

# El cibercrimen en el ámbito económico y patrimonial

Prof. Dr. iur Dr. med. Carlos María Romeo Casabona

Prof. Dr. Iñigo de Miguel Beriain

## *Tema 6º*

### *Manipulaciones en sistemas y ficheros informáticos (II)*

**Falsedades documentales.**

***Piratería informática.***

**La protección penal de los sistemas lógicos y de los productos multimedia.**

## **22. FALSEDADES DOCUMENTALES**

### **22.1. Introducción. La evolución de las TIC y su influencia en el concepto jurídico de documento**

La obtención de un enriquecimiento patrimonial con perjuicio de tercero valiéndose de un sistema informático puede comportar al mismo tiempo una alteración de la realidad contable de la entidad afectada. En este sentido se plantea también la posibilidad de que dicha alteración de la verdad constituya un delito de falsificación de documentos, lo que justifica su estudio, aunque en sentido estricto no constituye un delito patrimonial. En términos semejantes se plantea la alteración de la realidad

recogida en un documento o en un archivo informatizados, sea cualquiera fuere el propósito ulterior perseguido (p. ej., inutilizar un archivo), el cual, frecuentemente, también discurrirá en un contexto de carácter económico o patrimonial (sin embargo, podría pretenderse modificar el estado civil verdadero de otra persona o la fecha de su nacimiento, con el fin de perjudicarla en distintas hipótesis imaginables).

Lo primero que hay que averiguar es si los datos contenidos en un sistema informático o en cualquier producto capaz de almacenar datos procesados digitalmente poseen la naturaleza de un documento. Como veremos a continuación, se ha producido una evolución sobre el concepto de documento, ampliándolo, que era necesaria y coherente con las necesidades actuales del tráfico jurídico.

## **22.2. La protección jurídica del documento y su evolución conceptual**

1. El documento constituye un instrumento esencial para el normal desenvolvimiento de las relaciones jurídicas de las personas físicas, jurídicas y otras entidades semejantes. En efecto, el documento ha supuesto un insustituible apoyo para las relaciones sociales prácticamente desde el nacimiento de la escritura, y desde el momento en que fue posible su plasmación sobre un soporte duradero se le ha otorgado relevancia jurídica, y a partir de ahí se vio la necesidad de rodearle de ciertas formalidades, garantías y protección jurídica; tal función no se ha visto disminuida, sino todo lo contrario, con la aparición de nuevas tecnologías que inciden en el documento, pues hay que tener en cuenta que dicho instrumento ha experimentado una evolución en su estructura, configuración y confección provocada por el acceso a las modernas tecnologías de tratamiento de la información. En este sentido, podríamos destacar ahora un múltiple valor que el Derecho ha tenido presente para otorgarle protección con mayor o menor intensidad:

a) En él se recogen declaraciones de voluntad o expresiones del pensamiento humano que permiten la realización de negocios jurídicos, que los acreditan y respaldan, que reconocen o permiten deducir consecuencias jurídicas (derechos y obligaciones) para el declarante y/o para terceros, hasta tal punto

que pueden constituir un medio de prueba en un proceso judicial (arts. 1215 y ss. del Código Civil; véase STS 1º 3 junio 1989).

b) Por otro lado, pueden tener un valor material intrínseco debido a su interés histórico, artístico o cultural.

c) Finalmente su contenido mismo puede reflejar hechos o información reservada a un círculo de personas, bien por constituir un secreto en si mismo (de los individuos, las personas jurídicas o el Estado), bien por afectar a la intimidad de las personas.

2. Pues bien, dado el interés que representan estas facetas del documento, por su relevancia social y su específica importancia en el tráfico jurídico, ha motivado que la ley se haya ocupado de:

a) Conceptuarlo, clasificarlo y de rodearlo de ciertas garantías y requisitos formales en su creación y otorgamiento.

b) Reconocerle ciertos efectos jurídicos, por lo general de mayor eficacia y trascendencia jurídica cuanto mayores son los requisitos formales que le dan vida.

c) El reconocimiento de efectos jurídicos trae como consecuencia obligada la protección jurídica del documento, protección que se obtiene mediante esas garantías y requisitos formales aludidos en su creación y otorgamiento; mediante la incorporación de signos, marcas o características materiales tendentes a prevenir su manipulación, alteración o sustitución; mediante la adopción de procedimientos de custodia para impedir tanto su manipulación como su destrucción o sustracción, incluso garantizando su réplica o copia de su matriz en el caso de pérdida o destrucción del mismo; y, por último, mediante procedimientos de peritación sobre su autenticidad o genuinidad en el caso de que presente dudas sobre ellas y se pretenda hacer que surta sus efectos jurídicos frente a terceros, p. ej., en un proceso judicial.

d) Esta protección en ocasiones se ve reforzada por constituir delito las agresiones más importantes a las diversas características y funciones que se asignan al documento acabadas de apuntar. La protección penal puede obtenerse en función de las distintas formas de agresión de que puede ser objeto el documento: 1. Por su potencial relevancia en las relaciones jurídicas (tráfico jurídico): delitos de falsedades y delitos de infidelidad en la custodia de documentos. 2. Por su valor material intrínseco:

delitos de daños o de incendios. 3. Por su naturaleza reservada: delitos contra la seguridad exterior del Estado; de descubrimiento y revelación de secretos, bien se trate de documentos plasmados en un soporte material, bien hayan sido tratados por medios automatizados de procesamiento automatizado (sistemas informáticos, protección de datos). Dado que estas agresiones no afectan a la integridad material o espiritual del documento en sí mismo, sino a la relevancia del carácter reservado de su contenido, no nos ocuparemos de su exposición en este lugar (v. Romeo Casabona, 1988).

De algunos aspectos más relevantes de esta protección penal vamos a ocuparnos fundamentalmente a continuación.

### ***22.2.1. El concepto jurídico-penal tradicional de documento: sus carencias para las necesidades del tráfico jurídico actual***

Tradicionalmente, el ordenamiento jurídico no definía el documento con carácter general. Ni el CP, ni el Código Civil ni la Ley de Enjuiciamiento Civil aportaban conceptos sobre el mismo con carácter general, sin perjuicio de que los dos últimos definan, como mencionaremos más abajo, el documento público (arts. 1216 y 596, respectivamente).

Desde una perspectiva penal, se había venido considerando tradicionalmente como documento únicamente el escrito, es decir, cuando el pensamiento humano aparece recogido en un soporte material por signos escritos legibles.

Con el desarrollo de las TIC al trasladar estas observaciones a la manipulación-falsificación de datos informatizados surgían no pocas dificultades para que continuara teniendo validez el concepto tradicional de documento. Había que buscar otro o adaptarlo a las realidades emergentes. Veamos con mayor detalle en qué radicaba esta pérdida de operatividad.

En primer lugar, un programa informático no encarna en sí mismo un pensamiento o una declaración de voluntad *concretos de una persona determinada*, sino que, como es sabido, constituye un *instrumento* de trabajo para tratar informáticamente el pensamiento humano. Por tanto, la consecuencia coherente sería su exclusión ya de entrada de la noción de documento mencionada. No sería, por consiguiente, susceptible de encuadrar en este delito la manipulación de los datos mediante la alteración del programa de ordenador.

