia, que en ella encuentra cabida cualquier tipo de dispositivo electrónico con capacidad para guardar información, aun cuando sea de modo temporal y de forma secundaria a las funciones que constituyen su objetivo principal, como pendrives, USB, tabletas, móviles, dispositivos GPS, etc.

## 2. INCAUTACIÓN Y ACCESO A DISPOSITIVOS CON MOTIVO DE UN REGISTRO DOMICILIARIO

La nueva normativa regula diferentes modalidades de registro de dispositivos: el acceso a datos contenidos en dispositivos aprehendidos, diferenciando si la aprehensión tiene lugar con motivo de un registro domiciliario o si se produce fuera del domicilio del investigado; el acceso a la información desde el dispositivo incautado y el acceso a datos mediante el uso de sistemas de registro remoto. En la presente comunicación nos centraremos en la aprehensión y acceso a los dispositivos con ocasión del registro del domicilio del investigado. La autorización judicial de entrada y registro a un determinado domicilio habilita a la policía judicial al registro de todas sus dependencias, pero no permite el acceso al contenido del dispositivo digital encontrado en su interior, contrariamente a lo que se venía haciendo antes de la reforma, tal y como dispone el art. 588 sexies a.2, LECrim, ya que la información contenida en esos dispositivos afecta en todo caso al derecho fundamental a la intimidad regulado en el artículo 18.1 CE. Es por esto que, necesariamente, necesitará de autorización judicial que permita la injerencia y así viene recogido en la nueva regulación (art. 588 sexies b), sin perjuicio de la actuación de la Policía Judicial en los supuestos de urgencia, que trataremos posteriormente. Por tanto, la policía necesariamente deberá disponer de un auto que le habilite para practicar la entrada y registro del domicilio del investigado y, además una segunda habilitación judicial expresa, para la aprehensión y registro del contenido de los dispositivos de almacenamiento masivo que se incauten y que podrá obtenerse en dos momentos diferentes:

1. Con carácter previo a la entrada y registro, de tal manera que el auto habilitante de dicha entrada también autorice de forma expresa el registro de los dispositivos, recogiendo en su fundamentación las razones que justifiquen éste (art. 588 sexies a.1 LECrim).
2. Tras la práctica de la diligencia de entrada y registro domiciliario, si en la misma son incautados dispositivos electrónicos y el acceso a su contenido resulta necesario para la investigación de los hechos (art. 588 sexies a.2 LECrim). Todo ello sin perjuicio de que si durante la diligencia se encuentran los denominados «hallazgos casuales», lo que requerirá una nueva autorización judicial específica<sup>1</sup> (arts. 588 bis i y 579 bis LECrim.).

---

<sup>1</sup> SÁNCHEZ NÚÑEZ, T. “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el uso de las nuevas tecnologías en la investigación penal”, *Cuadernos de Derecho Judicial - Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia*, n. 2, 2007, p. 271.

De conformidad al art. 588 sexies c.2 LECrim., se evitará la incautación de los soportes físicos que contengan los datos o archivos informáticos, cuando ello pueda causar un grave perjuicio a su titular o propietario y sea posible la obtención de una copia de ellos en condiciones que garanticen la autenticidad e integridad de los datos, por lo que se entiende que también es posible la incautación provisional del dispositivo, cuando no pueda realizarse el copiado o volcado de sus datos (con garantía de autenticidad e integridad); pero posteriormente se procederá a su devolución tras la práctica de dicho volcado en condiciones adecuadas. Por tanto, no bastará con la motivación genérica de la resolución judicial que habilite el registro domiciliario, apoyándose en los indicios racionales que fundamentan tal intromisión, sino que será precisa una motivación individualizada referida al acceso a la información almacenada en los dispositivos que puedan ser hallados con motivo u ocasión del registro domiciliario. Si de la información y datos técnicos obtenidos por la policía en el curso de la investigación, que son aportados en la solicitud dirigida a la Autoridad Judicial, se desprende la necesidad de acceder a datos contenidos en los dispositivos relacionados en el artículo 588 sexies a, la motivación y autorización judicial de entrada y registro deberá hacerse extensiva a la posibilidad de que la fuerza actuante lleve a efecto el análisis *in situ*.<sup>2</sup> Resulta muy ilustrativa la reflexión efectuada en la STS n. 864/2015 de 10 de diciembre, en relación con este aspecto, al afirmar que la reforma lleva a cabo una regulación rupturista, que pretende abandonar prácticas en las que la autorización judicial para la entrada en el domicilio del investigado amparaba cualquier otro acto de injerencia. El legislador pretende que el Juez de instrucción exteriorice de forma fiscalizable las razones que justifican la intromisión en cada uno de los distintos espacios de exclusión que el ciudadano define frente a terceros<sup>3</sup>.

### 3. NECESIDAD DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL

En un dispositivo electrónico se contienen datos de carácter personal del usuario (derecho a la autodeterminación informativa del art. 18.4 CE), informaciones directamente relacionadas con su intimidad (derecho a la intimidad del art. 18.1 CE), e incluso multitud de datos de procesos de comunicación (derecho al secreto de comunicaciones del art. 18.3 CE). El

---

<sup>2</sup> MARTÍN MARTÍN DE LA ESCALERA, A.Mª. (2016). El registro de dispositivos de almacenamiento masivo de la información. Recuperado el 02/03/2018, de:

[https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Ponencia%20Mart%C3%ADn%20Mart%C3%ADn%20de%20la%20Escalera,%20Ana%20M%C2%AA.pdf?idFile=bf66c357-e4d4-4701-8a4d-83d6c103ebe5](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Mart%C3%ADn%20Mart%C3%ADn%20de%20la%20Escalera,%20Ana%20M%C2%AA.pdf?idFile=bf66c357-e4d4-4701-8a4d-83d6c103ebe5).

<sup>3</sup> *Ibid.*

Tribunal Supremo se ha referido a la intromisión en el espacio virtual del titular del dispositivo (STS 786/2015, de 4 de diciembre), explicando que «más allá del tratamiento constitucional fragmentado de todos y cada uno de los derechos que convergen en el momento del sacrificio, existe un derecho al propio entorno virtual. En él se integraría, sin perder su genuina sustantividad como manifestación de derechos constitucionales de *nomen iuris* propio, toda la información en formato electrónico que, a través del uso de las nuevas tecnologías, ya sea de forma consciente o inconsciente, con voluntariedad o sin ella, va generando el usuario, hasta el punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos. Surge entonces la necesidad de dispensar una protección jurisdiccional frente a la necesidad del Estado de invadir, en las tareas de investigación y castigo de los delitos, ese entorno digital» (STS 342/2013, de 17 de abril). La reciente STS n. 204/2016 de 10 de marzo pone de relieve que, por lo que se refiere al registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, el nuevo capítulo VIII del Título VIII de la LECrim establece una regulación específica presidida por el principio de la necesidad de autorización judicial. El sacrificio de los derechos de los que es titular el usuario del ordenador ha de hacerse sin perder de vista la multifuncionalidad de los datos que se almacenan en aquel dispositivo. El Estado puede tener acceso al entorno virtual de una persona, con injerencia en sus derechos fundamentales, siempre que concurren tres requisitos legalidad, legitimidad y necesidad. Como reiteradamente ha venido proclamando el TC, la resolución judicial ha de expresar por sí misma todos los elementos necesarios para considerar fundamentada la medida limitativa del derecho fundamental. No obstante, ha de resaltarse, por la incidencia que tiene en el tema objeto de estudio, la referencia expresa en el art. 588 bis a.5 al ámbito tecnológico de producción del delito como uno de los criterios a tener en cuenta para valorar la concurrencia del interés público al efectuar la ponderación de los intereses en conflicto que permitan reputar la medida proporcionada. En esta línea el TS ha puesto de relieve en diversas resoluciones que en la valoración de la proporcionalidad de la medida de incautación y examen de los dispositivos informáticos ha de tomarse en consideración la especial naturaleza de los delitos tecnológicos afirmando al respecto que cuando las infracciones son cometidas mediante la utilización de equipos informáticos la diligencia tendente a su ocupación y examen de su contenido ha de estimarse proporcionada, no tanto en función de la pena eventualmente aplicable como de la propia naturaleza del hecho investigado, su dinámica

comisiva y las inevitables necesidades para su ulterior probanza ( STS n. 811/2015 de 24 de noviembre y n. 811/2015 de 9 de diciembre).<sup>4</sup>

#### 4. CASOS EXCEPCIONALES

##### 4.1 Intervención policial urgente

De conformidad con el nuevo art. 588 sexies c.4 de la LECrim. la Policía Judicial podrá llevar a cabo el examen directo de los datos contenidos en el dispositivo incautado, comunicándolo inmediatamente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de 24 horas, por escrito motivado al juez competente, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. Los presupuestos para la aplicación de este supuesto extraordinario son tres:

1. La urgencia en el acceso a los datos. La STC 115/2013 de 9 de mayo entendió que la intervención resultó urgente por la necesidad de averiguar la identidad de alguna de las personas que huyeron al ser sorprendidas *in fraganti* custodiando un alijo de droga, para proceder a su detención de tal manera que no se sustrajeran definitivamente a la acción de la justicia.

2. La necesidad de obtener la información. El registro ha de resultar estrictamente necesario para la finalidad de la investigación, esto es, que el mismo fin no pueda lograrse por otro medio menos gravosos para el afectado.<sup>5</sup>

3. La proporcionalidad en la actuación. La reciente STS 786/2015 de 4 de diciembre se refiere a un supuesto de urgente intervención policial en relación con imágenes de agresiones sexuales a niñas de cinco y ocho años de edad, razonando que «la simple posibilidad de que esas imágenes pudieran llegar a convertirse, de una u otra forma, en contenidos difundibles en la red, intensificando de forma irreparable el daño ocasionado a las dos menores, era un riesgo que había de ser ponderado en el momento del juicio de necesidad y proporcionalidad».

La doctrina del Tribunal Constitucional viene sosteniendo que la valoración de la urgencia y necesidad de la intervención policial, careciendo de previa autorización, así como la valoración del respeto al principio de proporcionalidad, deberá realizarse *ex ante*, y será

---

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> PEDRAZ PENALVA, E., ORTEGA BENITO, V., “El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemana”, *Poder Judicial*, n. 17, 1990, p. 17.

susceptible de control judicial *ex post*, por lo que el juez instructor tendrá un plazo máximo de 72 horas, tras la comunicación por parte de los agentes de la policía para, mediante auto debidamente motivado, revocar o confirmar la medida, siendo la consecuencia procesal de la revocación de la medida la ilicitud de la prueba en su caso obtenida, por haberlo sido con vulneración de derechos fundamentales.

#### **4.2 Consentimiento del investigado**

El valor del consentimiento, cuando supone intromisión en la intimidad, ha sido examinado en diversas resoluciones del TS. Recientemente la STS n. 786/15 de 4 de diciembre se refiere a ello al analizar un supuesto en el que la acusada consintió el acceso a su ordenador entregando a la fuerza actuante los equipos informáticos y facilitando las claves de acceso a los mismos. La Sala recuerda la doctrina del TC en relación con el valor del consentimiento, conforme a la cual el consentimiento eficaz del sujeto particular permite la intromisión en su derecho a la intimidad, ya que corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que queda fuera del conocimiento de los demás, pudiendo revocar el consentimiento en cualquier momento. Tal consentimiento, que puede ser expreso o tácito, cuando se deriva de la realización de actos concluyentes que revelen la voluntad del titular del derecho, no impide sin embargo que se pueda entender vulnerado el derecho a la intimidad cuando se subviertan los términos y alcance para el que se otorgó (SSTC 83/2002, de 22 de abril ; 196/2006, de 3 de julio, 70/2009 de 23 de marzo, 159/2009, de 29 de junio, 173/2011, 7 de noviembre...etc.)<sup>6</sup>. El consentimiento para la realización de la diligencia puede afectar, indudablemente, al derecho de defensa, por lo que el detenido ha de estar asesorado sobre el contenido y alcance del acto de naturaleza procesal que realiza<sup>7</sup>. Por tanto, si el titular está detenido su consentimiento no será válido en caso de carecer al concederlo de asistencia letrada<sup>8</sup>. Si la asistencia de abogado es necesaria para que el detenido preste declaración, también es necesaria para asesorarle, si se encuentra en la misma situación a la hora de prestar dicho consentimiento, justificándose esta doctrina en que no puede considerarse plenamente libre el consentimiento así prestado en atención a lo que ha venido denominándose “la intimidación ambiental” o “la coacción que la presencia de los agentes de la actividad