Sí reflejan, por el contrario, se apuntaba en los inicios de esta discusión, un pensamiento humano los datos introducidos en la llamada fase "input", en cuanto suministran información de una realidad concreta. Lo mismo puede decirse de la fase del "output", o salida de datos, pues no importa que éstos hayan sido tratados o procesados por el ordenador mediante el programa; el pensamiento humano existe con independencia de su manera y origen de formación.

Indudablemente los signos eléctricos recogidos en una cinta o disco magnéticos no constituyen en sí mismos un documento en sentido penal: ni reúnen las características del escrito que sea legible o visualizable, ni de esa idea implícita en el concepto de documento de ser un objeto dotado de cierta materialidad, la cual no queda satisfecha con la mera existencia de ese disco o soporte de almacenamiento de información. Sin embargo, esa visualización o percepción es posible desde el momento en que se utiliza el ordenador, puesto que aparecen reflejados en la pantalla del mismo de forma escrita (legible). De todos modos, hasta ahí tampoco puede considerarse documento, al no contar todavía con un soporte duradero susceptible de traslación.

En consecuencia, y admitiendo la hipótesis acabada de mencionar, desde una perspectiva todavía restrictiva se mantenía que sólo cuando esos datos informáticos manipulados son reproducidos por la impresora del terminal informático estaremos ante un documento falso en sentido jurídico-penal, o también si esos datos manipulados perduran en un soporte informático, en la medida que es siempre posible su lectura a través de un sistema informático. De todas formas, a pesar de esta interpretación funcional, que podría ser discutida, no es suficiente en gran número de casos, en los cuales las operaciones que originan la inexactitud contable que dará lugar a su vez al perjuicio patrimonial se realizan completamente 'dentro' del mismo sistema, sin que exista un reflejo externo de las mismas.

Otros llamemos productos de las TIC, como documentos escritos escaneados o producidos o reconvertidos a una presentación inalterable o estable, como correos electrónicos, documentos transformados en la modalidad pdf, etc. no han presentado dudas respecto a su condición de documento escrito, legible y recogido en un soporte estable (disco duro u otro soporte semejante, o impreso en papel o material similar). Así, respecto a los correos electrónicos el TS ha condenado al procesado como autor de un

delito de falsedad en documento mercantil (art. 392 CP en relación con el art. 390.1.3, en concurso medial con un delito de estafa de los arts. 248.1 y 250.1.6), pues entiende probado que con ánimo de lucrarse el acusado remitió a una entidad bancaria un correo electrónico con la firma escaneada del administrador único de una sociedad mercantil en el que solicitaba una transferencia elevada de dinero para beneficio propio (STS 23 de diciembre de 2010).

Condición del documento en sentido jurídico-penal es también su *atribuibilidad a una persona* por cualquier procedimiento, así como la identificación de su autor. En estos supuestos el que ha manejado el ordenador, ha introducido los datos o, simplemente, ha dictado las órdenes para el procesamiento de los mismos, asume el resultado obtenido y se convierte de este modo en una declaración de voluntad suya (teoría de la declaración de la voluntad), en su propio pensamiento. Pero esa persona no siempre coincide con el manipulador.

A continuación vamos a revisar las reflexiones anteriores con el fin de subrayar cómo las insuficiencias que revelan algunas de ellas han experimentado una evolución en el ámbito jurídico. Los problemas que hemos planteado más arriba han sido prácticamente resueltos en la actualidad, gracias, entre otros factores, a las diversas iniciativas tomadas por el legislador para configurar un concepto de documento más adaptado a las exigencias de tráfico jurídico actual y en particular a las características de las TIC. Veámoslo.

### ***22.2.2. El concepto y requisitos del documento adaptado a las exigencias actuales derivadas de las TIC***

Por consiguiente, con el fin de superar aquellos planteamientos y a los inconvenientes a los que conducía desde el punto de vista del principio de legalidad era preciso encontrar una definición genérica de documento, al menos limitada a los efectos penales. De ello se había venido ocupando cumplidamente la doctrina, entendiendo por tal, como criterio por lo general aceptado, "todo objeto capaz de recoger una declaración de voluntad o un pensamiento atribuible a una persona y destinado a entrar en el tráfico jurídico" (Muñoz Conde). Ahora bien, también se suele asumir que ese pensamiento ha de ser recogido de forma gráfica o escrita.

Afortunadamente, el CP de 1995 incorporó una definición de documento, "a los efectos penales", bastante flexible y fácilmente adaptable en principio a las características que suele tener un documento virtual o informático.

Dice así el art. 26 del CP:

"A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica".

A diferencia de esta definición del CP vigente, el Proyecto CP 1992 aportaba la siguiente, que era menos convincente por ser menos operativa: "A los efectos de este Código se considera documento todo papel o soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones de inmediata o potencial relevancia jurídica o eficacia probatoria" (art. 376.1).

De esta nueva definición pueden deducirse unos caracteres o requisitos, cuyo contenido actual merece ser contrastado con los rasgos que se han apuntado más arriba:

*a) Escrito en un soporte:*

- Escrito: grafismo legible directa o indirectamente, a mano o por medio de aparatos o instrumentos, en cualquier idioma. Hoy se plantean además otros signos no gráficos: fotografías incorporadas a un documento DNI, (pasaporte), planos, fotocopias (compulsadas). No lo son a los efectos penales: las cintas de vídeo o magnetofónicas. Sin embargo, las manipulaciones en estos materiales pueden dar lugar a otros delitos (acusación o denuncia falsas, falso testimonio, estafa procesal, etc.). De todos modos, esta restricción a la que se llega desde el punto de vista de la protección penal del documento no prejuzga la validez de aquéllos como fuentes de prueba o como medios de prueba en un proceso civil o penal. Los escritos informáticos plantean por su parte problemas específicos, por consistir en puridad símbolos ilegibles directamente (lenguaje "máquina", se dice), pero no cabe duda de su legibilidad y comprensión por el ser humano a través de instrumentos adecuados, como son los ordenadores u otros aparatos de frecuente uso (terminales móviles de telefonía, tabletas, etc.). No debe olvidarse que de acuerdo con la definición legal el soporte

ha de incorporar datos, hechos o narraciones, es decir, que se hayan recogido en ese soporte; pero también es posible que el propio soporte, en cuanto tal, exprese aquellos, que él mismo configure el dato, hecho o narración.

- Soporte: se admite como tal todo medio que sea idóneo para recoger la declaración de voluntad por signos gráficos (p. ej. y principalmente, papel). Pero ha de ser en todo caso material, pues así hemos visto que lo exige el CP, y de esta característica se deduce que sea perdurable. No hay inconveniente, por consiguiente, en extender el concepto de soporte material a los discos, bandas magnéticas u otros productos ("lápices" o "pendrives" o tarjetas con memoria "flash") que recogen o archivan la información gráfica o escrita procesada digitalmente.

*b) Pensamiento humano:*

O también -y más frecuentemente- la declaración de voluntad de una persona. El CP exige que se trate de hechos, datos o narraciones. Los programas de ordenador y los datos procesados informáticamente vuelven a plantear problemas particulares. En cuanto a los primeros no cabe duda de que no reflejan un pensamiento o declaración de voluntad humanos, sino que consisten en puridad en una serie de instrucciones técnicas que permiten procesar y utilizar información con distintas finalidades (véase la definición que sobre los mismos recoge la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre, art. 96.1). Es importante señalar esta característica, por su posible relevancia cuando se pretende proceder a la calificación jurídico-penal como falsedad documental a la manipulación de datos informatizados, valiéndose para ello de alteraciones en los programas de ordenador o en general en el sistema de éste: esta acción por si sola no nos permitiría apreciar el delito.

Por lo que se refiere a los datos procesados en si mismos considerados, debe reconocerse que pueden plasmar un pensamiento humano o una declaración de voluntad, y por consiguiente podrían constituir el objeto material del delito, salvo que su alteración sea momentánea (p. ej., para cometer el llamado fraude informático o estafa informática). En concreto, el CP exige que el documento en cuestión "expresé o incorpore datos, hechos o narraciones..." (art. 26).

*c) Atribuibilidad a su autor:*

Es lógico que, aunque no se mencione expresamente, sea atribuible a alguien, si quiere tener relevancia en el tráfico jurídico (P. ej., como elemento de prueba). El medio más frecuente de atribución se logra por la firma, rúbrica, huella o firma digital (recuérdese que esta última tiene reconocimiento en el ordenamiento jurídico: Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, por el que se regula la firma electrónica), etc. Sin embargo, puede sostenerse que no son imprescindibles, pues basta que se pueda identificar o atribuir al autor como declaración suya. En cuanto a la confección material del documento por un tercero, no tiene relevancia jurídica desde el momento en que alguien lo asuma como propio. Los escritos anónimos no son atribuibles en principio, pero es posible otorgarles la categoría de documento por incorporación posterior a un expediente. Si se trata de una persona inexistente, será un documento falso por no genuino. También este requisito ofrece dificultades encontrarlo en los programas de ordenador, como derivación de las reflexiones apuntadas más arriba sobre su dudosa expresión de un pensamiento humano.

*d) Incorporación al tráfico jurídico. De ello deducimos:*

- Que esté destinado a producir efectos jurídicos en las relaciones jurídicas (intencional); efectos que no sólo son relativos a derechos y obligaciones. Así lo indica expresamente el CP: "...con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica" (art. 26).

- Que con el tiempo produce efectos en el tráfico jurídico (ocasional) (ej., escritos de carácter personal: poesía para comprobar estado mental del autor o unas posibles injurias; carta para acreditar relaciones amorosas en un juicio de separación o divorcio): se incorporan a un expediente o sumario como pieza de convicción.

-Que sea idóneo objetivamente para producir efectos en el tráfico jurídico: no lo son el documento firmado en blanco (no hay declaración de voluntad), la fotocopia no compulsada o legitimada (salvo reconocimiento de efectos por las partes). El documento jurídicamente nulo puede tener trascendencia jurídica en otros aspectos distintos a los que afectan a su nulidad (ej., comprobación de enfermedad mental de quien renuncia a derechos irrenunciables: sería nulo en este aspecto, pero puede servir para acreditar la enfermedad de su autor).

### 22.2.3. Clases de documentos

1. Desde el punto de vista de su estructura pueden ser simples y compuestos:

- simples: documento sencillo sin partes añadidas que lo configuren;
- compuesto: resultado de la integración de varias partes: DNI (fotografía y escrito).

2. Por la pluralidad de manifestaciones de voluntad: individuales y complejos:

- individual: recoge una sola manifestación de voluntad, suficiente para formar un documento completo;
- complejo: conjunto de documentos individuales que ordenados de modo lógico materializan un hecho (o conjunto de ellos) de naturaleza superior al contenido de cada uno de ellos tomados por separado: Libros de Registro, libros de los comerciantes, expediente de un sumario.

3. Por los sujetos de los que emanan: públicos, oficiales y de comercio y privados.

El Código Penal vigente tampoco define las clases de documentos, pero diferencia tres clases (públicos; oficiales y de comercio; privados) para construir los diversos delitos de falsificación de documentos.

a) Públicos. A ellos aluden el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 578); se refieren al valor del documento como medio de prueba según su naturaleza:

El art. 1216 del primer cuerpo legal mencionado entiende por documento público: "...los autorizados por un Notario o un empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley". Pero no define el documento privado (v. art. 1225 y s.). Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 596) incluye como documentos públicos algunos que penalmente no lo son (o mejor: no dan lugar al delito de falsificación de documento público). Particular interés por su amplitud tiene el nº 3º del art. 596: "los documentos expedidos por los funcionarios públicos que estén autorizados para ello en lo que se refiera al ejercicio de sus funciones".

b) Oficiales y de comercio. En cuanto a los oficiales, no se definen en ningún lugar del ordenamiento jurídico. Se entienden por tales aquéllos que provienen de entidades públicas en el ejercicio de sus funciones o fines. Autores: quienes puedan hacerlo válidamente en virtud de la normativa jurídico-administrativa aplicable. Contenido: vinculado al desempeño de las funciones o fines de la entidad pública. Por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se observa una tendencia a extender el concepto.

Los documentos de comercio tampoco se definen. Para el Tribunal Supremo son aquéllos que incorporan actos de comercio, cualquiera que sea su forma. Por su parte, la doctrina tiende a restringir su ámbito mediante la exigencia de la suma de unos requisitos formales (expresamente descritos en las leyes mercantiles) y materiales (efectos más intensos que los privados: p. ej., eficacia ejecutiva).

c) Privados. Tampoco aporta el ordenamiento jurídico criterios explícitos para su conceptualización. En efecto, tanto el Código Civil como la Ley de Enjuiciamiento Civil aluden al documento privado, pero sin definirlo (v. arts. 1225 y s. y 602 y ss., respectivamente). En consecuencia se ha optado por definirlos por exclusión, es decir: todos los que (reuniendo los requisitos generales de documento) no sean públicos ni oficiales o de comercio.

## **22.3. Los delitos de falsedades documentales**

### ***22.3.1. El bien jurídico protegido***

En primer lugar, debemos preguntarnos cuál es exactamente el interés subyacente en el documento que merezca su protección por el Derecho penal, esto es, cuál es el bien jurídico protegido.

Por un lado, se señala que éste consiste en la fe pública, entendida no como la verdad en si misma, sino la confianza social en la apariencia de conformidad con la realidad de determinados signos, símbolos u objetos, pero no en cuanto tales, sino por su potencial trascendencia en el tráfico jurídico (Muñoz Conde). Por otro, se alude a la confianza social en la seguridad del tráfico jurídico: las relaciones sociales y económicas con relevancia jurídica deben estar acompañadas por la confianza social de que

aquéllas son realmente lo que aparentan; cierto que esa confianza sólo se logra extendiéndola a la apariencia de los instrumentos o medios que se utilizan en el tráfico jurídico: la fe pública y el valor probatorio. Por consiguiente, se ha señalado que la idea que mejor capta y permite englobar estas diferentes perspectivas o matices es la seguridad del tráfico jurídico (Orts Berenguer).

### 22.3.2. *Noción de falsedad y cualidades del documento*

¿En qué consiste una falsedad documental? Sin perjuicio de las conductas específicas de falsificación que recoge el CP, el cual no indica qué es la falsedad documental, la conducta falsaria altera las cualidades del documento. Por tanto éstas permiten identificar la clase de falsedad al afectar y atentar a esas cualidades:

#### 1. *Genuidad y veracidad:*

Son cualidades diferentes, pudiendo faltar una de ellas:

- documento genuino: coincidencia entre la persona que figura como autora del documento y la que realmente lo es del mismo; de lo contrario, el documento será ilegítimo;
- documento veraz: su contenido coincide con la realidad que refleja; de lo contrario, el documento será falso.