---

<sup>6</sup> MARTÍN MARTÍN DE LA ESCALERA, A.M<sup>a</sup>. El registro de dispositivos de almacenamiento masivo de la información. *Op. Cit.*

<sup>7</sup> SSTS, Sala 2<sup>a</sup>, de 10/03/2014 (ROJ: STS 1402/2014)

<sup>8</sup> SSTS, Sala 2<sup>a</sup>, de 03/04/2001 (ROJ: STS 2769/2001)

representan”<sup>9</sup>. Pero existiendo autorización judicial no es preceptiva la presencia de abogado en el momento del registro del dispositivo, sin que se produzca indefensión alguna cuando se ha practicado dándose cumplimiento a los requisitos que de orden constitucional y de legislación ordinaria vienen establecidos<sup>10</sup>. También la STS n. 864/2015 de 10 de diciembre mantiene la validez del consentimiento prestado por el acusado que contó en todo momento con asistencia letrada, tanto para la entrada y registro en su domicilio, como para recoger el material informático o de otro tipo que en el domicilio pudiera existir, afirmando que no existe en este caso vulneración del derecho a la intimidad, puesto que resulta incuestionable que la autorización para recoger conlleva el análisis del contenido que en dicho material informático se encuentre.

## 5. EL VOLCADO DE LA INFORMACIÓN OBTENIDA

La LECrim establece que el Juez «podrá autorizar la realización de copias de los datos informáticos». La resolución judicial habrá de concretar, si se autoriza la realización de un clonado o volcado, que consiste en la realización de una “copia espejo” o bit a bit de la información original, o bien la realización de una copia lógica, es decir, una copia selectiva de ciertas carpetas o ficheros en el mismo lugar en el que se encuentra el dispositivo o en una diligencia posterior, y se realiza mediante una herramienta de hardware, de tal forma que se lleva a cabo una copia física del contenido del dispositivo. Técnicamente la autenticidad de la copia objeto de volcado se consigue contrastando el resumen digital recogido sobre la prueba original, basado en algoritmos *hash*, con el de la copia sobre la que se va a emitir la pericia. El Juez habrá de fijar también las condiciones necesarias para asegurar la integridad de los datos y las garantías de su preservación para hacer posible, en su caso, la práctica de un dictamen pericial. (588 sexies c.1, último inciso). Afirma JOAQUIN DELGADO MARTÍN<sup>11</sup> que uno de los mayores problemas que plantea la evidencia electrónica es precisamente el relacionado con la cadena de custodia. Ciertamente, tratándose de evidencias electrónicas, más fácilmente destruibles, alterables o manipulables –aun de forma involuntaria- resulta absolutamente necesario garantizar que los datos o contenidos que, como evidencias electrónicas, van a ser sometidos al órgano de enjuiciamiento, se corresponden exactamente con los que se

<sup>9</sup> SSTS, Sala 2ª, de 17/03/2016 (ROJ: STS 1187/2016)

<sup>10</sup> SSTS, Sala 2ª, de 26/04/2012, (ROJ: STS 3027/2012)

<sup>11</sup> DELGADO MARTÍN, J., “Investigación del entorno virtual: el registro de dispositivos digitales tras la reforma por LO 13/2015”, *Diario la Ley*, n. 8693, 2016.

encontraban almacenados en los dispositivos incautados. Por esta razón el tratamiento y análisis de tales contenidos no se efectúa sobre el soporte original sino sobre la copia. De tal forma que, una vez se haya efectuado la copia o clonado, normalmente en presencia del Letrado de la Administración de Justicia<sup>12</sup>, el original habrá de ser precintado y quedar a disposición del Juzgado, garantizando de esta forma la cadena de custodia de la prueba y la posibilidad de que, ante cualquier duda que pueda plantearse en el proceso sobre alteración de la prueba, pueda solventarse contrastando la copia sobre la cual se ha trabajado con el original custodiado en el Juzgado. La nueva regulación guarda silencio sobre la necesidad o no de que las operaciones de volcado se lleven a cabo ante fedatario público<sup>13</sup>, existiendo numerosas SSTs<sup>14</sup> que no la consideran necesaria porque “ninguna garantía podría añadirse con la presencia del Secretario Judicial al que no se le puede exigir que permanezca inmovilizado durante la extracción y ordenación de los datos, identificando su origen y procedencia”<sup>15</sup>. Recientemente el TS<sup>16</sup> se ha vuelto a pronunciar sobre este particular, exponiendo que la presencia de este fedatario en el volcado de datos no actúa como presupuesto de validez, por cuanto lo decisivo es despejar cualquier duda sobre la integridad de los datos que contenía, garantizar la correlación entre la información aprehendida en el acto de intervención del dispositivo y la que se obtiene en la diligencia de acceso al aparato. La incorporación de los soportes informáticos debe hacerse en condiciones que preserven su identidad plena y la integridad del contenido de lo intervenido<sup>17</sup>, pues “aunque no hay duda de que el Secretario Judicial es una instancia formal de garantía, la jurisprudencia aconseja no sobrevalorar su mediación, por su propia condición de profano en materia de conocimientos informáticos”. El volcado practicado sin su presencia dejaría de considerarse, en su caso, como una prueba preconstituida, pero podría llevarse al juicio oral por otras vías, especialmente mediante la declaración de los agentes que realizaron el volcado, que será valorada por el tribunal de enjuiciamiento<sup>18</sup>. Es incuestionable la presencia del interesado en la práctica del volcado

---

<sup>12</sup> MARTÍN MARTÍN DE LA ESCALERA, A.Mª. El registro de dispositivos de almacenamiento masivo de la información. *Op. Cit.*

<sup>13</sup> MARCHENA GÓMEZ, M., GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Madrid, Castillo de Luna, 2015, p. 375.

<sup>14</sup> SSTs, Sala 2ª, de 22/05/2009 (ROJ: STS 3057/2009)

<sup>15</sup> STS, Sala 2ª, de 15/11/1999 (ROJ: STS 7208/1999)

<sup>16</sup> STS, Sala 2ª, de 14/04/2015 (ROJ: STS 1922/2015)

<sup>17</sup> STC 170/2003, Sala 1ª, de 29/09/2003 (BOE núm. 254 de 23/10/2003)

<sup>18</sup> FERNÁNDEZ GALLARDO, J.A., “Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información”, *Dereito*, vol. 2, n. 25, 2016, pp. 25-58.

cuando sea practicado en unidad de acto con la diligencia de entrada y registro, por cuanto su intervención en el registro es una exigencia prevista en el art. 569 LECrim, que solo puede excluirse cuando no resulte posible hacer efectiva su asistencia<sup>19</sup>, así como cuando se proceda a una copia selectiva de archivos, al no limitarse la diligencia a efectuar un mero proceso técnico de clonación sino a una selección de información susceptible de contradicción. No obstante, resulta controvertido si el interesado deberá estar presente cuando se practique el volcado fuera del marco de un registro domiciliario<sup>20</sup>. Tras la reforma, la LECrim contempla como supuestos distintos la detención y apertura de correspondencia y el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, sometiendo este último a un régimen que no incluye la presencia del investigado ni de su abogado en su apertura. El régimen de apertura y examen establecido en los arts. 579 y ss. de la LECrim se funda en que se trata de correspondencia postal o telegráfica, que ha de tener la característica de privada, que físicamente se encuentra dentro de un sobre o similar, y que va a ser examinada por el Juez a fin de tomar conocimiento de lo que interese para la causa, apartando lo demás. En el caso de la información contenida en un dispositivo de almacenamiento masivo, la aprehensión de su contenido es meramente funcional, y no se lleva a cabo una selección, sino que se realiza una copia íntegra a fin de realizar una pericia sobre ese contenido<sup>21</sup>. La presencia del investigado en la diligencia de volcado, en cuanto que no se toma ni aparta nada, sino que consiste meramente en la realización de la copia, no se justifica en dotar de mayor garantía a la operación de volcado<sup>22</sup>.

## 6. CONCLUSIÓN

La reforma de la LECrim operada por LO 13/2015, ha conseguido dar solución a la falta de regulación específica que veníamos padeciendo, respecto de las diligencias para la investigación de delitos cometidos al amparo de las nuevas tecnologías. Con la redacción del nuevo art. 588 sexies a, estamos, por tanto, ante una nueva regulación rupturista, que pretende abandonar malas prácticas del pasado, en las que la autorización judicial para la entrada en el domicilio del investigado amparaba cualquier otro acto de injerencia. Tras la nueva

---

<sup>19</sup> SSTS, Sala 2ª, de 08/07/2016 (ROJ: STS 3789/2016)

<sup>20</sup> FERNÁNDEZ GALLARDO, J.A. “Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información”, *Op. Cit.*

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> SAP Madrid, Sec. 17ª, de 21/05/2015 (SAP M 6740/2015)

regulación, el juez de instrucción deberá motivar de la misma forma, tanto el auto habilitante para la injerencia del derecho a la inviolabilidad del domicilio del investigado, como el que habilite a los agentes de la policía judicial a la intromisión del derecho a lo que se ha bautizado por la jurisprudencia como, derecho a la protección del propio entorno virtual, dejando de ser válido el uso del auto de entrada y registro *per se* para poder acceder al contenido de los dispositivos de almacenamiento masivo que se encuentren en el domicilio registrado, reforzando el Legislador con esta reforma, la protección de los derechos individuales de los ciudadanos.

## REFERENCIAS

DELGADO MARTÍN, J., “Investigación del entorno virtual: el registro de dispositivos digitales tras la reforma por LO 13/2015”, *Diario la Ley*, n. 8693, 2016.

FERNÁNDEZ GALLARDO, J.A. “Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información”, *Dereito*, vol. 2, n. 25, 2016, pp.25-58.

MARCHENA GÓMEZ, M., GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Madrid, Castillo de Luna, 2015.

PEDRAZ PENALVA, E., ORTEGA BENITO, V., “El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemana”, *Poder Judicial*, n. 17, 1990.

SÁNCHEZ NÚÑEZ, T., “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el uso de las nuevas tecnologías en la investigación penal”, *Cuadernos de Derecho Judicial - Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia*, n. 2, 2007.

MARTÍN MARTÍN DE LA ESCALERA, A.M<sup>a</sup>. (2016). El registro de dispositivos de almacenamiento masivo de la información. Recuperado el 02/03/2018, de: [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Ponencia%20Mart%C3%ADn%20de%20la%20Escalera,%20Ana%20M%C2%AA.pdf?idFile=bf66c357-e4d4-4701-8a4d-83d6c103ebe5](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Mart%C3%ADn%20de%20la%20Escalera,%20Ana%20M%C2%AA.pdf?idFile=bf66c357-e4d4-4701-8a4d-83d6c103ebe5).



## DELITOS CONTRA EL HONOR A TRAVÉS DE LA RED

SANTIAGO JAVIER GRANADO PACHÓN

**TRANSJUS**  
WPPublications

Como citar:

Granado Pachón, S.J. (2019). “Delitos contra el honor a través de la red”. En *Nuevas formas de criminalidad y su persecución*. TransJus Working Papers Publication - Edición Especial (N. 1/2019, pp. 173-182).