#### 2. *Parte material e intelectual:*

- material: afecta a la creación, estructura y configuración del documento; su alteración constituye falsedad material y afecta a la legitimidad del documento (documento ilegítimo o no genuino)
- intelectual: se refiere a su contenido intelectual, a lo que declara o pretende probar de acuerdo con la realidad; su inveracidad, la alteración de la verdad constituye falsedad ideológica.

Para nuestra jurisprudencia no toda discordancia entre lo puesto en boca de los otorgantes y la situación real, puede, sin más, abrir paso a la tipificación falsaria (STS 11 abril 1991). En efecto, puede señalarse como doctrina jurisprudencial constante, si bien cuenta con escasas excepciones (p. ej., 9 mayo 1970), que la falsedad ha de ser esencial o trascendente para el tráfico jurídico. Así:

"...sólo merecerán reproche penal las alteraciones fraudulentas que se hagan sobre las partes esenciales y no accesorias... atacan a

la credibilidad y la confianza que ha de merecer el contenido de cada documento, su veracidad intrínseca" (STS 13 diciembre 1990).

"...tendencia jurisprudencial favorable a la falsedad cuando la manifestación inveraz del particular a través del documento público influye o trastoca el tráfico jurídico, tiene virtud creadora de situaciones o estados de derecho, o afecta a extremos esenciales que el fedatario garantiza" (STS 8 marzo 1990; en igual sentido: 11 abril 1991, 6 marzo 1971, 22 junio 1973, 15 julio 1989); "concurren todos los elementos integradores del delito, ya que la de falsedad es un delito de peligro, no de lesión, que se consuma cuando se produce la alteración de la verdad y no requiere que esa alteración haya producido sus efectos en el tráfico jurídico" (STS 17 julio 2012).

"La falsedad debe afectar de algún modo a la integridad del documento y a los efectos que éste debe producir; en consecuencia, no habrá falsedad cuando no se afecta las funciones esenciales del documento, es decir, la función de perpetuación (fija la manifestación de voluntad de alguien), la función probatoria (permite probarla) y la función de garantía (permite identificar al autor de la declaración de voluntad). La escritura pública de compraventa no tiene función de probar si el que vende es o no el propietario del inmueble, teniendo sólo que probar que uno de los sujetos transfiere a otro la propiedad sobre un inmueble determinado" (STS 18 marzo 1991 y posteriores concordantes).

"... en el presente caso no se trata de determinados datos inveraces, bien totalmente irrelevantes, bien con un interés circunscrito a quienes otorgan el documento, como podría ser la profesión o incluso el precio" (STS 18 junio 1990). La declaración en cuanto al precio es inveraz, pero el Tribunal absuelve por no tener trascendencia lo que en realidad era una permuta (STS 10 noviembre 1990 y posteriores concordantes).

### ***22.3.3. Clases de delitos de falsedad documental***

Conforme a la clasificación propuesta en el epígrafe anterior, los delitos de falsedad documental se pueden clasificar en los grupos y subgrupos siguientes:

*a) Falsedad en documentos públicos*

*a') Cometida por funcionario público*

El art. 390 del Código Penal describe este delito:

"1. Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad:

1º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.

2º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad

3º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho

4º Faltando a la verdad en la narración de los hechos

2. Será castigado con las mismas penas a las señaladas en el apartado anterior el responsable de cualquier confesión religiosa que incurra en alguna de las conductas descritas en los números anteriores, respecto de actos y documentos que puedan producir efecto en el estado de las personas o en el orden civil".

Sujeto activo del delito es, lógicamente, el funcionario público. Ahora bien, el concepto de funcionario a los efectos penales no se obtiene de la legislación vigente en materia de función pública, sino del propio Código Penal, que da lugar a una significativa ampliación del mismo: "Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas" (art.24.2 CP).

Las diversas acciones típicas vienen descrita en el referido precepto, las cuales deberán ser analizadas a la luz de las consideraciones anteriores sobre la cualidad de los documentos.

*b')* Cometida por particular

A ella alude el art. 392 CP:

“El particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses”.

Lo más relevante es la referencia al sujeto activo de este delito, que puede serlo el particular o el funcionario fuera del ejercicio de sus funciones; puesto que la acción admite, al menos teórica y legalmente, las mismas modalidades del art. 390, al que se remite el art. 392. La falsificación de la propia firma plantea dudas acerca de su tipicidad; la jurisprudencia las ha resuelto en el sentido de estimar que se trata de un supuesto incluido en el nº 1 art. 390, mientras que para los especialistas es atípico desde el punto de vista del delito de falsedad (no se alteran los hechos y es genuino), pero admiten que puede haber en algún caso estafa procesal (art. 250 nº 2 del CP).

*b) Falsedad en documentos oficiales y de comercio*

Aparece recogido este delito en el art. 392, ya citado. Afecta a las cometidas por particulares y como ya se vio, contempla las modalidades recogidas en los tres primeras números del apartado 1 del art. 390.

*c) Presentación en juicio y utilización para perjudicar a otro*

*a')* De documentos públicos, oficiales o mercantiles

Se incluye en el art. 393.

Sujeto activo es el tercero ajeno a la falsificación, y la acción consiste en presentar el documento falsificado en juicio o usarlo para perjudicar a otro. No es preciso que se ocasione un efectivo perjuicio para tercero. Los elementos subjetivos son el ‘a sabiendas’ (equivalente al dolo), o ‘para perjudicar a otro’, añadido al dolo. Es importante no olvidar el objeto material sobre

el que puede recaer la acción típica: el documento público, oficial o mercantil falsificados.

*b') Despacho telegráfico u otro servicio*

Art. 394 CP: "1. La autoridad o funcionario público encargado de los servicios de telecomunicación que supusiere o falsificare un despacho telegráfico u otro propio de dichos servicios, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a tres años e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años.

2. El que, a sabiendas de su falsedad, hiciere uso del despacho falso para perjudicar a otro, será castigado con la pena inferior en grado a la señalada a los falsificadores"

*d) Falsedad en documento privado*

Se recoge en el art. 395 CP:

"El que, para perjudicar a otro, cometiere en documento privado alguna de las falsedades previstas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años."

La acción requiere también en este delito cualquiera de las tres primeras modalidades del número 1 del art. 390. Es preciso el dolo y el ánimo de perjuicio de tercero. No es necesario perjuicio efectivo; no admite comisión culposa. A diferencia de lo que sucede en los delitos de falsedades de documentos públicos y oficiales o de comercio, tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia entienden que de concurrir este delito con el de estafa (u otros de carácter patrimonial) habrá de resolverse como concurso de leyes: se aplica tan sólo el delito más grave (Romeo Casabona, 1988).

También se incluye un delito relativo al uso de un documento privado falso, pero en condiciones más restrictivas que en los anteriores delitos. Art. 396 CP:

"El que, a sabiendas de su falsedad, presentare en juicio o, para perjudicar a otro, hiciere uso de un documento falso de los comprendidos en el artículo anterior, incurrirá en la pena inferior en grado a la señalada a los falsificadores".

*e) Falsificación de tarjetas de crédito, de débito y cheques de viaje*

Se ha introducido un delito específico sobre estos documentos por la LO 5/2010, en una sección independiente (Sección 4ª):

"1. El que altere, copie, reproduzca o de cualquier otro modo falsifique tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años. Se impondrá la pena en su mitad superior cuando los efectos falsificados afecten a una generalidad de personas o cuando los hechos se cometan en el marco de una organización criminal dedicada a estas actividades.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los anteriores delitos, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

2. La tenencia de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados destinados a la distribución o tráfico será castigada con la pena señalada a la falsificación.

3. El que sin haber intervenido en la falsificación usare, en perjuicio de otro y a sabiendas de la falsedad, tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años." (art. 399 bis).

**22.3.4. Algunos problemas de delimitación con la estafa o fraude informático**

Puesto que el fraude informático (art. 248.2, a CP) puede comportar la alteración de la realidad contable de una entidad, en ocasiones los procesados han rechazado la imputación por un delito de falsedad documental en concurso con otro de estafa (art. 248.1 CP), en favor del primer delito señalado. A este respecto, el TS ha ratificado la condena al recurrente como autor de autor de un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso instrumental con otro, también continuado, de estafa; entiende que no es cierto que los hechos describan un supuesto de "estafa informática", prevista en el apartado 2 del artículo 248 CP, "como se pretende, ya que, como explica con todo acierto en la sentencia recurrida, el procesado realizó, como auxiliar administrativo del departamento de contabilidad de la empresa perjudicada, operaciones en las anotaciones contenidas en el sistema informático de la perjudicada, y además al menos dos verdaderos "engaños" en las personas del Jefe de Administración de la empresa, que validó indebidamente los apuntes contables fraudulentos" (STS 17 de junio de 2011). El motivo de la desestimación radica, por consiguiente, en que se ha producido un engaño

verdadero en una persona valiéndose para ello de una falsedad apoyada informáticamente, lo que lleva al Tribunal a aplicar dos delitos.

### **23. DELITOS DE INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS Y DE VIOLACIÓN DE SECRETOS**

Son delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos (Capítulo IV, Título XIX, Libro II CP). Se quebranta un deber jurídico especial que obliga a los funcionarios para el buen funcionamiento de las Administraciones Públicas.

Para el propósito específico de comparar con la posibilidad comisiva de estos delitos a través de las TIC bastará con conocer su enunciado:

Artículo 413:

“La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, sustrajere, destruyere, inutilizare u ocultare, total o parcialmente, documentos cuya custodia le esté encomendada por razón de su cargo, incurrirá en las penas de prisión de uno a cuatro años, multa de siete a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años”.

Artículo 414:

“1. A la autoridad o funcionario público que, por razón de su cargo, tenga encomendada la custodia de documentos respecto de los que la autoridad competente haya restringido el acceso, y que a sabiendas destruya o inutilice los medios puestos para impedir ese acceso o consienta su destrucción o inutilización, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses y, en cualquier caso, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

2. El particular que destruyere o inutilizare los medios a que se refiere el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de seis a dieciocho meses.”

Artículo 415:

“La autoridad o funcionario público no comprendido en el [artículo anterior](#) que, a sabiendas y sin la debida

autorización, accediere o permitiere acceder a documentos secretos cuya custodia le esté confiada por razón de su cargo, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.”

**Artículo 416:**

“Serán castigados con las penas de prisión o multa inmediatamente inferiores a las respectivamente señaladas en los tres artículos anteriores los particulares encargados accidentalmente del despacho o custodia de documentos, por comisión del Gobierno o de las autoridades o funcionarios públicos a quienes hayan sido confiados por razón de su cargo, que incurran en las conductas descritas en los mismos.”

**Artículo 417:**

“1. La autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados, incurrirá en la pena de multa de doce a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

Si de la revelación a que se refiere el párrafo anterior resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a tres años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a cinco años.

2. Si se tratara de secretos de un particular, las penas serán las de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a dieciocho meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.”

**Artículo 418:**

“El particular que aprovechar para sí o para un tercero el secreto o la información privilegiada que obtuviere de un funcionario público o autoridad, será castigado con multa del tanto al triplo del beneficio obtenido o facilitado. Si resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años.”

Como puede deducirse de la redacción de los delitos transcritos, la comisión de los mismos por medio de sistemas informáticos no planteará, en principio, problemas especiales de subsunción en los tipos delictivos correspondientes.

## **24. DELITOS DE DAÑOS AFECTANTES A DOCUMENTOS**

### **24.1. Delitos de daños**

En la Lección 4ª pudieron verse las características de los delitos de daños en sistemas y ficheros informáticos. Lo que entonces se dijo resulta aplicable aquí, por lo que sólo vamos a prestar atención a ciertos aspectos relacionados con los daños relativos a documentos en cuanto tales.

Como es sabido, el delito de daños consiste en la destrucción, inutilización o deterioro de una cosa. En este caso el objeto material del delito sería un documento, entendido en los términos que define el art. 26 CP, vistos más arriba.

Se protege la integridad física o material del documento con independencia de su contenido (aunque éste pueda dar lugar en algunos casos a un tipo agravado), incluido el incorporado a un soporte informático (en este sentido: Audiencia Provincial de Castellón, s. 2.5.1989; Romeo Casabona, 1988 y 1991).

El autor puede ser cualquiera: los particulares, puesto que no existen deberes previos específicos sobre el documento o la cosa de que se trate. Son de aplicación subsidiaria en relación con el delito de incendios.

#### **24.1.1. Daños agravados**

La pena será superior (prisión de uno a tres años y multa) si el documento se encuentra depositado o forma parte de un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos (art. 323.1), La agresión ha de dirigirse a estos lugares, en los que deberá encontrarse el documento.

El Juez en su sentencia puede imponer la reparación del daño causado en lo posible, a cargo del autor del hecho (art. 323.2).

Los delitos mencionados son susceptibles de comisión por imprudencia grave siempre que el daño producido supere los 400€ (art. 324 CP).

## **25. PRUEBA DE DOCUMENTOS PÚBLICOS POR DESAPARICIÓN DE LA ESCRITURA MATRIZ, EL PROTOCOLO O LOS EXPEDIENTES ORIGINALES**

Se quiere aludir sucintamente con ello a la posibilidad de “recuperación” de documentos (de la prueba de los mismos) en el caso de haber desaparecido como consecuencia de alguna de las conductas delictivas comentadas más arriba.

Tales previsiones las encontramos en el art. 1221 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

1º las primeras copias, sacadas por el funcionario público que las autorizara;

2º las copias ulteriores, libradas por mandato judicial, con citación de los interesados;

3º las que sin mandato judicial se hubiesen sacado en presencia de los interesados y con su conformidad.

A falta de estas copias, rigen criterios de antigüedad.

## **26. PROTECCIÓN JURÍDICO-PENAL DE LOS SISTEMAS Y ELEMENTOS LÓGICOS INFORMÁTICOS**

Son varias las aportaciones del CP 1995 a este respecto: la protección de los programas de ordenador en cuanto obra de creación intelectual, la integridad del programa de ordenador y la disponibilidad privativa de sistemas informáticos por parte de su propietario o de personas autorizadas.

En cuanto a otros productos multimedia, en principio entran en juego los mismos delitos y en semejantes condiciones que los que se comentan a continuación sobre los programas de ordenador, pues el bien jurídico es también en estos casos la propiedad intelectual o derechos de autor. No obstante, en relación con estos

productos es más significativa su regulación jurídica sustancial, es decir, en el ámbito del Derecho Civil, para lo que faltan todavía grandes acuerdos y mucha innovación respecto a su tratamiento jurídico, lo que todavía no se ha conseguido.