---

**SUMARIO:** 1. La atribución de la responsabilidad penal por los contenidos introducidos en la red o en la obra multimedia; 1.1 Delitos contra el honor a través de las nuevas tecnologías; 2. La investigación tecnológica de los delitos contra el honor a través de internet; 2.1. La consideración de delincuencia grave de los delitos contra el honor; 2.2. Consideraciones acerca del acceso a los datos conservados por el prestador de servicios para la investigación de delitos contra el honor

---

**RESUMEN:** La sociedad de la tecnología ha generado nuevas formas de la delincuencia y también ha hecho mutar otras que ya existían. En este contexto, ocurre que, en la delincuencia relacionada con el honor, los autores utilizan como soportes de difusión cauces idóneos para dotar de mayor intensidad la lesión pretendida, a través de la red, usando servicios como *Facebook*, grupos de chats o de *WhatsApp* que también se entrecruzan ineludiblemente con el blindaje del derecho a intimidad y que genera un controvertido debate acerca de la investigación de delitos de esta naturaleza y su extensión de responsabilidad. La era tecnológica permite que las relaciones humanas tengan lugar con mayor frecuencia de un modo virtual, siendo Internet un medio adecuado para la comisión de estos delitos gracias al anonimato que proporciona; y cuya penalidad puede que no sea grave atendiendo su marco punitivo, pero para una investigación eficaz se hace necesaria la averiguación de los datos conservados por el prestador de servicios. De ahí, la importancia de una hermenéutica favorable a la consideración de delincuencia de grave de estos delitos, en aras de una investigación eficaz y sin trabas, con arreglo a la ley.

**PALABRAS CLAVE:** Tecnología, honor, investigación, prestador de servicios.

---

**RESUM:** La societat de la tecnologia ha generat noves formes de delinqüència i també ha fet mutar unes altres que ja existien. En aquest context, ocorre que en la delinqüència relacionada amb l'honor, els autors utilitzen com a suports de difusió vies idònies per a dotar de major intensitat la lesió pretesa, a través de la xarxa, usant serveis com Facebook, grups de xats o de WhatsApp que també s'entrecreen ineludiblement amb el blindatge del dret a intimitat i que genera un controvertit debat sobre la recerca de delictes d'aquesta naturalesa i la seva extensió de responsabilitat. L'era tecnològica permet que les relacions humanes tinguin lloc amb major freqüència d'una manera virtual, sent Internet un mitjà adequat per a la comissió d'aquests delictes gràcies a l'anonimat que proporciona; i la penalitat del qual pot ser que no sigui greu atenent el seu marc punitiu, però per a una recerca eficaç es fa necessària l'esbrinament de les dades conservades pel prestador de serveis. D'aquí, la importància d'una hermenèutica favorable a la consideració de delinqüència greu d'aquests delictes, en honor d'una recerca eficaç i sense traves, conforme a la llei.

**PARAULES CLAU:** Tecnologia, honor, recerca, prestador de serveis.

---

**ABSTRACT:** The so called "society of technology" has generated new forms of crime, while mutating others that already existed. Within this context, honor-related crimes are given extra intensity through the diffusion channels used by the authors, i.e. network services such as Facebook, group chats or WhatsApp. All of these platforms happen to be inescapably interwoven with the shielding of the right to privacy and this generates a controversial debate about the investigation of such crimes and their extension of responsibility. The technological age allows human relations to take place more frequently in a virtual way, being the Internet an appropriate means for the commission of these crimes thanks to the anonymity it provides. The penalty attached may not be serious in response to its punitive framework, but for an effective investigation it will be necessary to find out about the data retained by the Service Provider. Hence, the importance of a hermeneutic which is favorable to the consideration of criminal offences of these crimes, for the sake of an effective investigation that takes place according to Law.

**KEY WORDS:** Technology, honor, research, service provider.

## 1. LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL POR LOS CONTENIDOS INTRODUCIDOS EN LA RED O EN LA OBRA MULTIMEDIA

### 1.1. Delitos contra el honor a través de las nuevas tecnologías

El mundo virtual basado en la tecnología digital se ha convertido en un reto intelectual para unos y una barrera para otros. Quien entra en el mundo de la red, encuentra unos patrones sociales diferentes al mundo real, que le permite liberar sus propias inquietudes. De ahí, que el individuo frente al ordenador, oculto tras la pantalla, no mostrando su persona y sus condicionantes, encuentra una válvula de salida en el mundo virtual, donde se libera.<sup>1</sup> Estas motivaciones unidas a las posibilidades de anonimato que proporciona la red, favorece la comisión de los más variados delitos<sup>2</sup> y dentro de estos los que afectan al honor de las personas. El honor, como jurídico, es uno de los conceptos de difícil precisión, tanto por su carácter inmaterial como por la diversidad de sentidos extrajurídicos generados a través de la historia y de la sociedad. De hecho, uno de los problemas que ocasiona su tutela jurídica, se encuentra más en la falta de acuerdo sobre su contenido que en la falta de idoneidad o en las peculiaridades del instrumento de tutela.<sup>3</sup> No obstante, y con carácter general, es obligado llamar la atención sobre el hecho de que el uso de la denominada *red de redes* para la propaganda de contenidos y de todo tipo de expresiones, adquiere grandes dosis de relevancia, dado que es frecuentada por personas que en ocasiones desconocen la vulnerabilidad que produce el acceso a la misma, ante el hecho de que no se evalúa con exactitud la extensión que puede alcanzar una determinada expresión cuyo alcance parece ceñirse a un grupo de amistades autorizadas, pero que en realidad propicia que personas mal intencionadas hagan uso de esa privacidad y que usen esos contenidos para fines diferentes. A todo lo anterior, acrecienta la consideración de la red como un mundo paralelo, con sus propios dogmas éticos, tanto el fenómeno de la socialización de los medios tecnológicos, que permite que cualquiera a través de su teléfono móvil pueda subir fotos o vídeos comprometidos a la red, sin consentimiento del afectado, y por otro lado, la grave falta de

---

<sup>1</sup> SALOM CLOTET, J., “Delito informático y su investigación”, en VELASCO NÚÑEZ, E. (Dir.), *Delitos contra y a través de las nuevas tecnologías ¿Cómo reducir su impunidad?*, Madrid, CGPJ, 2006, p. 95.