### **26.1. La protección del programa de ordenador en cuanto obra de creación intelectual. Los delitos contra la propiedad intelectual**

La protección de los programas de ordenador está asegurada por la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), que se ocupa de modo expreso de los mismos (de acuerdo con el RD Legislativo 1/1996, 12 abril, por el que se aprueba el texto refundido de la LPI; por medio de él se ha refundido en la misma la L. 16/1993, 23 diciembre, relativa a la incorporación al derecho español de la Directiva 91/259/CEE, 14 abril 1991, sobre la protección jurídica de los programas de ordenador).

Dicha protección ha sido reforzada con el CP a través de las *infracciones de derechos de autor* (art. 270 y ss.) (SAP Barcelona 21.2.90: programas de juegos; SAP Zaragoza 15.11.95: apropiación de software y soportes magnéticos de una empresa; SAP La Coruña 27.6.95: reproducción de sistema operativo y transformación de programa de facturación).

#### ***26.1.1. La piratería o copia ilegal de programas***

La importancia que ha ido adquiriendo en nuestro país el tratamiento de la información y de los datos de todo género ha favorecido una paralela e imprescindible creación y perfeccionamiento del soporte lógico (*software*) de los ordenadores, lo que a su vez ha planteado la necesidad de una adecuada protección jurídica del mismo. Esta necesidad ha permitido comprobar que con frecuencia los instrumentos jurídicos tradicionales de protección de las obras de creación humana de cualquier naturaleza son insuficientes, por la difícil ubicación entre ellas de estos nuevos productos, que comportan con frecuencia una ruptura con los conceptos y estructuras jurídicas hasta ahora utilizados. De ahí que el legislador haya tenido que intervenir en numerosos países -y, como veremos más abajo, incluida España- con el fin de establecer un nuevo marco jurídico que ampare a todas las nuevas manifestaciones del

pensamiento y creatividad humanas pero, desde luego, no sólo las vinculadas con las tecnologías de la información.

En derecho comparado y entre los especialistas se ha ido imponiendo el parecer de integrar la protección del soporte lógico dentro de los derechos de autor, que reúne la ventaja de poder atender tanto al aspecto moral (de tanta raigambre en los países latinos) como patrimonial de la propiedad intelectual. El derecho español tradicional antes de la reforma no parecía adecuado de *lege lata* para incluir todas las manifestaciones complejas y variadas que requiere la protección de los programas de ordenador, lo que condicionaba a su vez la intervención del Derecho Penal.

### **26.1.1. 1. Protección a través de la legislación civil: evolución**

La Ley de Propiedad Intelectual de 1987 supuso un cambio cualitativo en lo que se refiere a la protección de los programas de ordenador y a otras obras de creación y su reconocimiento expreso como objetos de derechos sustantivos de autor. Por otro lado, introdujo unos mecanismos de protección más ambiciosos, entre los que se incluye una revisión paralela del Código Penal relativa a los delitos contra los derechos de autor. Actualmente el texto en vigor es el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia., aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

Como adelantaba más arriba, la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) se hizo eco de las necesidades de un satisfactorio tráfico jurídico en este ámbito, siguiendo las directrices internacionales apuntadas sobre esta materia, aunque como indicaré más abajo, parece ser que han sido superados y han dado lugar a una nueva normativa.

De la definición de objeto de propiedad intelectual y consecuente protección de los derechos de autor podemos entresacar los rasgos que tienen especial relevancia para los programas de ordenador: ha de tratarse de una obra científica, expresada en cualquier medio o soporte, tangible o intangible, y que sea original. En efecto, aunque el soporte del programa es tangible (el disco donde se encuentra registrado) el medio de expresión

consiste en unos impulsos (instrucciones) eléctricos(as) intangibles, que son mencionados por la Ley, y por si hubiera dudas sobre su carácter científico -o aunque no lo fuera- incluye en esa relación, que ha de entenderse tan sólo a título ejemplificativo, los "programas de ordenador". Un aspecto que, a mi entender, no ha quedado plenamente delimitado por la Ley es el de cuándo se entiende que es original un programa, dado el extraordinario dinamismo de este sector y las constantes derivaciones y actualizaciones o revisiones a que puede dar lugar (aunque éstas son también objeto de protección por la LPI).

Una vez resuelta afirmativamente la importante cuestión de la protección civil de los programas, hay que ver cuál es el alcance exacto otorgado a la misma, pues de ello dependerá el ámbito de su protección penal, alcance que ha sido establecido en la nueva Ley. Con esta nueva ordenación jurídica de los derechos de autor que afecta a los programas de ordenador y a otras obras de creación de tecnología avanzada, se pretende, según reconoce el Preámbulo de la Ley, que "los derechos y obligaciones de los autores, así como los de los cesionarios de los derechos de explotación puedan quedar delimitados, de acuerdo con las tendencias preponderantes en el actual momento histórico y en beneficio de ambas partes, mediante la aplicación de un *justo equilibrio entre las normas de derecho necesario y el principio de autonomía de la voluntad*". Estas reflexiones y objetivos explican que se les haya otorgado una protección más limitada, la cual ciertamente responde a las especiales características de estas obras, y que se regule en un Título específico, de forma que las demás disposiciones de la Ley serán aplicables subsidiariamente, en defecto de lo prevenido en aquél (art. 95 de la LPI). En efecto, el Título VII del Libro I lleva la rúbrica "Programas de ordenador", que es el que regula esta materia de forma específica (arts. 95 a 104).

Se asimilan al programa a efectos de tutela la documentación técnica y los manuales de uso de un programa, así como las versiones sucesivas del programa y los programas derivados (art. 96).

Frente a este, llamemos, régimen tradicional, que se ha mostrado insuficiente y - sólo en parte- contradictorio con una Directiva de la Unión Europea sobre la materia, debe citarse el que ha establecido la Ley 16/1993, de 23 de diciembre, sobre la Protección Jurídica de los Programas de Ordenador.

En resumen, puede afirmarse que la protección reconocida a los programas de ordenador se efectúa otorgando prioridad a los intereses de los titulares de los derechos de explotación de los programas en detrimento de los autores materiales de los mismos y de los usuarios.

Por lo que se refiere a otros productos multimedia y a la copia no autorizada de los mismos a través de Internet o directamente del soporte tecnológico correspondiente (CD), está dando lugar a una intensa polémica en la opinión pública, debida en parte a una posición de dominio de las sociedades gestoras de los derechos de autor y a una legislación caótica, contradictoria y desfasada frente a los importantes cambios que se han producido en virtud de los desarrollos tecnológicos.

#### **26.1.1.2. La protección penal**

La LPI, aunque es una ley extrapenal, tiene sus efectos en el CP, pues de aquélla deberemos extraer el significado y alcance de algunos términos utilizados por éste último (protección penal de los derechos de autor), en virtud de la Sección 1ª (*De los delitos relativos a la propiedad intelectual*) del Capítulo XI (*De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores*) del Título XIII (*Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*) que incluye los artículos 270, 271 y 272. Como se adelantaba más arriba, estos delitos son aplicables también a las copias y distribuciones ilegales de otros productos multimedia. Como es lógico, aquí sólo nos ocuparemos de los aspectos penales de la infracción de los derechos de autor (los morales y los patrimoniales contra la propiedad intelectual).

No debe olvidarse que en esta materia rige el principio de subsidiariedad, es decir que la intervención del Derecho Penal ha quedado relegada a un segundo plano, como último recurso (*ultima ratio*), pues en principio debería ser más eficaz y rápida la tutela que pueda ofrecer la norma civil, por ejemplo, la indemnización de daños y perjuicios producidos por vulnerar los derechos de autor sobre las creaciones científicas, literarias o artísticas, incluidos los productos multimedia. Además, el principio de mínima intervención del Derecho Penal comporta que los delitos que acoge el CP constituyen las conductas lesivas más graves en contra diversas manifestaciones de los derechos de autor.

El art. 270 recoge lo que podríamos considerar tipo básico de este delito (sin perjuicio de lo que se indicará más abajo sobre el art. 270.3 y la nueva regulación introducida por la LO 5/2010, de modificación del CP), mientras que el art. 271 contiene unos tipos agravados o cualificados. Por su parte, el art. 272 se ocupa de diversos aspectos de la responsabilidad civil derivada del delito, así como la extensión a la vía procesal penal de ciertas medidas cautelares, lo que también habrá de ser objeto de análisis más abajo. Con estos delitos el legislador ha abandonado definitivamente la técnica legislativa de la 'ley penal en blanco' en su sentido más amplio, por ser contraria al principio de legalidad de los delitos, en cuanto que son enunciadas todas las conductas en sus aspectos esenciales que pueden dar lugar a la infracción penal.

De todos modos, para conocer el contenido exacto de las acciones típicas hay que acudir en principio a la LPI -y con mayor razón cuando se refieren a los programas de ordenador-, puesto que se les suele otorgar un significado más restringido que el común y en concreto más limitado todavía para los programas de ordenador frente al alcance que la Ley les reconoce en relación con otros derechos de autor más 'consagrados': se comportan como elementos normativos del tipo.

#### *26.1.1.2.1. Tipo básico*

##### *1. El tipo objetivo: conductas de ejecución alternativa punibles*

Veamos brevemente los elementos de este delito centrándonos y acentuando, como es lógico, lo que ofrezca mayor interés para la vulneración de los derechos de autor que recaen sobre un programa de ordenador. La acción consiste en 'reproducir', 'plagiar', 'distribuir', 'comunicar públicamente' (total o parcialmente) o 'transformar' una obra literaria, artística o científica, etc., o su 'importación', 'exportación' o 'almacenamiento'.

Con la sanción penal del **plagio** se quieren proteger los derechos morales del autor sobre su obra, si bien el ánimo de lucro, según se expondrá más abajo, limita el alcance de la protección penal frente a tan grave infracción; mientras que las demás conductas típicas se refieren a los derechos de explotación de aquélla. De la LPI podemos deducir en la mayor parte de los casos qué debemos entender por cada una de estas conductas. Hay que ver, en primer lugar, cómo afecta el plagio a los programas de

ordenador. No constituye plagio la realización de versiones sucesivas de un programa de ordenador ni de programas derivados del mismo por parte del cesionario titular de los derechos de explotación, salvo que hubiera mediado pacto en contrario con el autor, pues se pretende con ello facilitar su perfeccionamiento o adaptación a la función específica que se le quiera dar.

Como podemos comprobar, el derecho moral del autor de un programa está muy limitado legalmente y si además tenemos en cuenta que las versiones sucesivas y los programas derivados son también objeto de protección expresa por la LPI (art. 96), el requisito de originalidad queda muy reducido en esta clase de obras.

En cuanto a la **reproducción**, se entiende la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella. Sin embargo, en lo relativo al programa de ordenador el concepto de reproducción es más limitado, pues no se considera como tal la introducción del programa en memoria interna a los solos efectos de su utilización por el usuario; ni tampoco la copia de seguridad (art. 100. 2 de la LPI). En los demás casos, la reproducción del programa, incluso para uso personal, exigirá la autorización del titular del derecho de explotación. Limitaciones al ejercicio exclusivo de este derecho de explotación justificada, una vez más, por las características técnicas de funcionamiento de estas obras.

La **distribución y la comunicación pública** no ofrecen especiales particularidades en relación con los programas, salvo recordar que es posible distribuirlos y comunicarlos a otros usuarios por medio del mismo ordenador a otro ordenador, si están conectados entre si (a través de un *modem*), pues, como sabemos el programa tiene como destino natural un ordenador.

La utilización de este mismo procedimiento rebasando las fronteras nacionales (lo que sabemos que es relativamente fácil) dará lugar a las conductas típicas de **importar o exportar** a que se refiere el 270 párrafo 2º.

Por **transformación** de una obra hay que entender, de acuerdo con la LPI, su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente. Sin embargo, para los programas no constituye transformación la adaptación de un programa realizada por el usuario para la

utilización exclusiva por el mismo, ni la ya indicada realización o autorización de realización de versiones sucesivas del programa ni de programas derivados del mismo por parte del cesionario titular de los derechos de explotación.

## *2. El tipo subjetivo*

Respecto a los elementos subjetivos del tipo, además de la necesidad de que concurra el dolo en el sujeto activo, conviene destacar que el art. 270 párrafo 1º exige expresamente la concurrencia de dos elementos: ánimo de lucro, por un lado, y perjuicio de tercero, por otro (este último, dada la configuración del tipo, debe estar abarcado por el dolo del autor). La extensión del ánimo de lucro a todas las modalidades comisivas restringe considerablemente el alcance de la protección penal, en particular a la vertiente moral de los derechos de autor, restricción que no existía cuando se renovaron con profundidad por primera vez estos delitos en 1987.

### **26.1.1.2.2. Tipos atenuados**

La LO 5/2010, de modificación del Código Penal, ha introducido dos tipos atenuados, en atención a la cuantía del conjunto de lo defraudado, y en todo caso si no superan los 400 euros, si se dan las demás circunstancias que se establecen para el primer supuesto, en cuyo caso se sancionará como falta:

"No obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo siguiente, el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. En los mismos supuestos, cuando el beneficio no exceda de 400 euros, se castigará el hecho como falta del artículo 623.5." (art. 270.1, 2º párr.).

El legislador toma así en consideración las propuestas de algunos sectores de que los hechos de distribución o venta de productos multimedia, en concreto, productos de audio (música), visuales (películas) y programas de ordenador de uso doméstico, que se venden en la calle, frecuentemente por personas en situación de grave penuria económica (un buen número de ellos inmigrantes, tanto legales como ilegales), no sean sancionados penalmente o lo

sean de forma muy reducida, siendo ésta segunda la opción tomada por el legislador.

### **26.1.1.2.3. Tipos agravados**

En el artículo 271 se recogen varios tipos agravados. Básicamente cuatro son las causas de agravación que dan lugar a dicha agravación: a) que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica, b) que el daño causado revista especial gravedad, c) que el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual y d) que se utilice a menores de 18 años para cometer estos delitos, con lo que, frente a la configuración anterior, parece que se ha pretendido al configurar dicha agravación otorgar mayor importancia a la perspectiva vinculada a la vulneración de los derechos de explotación que a la esfera moral. En este caso, la pena será de prisión de uno a cuatro años, multa de 8 a 24 meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido por un período de dos a cinco años.