<sup>2</sup> No puede negarse que la raigambre de los instrumentos tecnológicos es tan inmensa que impera en todos los órdenes sociales. Por ello, podemos imaginar la comisión de cualquier delito a través de su uso; como: desvío de dinero, blanqueo, la falsificación de monedas a través de medios tecnológicos, la apología de diversos tipos penales...etc.

<sup>3</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Revisión del contenido del bien jurídico honor, en temas de derecho penal*, Lima, Editorial Cultural Cuzco, 1993, p. 249.

reproche social de determinados tipos delictivos, cuando es Internet el que ha servido de instrumento para su comisión. De hecho, el delincuente informático ha sabido mimetizarse con la idea romántica de expertos y garantes de la seguridad de la red; la cultura social del hacker caracterizada por admirar a quienes descubren las debilidades de las computadoras y redes informáticas, sobrevalorando la inteligencia de sus autores, quienes obtienen claves de acceso, o las bases para hacer daño a través de la red, y que mira con buenos ojos, como si de una nueva picaresca se tratara, los ataques a los derechos de la propiedad intelectual mediante la descargas de todo tipo de archivos, que después son compartidos a través del *peer to peer* (P2P), forma parte de nuestra vida cotidiana. En realidad, el elemento vertebrador de esta nueva sociedad de la información constituye un espacio común, al que denominamos ciberespacio que sirve a fines legítimos, pero que dar lugar a diferentes abusos. Uno de estos, es precisamente el que promueve el uso de la red para atribuir falsamente a personas la comisión de hechos constitutivos de delitos, o bien, para referir expresiones que atenten contra la fama o la propia estimación, sobre los que no cabe ninguna duda acerca de la aplicación de las agravaciones correspondientes, al haberse utilizado la red para la propagación de tales atribuciones o expresiones, que como venimos repitiendo, constituye un medio poderoso de difusión.

Lo que sí constituye una cuestión más problemática es la extensión de la determinación de la responsabilidad penal para estos delitos, pues es evidente que el hecho material no se reduce a la contribución de tales atentados por el autor material de aquellas expresiones, sino que al intervenir otros sujetos como los proveedores de servicios, cabe plantearse qué tipo de responsabilidad podría ser exigible. En este sentido, podemos concretar que habido posturas divergentes. De hecho, existe una corriente que establece una comparación entre los proveedores de la red y los editores en el sentido de que ambos proporcionan el soporte material que permite a los autores la divulgación de los contenidos generados.<sup>4</sup> Es decir, los proveedores deben responsabilizarse de los contenidos que publican.<sup>5</sup> Otra postura, por contra, los asimila a los proveedores de librerías, de manera que se reconoce la imposibilidad de controlar el enorme volumen de información dinámica o estática que se introduce en el

---

<sup>4</sup> MONTERDE FERRER, F., *Especial consideración de los atentados por medios informáticos contra la intimidad y privacidad, en delitos contra y a través de las nuevas tecnologías*, Madrid, VVAA, CGPJ, 2006, p.254.

<sup>5</sup> Por ejemplo, Austria, Alemania, Francia Reino Unido y España (212) ha regulado o están regulando los delitos de injurias o calumnias en el sentido de establecer la responsabilidad civil solidaria del propietario del medio de difusión utilizado para divulgar el mensaje injurioso o calumnioso.

servidor.<sup>6</sup> No obstante en nuestro ordenamiento la responsabilidad de los prestadores de servicios se regula en la Ley 34/2002 de 11 de Julio, de servicios de la Sociedad de la información y de comercio electrónico (traspone la Directiva 2000/31/CE) que ha permitido dotar de uniformidad al sistema europeo.<sup>7</sup> Atendiendo a esta normativa, el prestador de un servicio en el que maneja información generada por otro, no es responsable del contenido de la misma. De tal manera, que una entidad que preste servicios de alojamiento de blog no incurrirá en responsabilidad con respecto a la comisión de un delito de injurias o de calumnias vertidas, si no tuviera conocimiento efectivo de la ilegalidad de tales expresiones.

En el mismo sentido se ha pronunciado XAVIER RIBAS quien concluye que la responsabilidad del proveedor sólo debería apreciarse cuando se demuestre un conocimiento directo de la existencia de los contenidos ilícitos, sin que se haya producido posteriormente un bloqueo de dicha información.<sup>8</sup> Ahora bien, el concepto de “conocimiento efectivo” es en realidad la piedra de toque de esta responsabilidad, pues cabe plantear a quien le corresponder valorar si un determinado contenido es o no ilegal para que se tenga conocimiento de esta circunstancia; pues bien, siguiendo lo dispuesto en los artt. 16 y 17 de la LSSICE<sup>9</sup>, el conocimiento efectivo referido se relaciona con la necesidad de apercibimiento o resolución de órgano competente, que evidentemente partirá de un juzgado. Tan es así, que un prestador de servicio de un alojamiento responderá penalmente, si previamente ha recaído sentencia en la que se declare

---

<sup>6</sup> La responsabilidad civil solidaria del director del medio de comunicación se justifica en su respectiva culpa, ya que ninguno de ellos es ajeno al contenido de información que el periódico emite, el director tiene el derecho de veto sobre el contenido concreto y a la empresa editora le corresponde la libre designación del director.