Especial interés reviste la responsabilidad civil prevista en el artículo 272. El art. 272 párrafo 2º de ellos contempla una especie de reparación moral para el autor, sin perjuicio de otras reparaciones o indemnizaciones por el daño moral sufrido. El art. 272 párrafo 1º remite directamente a la LPI para la indemnización de los daños y perjuicios, sin que sea necesario acudir para los supuestos más específicos a la vía civil paralela o posterior (haciendo, por ejemplo, reserva de las acciones civiles en el proceso penal), como es el cese de la actividad ilícita, incluso en lo concerniente a la solicitud con carácter previo de las medidas cautelares de protección urgente, como prevé de forma expresa la referida Ley.

El art. 273.3 viene a resolver las dudas que pudiera plantear en la actualidad la protección penal de las topografías de los productos semiconductores, dada su naturaleza aparentemente mixta de creación intelectual y de producción industrial, decantándose por esta última vía de forma expresa.

### **26.1.2. Infracción relativa a actos preparatorios contra los sistemas de protección de programas de ordenador**

La novedad del CP en esta materia se encuentra en el art. 270.3, según el cual será castigada con la pena de prisión de seis meses a dos años y de multa de seis a veinticuatro meses la fabricación, importación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador.

Como puede comprobarse, con este delito (que tiene su origen en la Directiva señalada) se adelanta considerablemente la intervención del Derecho Penal a los actos preparatorios que pueden facilitar a otras personas inexpertas la comisión del delito; son, pues, previos a la comisión del delito que es realmente atentatorio contra el bien jurídico. Los actos preparatorios son impunes salvo que la ley indique expresamente lo contrario, debiendo señalar su extensión, es decir, a qué conductas alcanza. Esto es lo que hace el CP en el precepto mencionado.

Por este motivo parecen atendibles los criterios que proponen una interpretación restrictiva del precepto: al comportamiento ha de exigírsele, en consonancia con el tipo de referencia, el ánimo de lucro y la intención de perjuicio de tercero.

## **26.2. La integridad del programa de ordenador. La destrucción o inutilización de un programa de ordenador**

La destrucción o inutilización de un programa de ordenador también podría ser castigada por esta vía penal, pero más frecuentemente por los delitos de daños, al igual que si afecta a una base de datos, fichero o documento informatizado, pues estos delitos no requieren necesariamente que el objeto sobre el que recae la acción consista en una cosa material (así, correctamente, respecto al ACP, ya la SAP Castellón 2 mayo 1989).

Para disipar las dudas que pudieran existir, el legislador ha introducido en el CP 1995 un nuevo tipo específico de daños, en el que se incriminan de forma explícita tales hechos: por cualquier medio destruir, alterar, inutilizar o de cualquier otro modo dañar los datos, programas o documentos electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos (art. 264.2). Nótese que se trata de un tipo agravado, cuya justificación político-criminal ha de encontrarse en la mayor vulnerabilidad que presentan los sistemas informáticos y sus elementos a

cualquier acción destructora o inutilizadora. Desde luego, una vez asumida tal decisión legislativa, es correcta su integración junto con los demás delitos de daños, pues presentan la misma naturaleza en todos sus aspectos, razón que ha de disipar cualquier temor sobre el desdibujamiento de estos delitos. De las conductas alternativas que acoge el tipo merece destacar la de alterar, que implica eliminar la funcionalidad de los datos, programas o documentos en relación con su destino o uso.

Dado que el objeto material de la acción de alterar puede recaer sobre datos de carácter personal, y que el art. 197.2 también incorpora al tipo la misma acción típica, será el componente subjetivo de la acción el que ayude a delimitar si es uno u otro delito el aplicable. Como es obvio, las acciones que recaigan sobre los soportes físicos será punible a partir del tipo básico (art. 263) o, de ser pertinente, de los tipos agravados del art. 264.1.

### **26.3. La disponibilidad privativa de sistemas informáticos por parte de su propietario o de personas autorizadas. Agresiones en el soporte material informático. La utilización ilegítima un sistema informático**

El único comportamiento agresivo en el soporte material informático (aparte de los daños físicos) que presenta ciertas novedades -y ello hasta cierto punto- vinculadas a estas tecnologías se reduce en la práctica a la conducta que se ha venido conociendo como hurto de uso del tiempo del ordenador o de un sistema o terminal informático o telemático, es decir, la utilización sin autorización de éstos por un tercero durante un tiempo determinado sin que implique la traslación física del aparato ni el ánimo de apropiación del mismo (por este motivo y otros, que no vienen ahora al caso, es preferible la denominación de utilización ilegítima frente a la de hurto de uso). La importancia económica de estas incursiones es menor, pero tampoco desdeñable. Por supuesto, su interés radica no en el consumo energético, sino en valerse gratuitamente y sin autorización de una alta tecnología que, en sus prestaciones más sofisticadas, es todavía muy costosa.

En el Anteproyecto de Código Penal de 1992 no se preveía la sanción penal de la utilización ilegítima del tiempo de terminales informáticos, esto es, la utilización sin autorización -o extralimitándose en la autorización- de los mismos durante un

tiempo determinado, obteniendo de este modo su autor la prestación de determinados servicios, en ocasiones muy costosos. De todos modos, no parecía adecuada su incriminación desde un punto de vista político-criminal. Sin embargo, lo que se ha revelado de mayor relevancia económica es el acceso no consentido a sistemas informáticos y telemáticos (acceso a internet, correo electrónico, bases de datos previa suscripción con pago, etc.)

El CP 1995 modificó en parte esta situación, al introducir un tipo delictivo específico al respecto dentro de las defraudaciones, relativo al uso de cualquier equipo terminal de telecomunicación sin el consentimiento de su titular, ocasionando a éste un perjuicio superior a 400 euros (art. 256; la falta correspondiente del art. 623.4 no alude ya a "perjuicio", sino a la "defraudación en cuantía no superior a 400 euros" en equipos de telecomunicación, lo que implica que el ánimo de lucro está también implícito en el delito), lo que acoge, por supuesto, tanto el uso de medios telemáticos (internet), como la utilización ilegítima de terminales telefónicas por cable o por ondas (teléfonos fijos y móviles).

## **27. La protección de los productos multimedia**

La red se ha convertido en un medio de gran utilidad para adquirir diversos productos multimedia (música, películas, libros electrónicos, etc.), por lo que este mercado se ha convertido en un medio muy ágil para el comercio de estos productos, y mucho más barata su producción (se prescinde de soportes materiales) y distribución (muchos intermediarios ya no son necesarios, por poder ser directa la venta al cliente; y los que se mantienen o crean son muy potentes y alcanzan a todo el planeta).

También es cierto que la red es fuente de intercambio y obtención no legítima de estos productos, lo que puede perjudicar gravemente a los autores y a los productores y distribuidores.

Como se apuntaba más arriba, son necesarias nuevas reglas de juego que atiendan a la nueva situación, acordes con ésta, y que satisfaga a todas las partes, incluidos los consumidores. Mentalidades nuevas, innovación e imaginación son requisitos imprescindibles para una nueva regulación jurídica de la propiedad intelectual en este importantísimo sector.

Sea como fuere, al Derecho Penal le corresponderá una función de ultima ratio, es decir, de intervenir a la luz de lo que establezca la

legislación civil ahora y en ese deseado futuro, como último recurso. Por eso para este aspecto penal nos podemos remitir a lo expuesto más arriba sobre la protección penal de la propiedad intelectual.

## **28. (vacío de contenido)**