<sup>7</sup> Tanto la UE en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de Junio, como España en la Ley 34/02, han optado por no hacer responsables a los proveedores de servicios de alojamientos o almacenamientos de datos que albergan un sitio web del control de contenidos que transitan por sus sistemas informáticos, con determinadas excepciones; pues solo serán responsables de contenidos que ellos mismos elaboren o que se hayan elaborado por su cuenta, excluyendo así cualquier responsabilidad por contenidos ajenos que en el ejercicio de su actividad de intermediación, transmitan, copien, siempre que respeten las limitaciones impuestas por la norma conforme el art. 13 de la Ley 34/02.

<sup>8</sup> RIBAS, X. Marketing, publicidad y datos personales en Internet. Recuperado el 18/11/2018 de [www.onnet.es/c02.htm](http://www.onnet.es/c02.htm). En todo caso, hay que tener en cuenta: En primer lugar, que la responsabilidad civil solidaria que establece el art. 212 del CP constituye una excepción a la responsabilidad civil subsidiaria de art. 120 del CP, según el que son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente, las personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual, por los delitos o faltas cometidos utilizando los medios de los que sean titulares, en segundo lugar, que la responsabilidad civil puede derivar directamente de la responsabilidad criminal del propietario del medio en los casos en que se pueda ser autor conforme al art. 30 del CP.

<sup>9</sup> Ley 34/2002, 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

la ilicitud de los contenidos y no hubiera procedido retirar el blog de su sistema de alojamiento.<sup>10</sup>

## **2. LA INVESTIGACIÓN TÉCNOLÓGICA DE LOS DELITOS CONTRA EL HONOR A TRAVÉS DE INTERNET**

### **2.1. La consideración de delincuencia grave de los delitos contra el honor**

En primer lugar, cabe plantearse, el porqué de la importancia de la consideración de grave o no de la delincuencia relacionada con los delitos contra el honor; pues bien, como veremos, su relevancia estriba en las posibilidades de establecer cortapisas a su investigación bajo el amparo de que la ley únicamente facultad a la cesión de los datos conversados cuando tratamos con delitos graves. Como es sabido, tanto la calumnia como la injuria, tiene la consideración legal de delitos menos graves, acudiendo estrictamente a su marco punitivo.<sup>11</sup> Ahora bien, cuando tratamos acerca investigación tecnológica en Internet, debemos marcar un punto de partida, y es que el hecho de utilizar la red de redes para atentar contra el honor permite por la jurisprudencia española y de la UE la consideración de delito grave, con independencia de su marco punitivo. Y ello, porque la modalidad de ataque al bien jurídico del honor puede resultar especialmente grave teniendo en cuenta que las expresiones que se vierten a través del más potente medio de comunicación y difusión social de nuestro tiempo, que es Internet, incrementa enormemente los efectos lesivos para el derecho al honor. En otro caso, como afirma la Audiencia Provincial de Madrid “los efectos sociales de este tipo de conductas se podrían incrementar en una medida mucho más elevada si se llegase a alcanzar una sensación generalizada de impunidad de esos comportamientos, lo que vendría propiciado, de un lado, por el anonimato en el que sus autores suelen escudarse por medio de

---

<sup>10</sup> SAP de Madrid 835/2006, 20 de diciembre, resuelve el caso de un miembro de la masonería que había ejercido como Gran Maestre y solicitó por conducto notarial la retirada de una página web donde se vertían opiniones que atentaban contra el honor, la solicitud a la empresa que prestaba servicios de alojamiento y se le exigía que facilitara la información de que dispusiera para identificar al autor. Ante su negativa, se le exigió responsabilidad civil solidaria vía judicial, siendo desestimada tanto en primera como en segunda instancia. El razonamiento de la prestadora de servicios se fundaba en que si atendía a la solicitud atentaría contra el derecho a libre a expresión, sin que estuviese obligado a ello, pues hasta que no existiera una sentencia que estableciera que los artículos de opinión publicados en su portal eran constitutivos de un delito de injurias o de calumnias.

<sup>11</sup> El marco punitivo de los delitos contra el honor, en su manifestación más grave, que la proporciona el delito de calumnia, alcanza has los dos años de prisión (206 del CP), teniendo, por tanto, la consideración de pena menos grave conforme a los parámetros del art. 33.3 del CP.

la utilización de seudónimos, nombres supuestos o *nicknames* y, de otro lado, por la imposibilidad de llegar a conocer la verdadera identidad si llegasen a establecerse trabas legales o judiciales injustificadas al esclarecimiento y persecución penal de tales conductas y de sus autores”.<sup>12</sup> En este aspecto, el Tribunal Europeo de justicia ha aportado diversos argumentos respecto a la gravedad de estos delitos, ante la necesidad de guardar la debida proporcionalidad con la gravedad que la injerencia del acceso a los datos conservados para la esclarecimiento de estos delitos, supone, y por ello, se remite el concepto de delito grave empleado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 4 de diciembre de 2015, Zakharov c. Rusia).<sup>13</sup> Del mismo modo, el TEDH<sup>14</sup> resolvió un asunto que trataba de un delito de calumnia o de difamación cometido a través de Internet, que en atención al rango penológico, podría ser considerado también en nuestro país como un delito de menor gravedad, imponiendo la implementación de medidas legales efectivas que permitieran la investigación legal, sin la cual el efecto disuasorio derivado de la tipificación de los hechos como delito se debilitaría.<sup>15</sup> Es más, en la sentencia indicada se determina que la mera existencia del delito de calumnia o difamación alcanza muy limitados efectos disuasorios en ausencia de la posibilidad legal de identificar al responsable, entendiéndose el TEDH que la obligación positiva de Estado de salvaguardar la integridad física y moral de menor debía extenderse a cuestiones relativas a la efectividad de una investigación criminal y de la disponibilidad de medios que permitan identificar al agresor, a lo que se opusieron los órganos judiciales aduciendo la confidencialidad de los datos. Tratamos por tanto con una configuración de los delitos contra el honor cometido a través de la red como “de delincuencia grave” con independencia del marco penológico en el que se muevan.

---

<sup>12</sup> SAP de Madrid de 131/2015, 25 de febrero de 2015.

<sup>13</sup> STJUE de 21 de diciembre de 2016

<sup>14</sup> STEDH de 2 de diciembre de 2008 (Caso K.U c Finlandia)

<sup>15</sup> En todo caso, el Convenio sobre Ciberdelitos, del Consejo de Europa (STE 185), conocido como convenio de Budapest, ratificado por España el 17 de septiembre 2010, favorece a los Estados parte la existencia de mecanismos legales que faciliten la investigación del ciberdelito y en general de los delitos cometidos por medio de sistemas informáticos o cuya prueba pueda obtenerse en formato electrónico. De hecho en la sección 2ª del Capítulo II, regula diversas cuestiones procesales cuyo alcance va más allá de los delitos informáticos, dado que se aplicarán a cualquier delito cometido por medio de un sistema informático o cuando la evidencia se encuentre en formato electrónico, determinando las garantías, y asegurando las siguientes facultades procesales: conservación inmediata de datos informáticos almacenados, preservación y divulgación inmediata de datos informáticos almacenados, preservación y divulgación inmediata de datos de tráfico, registro y confiscación de datos informáticos almacenados, recogida en tiempo real de datos informáticos, e interceptación de datos de contenido, así como diversas disposiciones en materia de competencia territorial y conflicto de jurisdicción. Aunque no se recoge, la conservación generalizada y preventiva de datos.

## **2.2. Consideraciones acerca del acceso a los datos conversados por el prestador de servicios para la investigación de los delitos contra el honor**

En materia de datos conversados rige particularmente la Ley 25/2007 de 18 de octubre de 2007 conocida como ley de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, que sólo autoriza el acceso a los mismos partiendo de la consideración de “grave” del delito que se investigue. De hecho, así lo especifica en su art. 1 al considerar que su objeto es la regulación de la obligación de los operadores de conservar los datos tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación y la de cederlos a los agentes facultados siempre que sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento por delitos graves, lo que da pábulo a la consideración de grave acudiendo a las disposiciones del art. 33 del CP, en cuya virtud quedarían fuera los delitos de calumnias y de injurias dada su consideración técnica de delitos menos graves. Además, la doctrina constitucional ha sido clara al respecto, cuando para valorar la procedencia de medidas restrictivas del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, ha considerado necesario para el juicio de proporcionalidad, la referencia a la gravedad del delito que se esté investigando. Ahora bien, no puede perderse de vista, que la doctrina del TC no ha medido la gravedad del delito, acudiendo al marco penológico abstracto o en concreto en cuestión, sino que ha atendido a otros criterios, como la relevancia o trascendencia social del bien jurídico protegido, y de los efectos sociales que provoca, como también la dificultad o imposibilidad de persecución a través de otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales en litigio.<sup>16</sup> Aunque también ha reiterado que es necesaria una regulación legislativa más exhaustiva para determinar la gravedad del delito en relación con el juicio de proporcionalidad, y mientras esto no se produzca será el propio TC quien deba hacer dicha interpretación. De ahí, que acudiendo a la citada ley de 18 de octubre de 2007 pueda observarse que legislador no determina con claridad ni precisión, que debe entenderse por delito grave, de tal manera que como nos dice la sentencia de la AP de Madrid de 15 de febrero de 2015 ya aludida “en esta materia se sigue incurriendo en una en la censurable insuficiencia que tantas veces ha sido denunciada con el art. 579 de la LECrim. Es

---

<sup>16</sup> Pude citarse sentencias como la STC 126/2000 de 16 de mayo de 2000 (por un delito de hurto continuado) o la STC de 11 de diciembre de 2000 (sobre el delito de contrabando), entre otras, que consideraba adecuada la limitación del secreto de las comunicaciones para la investigación de los delitos reseñados a los que, conforme a su tipificación legal, corresponden penas menos graves.

por ello, que corresponde al aplicador del derecho realizar la determinación atendiendo a las pautas usuales de interpretación normativa”.

En conclusión, atendiendo a todo lo expuesto anteriormente, consideramos que la expresión “delitos graves” a que se refiere la Ley 25/2007 no se refiere exclusivamente a los delitos castigados con pena de prisión superior a cinco años, sino que también debe incluirse otros delitos que estando castigado con pena menos grave, como puede ser la calumnia y la injuria, deben ser considerados graves acudiendo a otros parámetros fundamentales, como es, la importancia del bien jurídico lesionado y la eficacia social que la lesión ha tenido, y su incremento perjudicial cuando se concreta a través de medios electrónicos o informáticos, o incluso a la inexistencia de otros medios menos gravosos para obtener una investigación adecuada de tales hechos. En todo caso, lo que sí parece claro es, que la comisión de los delitos contra el honor a través de Internet supondrá no sólo la apreciación de la agravación como consecuencia de contar con un mecanismo potente de divulgación, como es Internet, pues la publicidad no puede quedar al margen del desvalor producido por el autor que quizás busca como un elemento integrador del tipo, sino la consideración de delito grave, con independencia de ser calificado técnicamente como menos grave, acudiendo al marco penológico, en aras del esclarecimiento y averiguación de los hechos lesivos y penalmente ilícitos.

## REFERENCIAS

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Revisión del contenido del bien jurídico honor, en temas de derecho penal*, Editorial Cultural Cuzco, Lima, Perú, 1993.

MONTERDE FERRER, F., “Especial consideración de los atentados por medios informáticos contra la intimidad y privacidad”, en VELASCO NÚÑEZ, E. (Dir.), *Delitos contra y a través de las nuevas tecnologías ¿Cómo reducir su impunidad?*, Madrid, CGPJ, 2006.

SALOM CLOTET, J., “Delito informático y su investigación”, en VELASCO NÚÑEZ, E. (Dir.), *Delitos contra y a través de las nuevas tecnologías ¿Cómo reducir su impunidad?*, Madrid, CGPJ, 2006.

RIBAS, X. Marketing, publicidad y datos personales en Internet. Recuperado el 18/11/2018 de [www.onnet.es/c02.htm](http://www.onnet.es/c02.htm).