

Estrategias y límites en la prevención del delito dentro de la empresa

A propósito del control del correo electrónico del trabajador como posible violación de la
intimidad (*ex* artículo 197 CP)

José R. Agustina Sanllehí

Universitat Internacional de Catalunya

Abstract*

En el marco de la criminalidad intra-empresarial, se originan ciertos deberes de vigilancia y control del empresario respecto de aquellos delitos que llegan a cometerse en su esfera de organización, en virtud de los cuales puede llegar a imputársele distintos grados de responsabilidad por el hecho ajeno. Junto a ello, se erigen también determinados límites que derivan del debido respeto a la privacidad del trabajador. Así, en base a tales límites la implementación de estrategias de prevención y control debe realizarse conforme a ciertos principios que logren un equilibrio entre los intereses contrapuestos, sin que puedan desarrollarse medidas de injerencia de forma ilimitada. En tal contexto, tiene particular incidencia el modo en que se deben interpretar las condiciones en las que puede llegar a realizarse un tipo penal –concretamente, el relativo al delito de descubrimiento y revelación de secretos, en su aplicación particular al control del correo electrónico del trabajador–. En todo caso, el análisis de las causas de justificación que pueden tener virtualidad en determinados casos–límite no puede realizarse sin atender a las particularidades del entorno empresarial, al carácter oculto de la agresión y al modo en que la amenaza que supone el delito del trabajador provoca que el empresario se encuentre sin los medios necesarios para defenderse del ataque.

In the framework of crime within organizational settings, certain duties of surveillance and control by the employer can be identified to avoid the attribution of liability for those crimes committed by others within the organization. On the other hand, some limits also arise from the employer's duty to respect an employee's privacy. As a result, the implementation of prevention and control strategies must be put into practice respecting certain principles in order to balance conflicting interests, so that no strategies can be applied without certain boundaries. A comprehensive analysis of this problem, using an interdisciplinary focus, is carried out to identify and better understand (i) the types of crimes perpetrated within an organizational setting, (ii) the tools and ways of implementing control, and (iii) the deriving privacy conflicts. This analysis is aimed at informing decision-making issues regarding prevention policies or strategies adopted by public and private agents, as well as the elaboration process and application of norms –whether criminal, organisational or administrative ones. An analysis of the justifications that employers may invoke in their favour in certain limited cases cannot be completed without assessing (i) the contextual particularities of the company's environment, (ii) the hidden character of the liability risk, and (iii) the way in which the threat embodied by the employee's crime leaves employers with-out the necessary means to defend themselves against this risk.

Einem Unternehmen als juristische Person, und damit dem Geschäftsführer dieses Unternehmens, können Delikte seiner Arbeitnehmer dann zugerechnet werden, wenn die Arbeitnehmer im Rahmen ihrer Tätigkeiten, die sie für das Unternehmen aufgrund ihrer dienstvertraglichen Pflichten durchführen, unrechtmäßig handeln. Dem Geschäftsführer entstehen dadurch gewisse Überwachungs- und Kontrollpflichten, um firmeninterne Kriminalität innerhalb seiner Organisationssphäre hintanhalten zu können. Gleichzeitig dürfen diese Überwachungs- und Kontrollbefugnisse nicht unbegrenzt gelten, um die

* El presente artículo recoge buena parte de las conclusiones contenidas en la tesis doctoral defendida por José R. Agustina Sanllehí (jragustina@uic.es) en la Universitat Pompeu Fabra, bajo la dirección de los profesores Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (UPF) y Joan FONTRDONA FELIP (IESE), y que llevaba por título: «Estrategias de prevención y deberes de control en la criminalidad intra-empresarial. Especial referencia al delito de descubrimiento y revelación de secretos en su aplicación al control del correo electrónico del trabajador».

(durch Art 8 EMRK grundrechtlich geschützte) Privat- und Intimsphäre des Arbeitnehmers nicht unverhältnismäßig zu beschränken. Bei der Implementierung der Vorbeugungs- und Kontrollstrategien in einem Unternehmen bedarf es daher gewisser Grundsätze und Richtlinien, die einen Ausgleich zwischen den entgegen gesetzten Interessen schaffen sollen. In diesem Kontext ist die Art und Weise, wie eine bestimmte Straftat durch den Arbeitgeber aufgedeckt wurde, von besonderer Relevanz, insbesondere bei der Enthüllung und Offenlegung von Geheimnissen, etwa durch Kontrolle des E-Mailverkehrs des Arbeitnehmers. Eine Bewertung der möglichen Rechtfertigungsgründe, auf die sich der Arbeitgeber in bestimmten Grenzfällen berufen kann, muss unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Firmenumfeldes erfolgen; es sind weiters auch der Heimlichkeitscharakters der Straftat in die Betrachtung mit einzubeziehen sowie die Konsequenzen, die Straftat des Arbeitnehmers für das Unternehmen hat, sodass etwa der Arbeitgeber nicht mehr in der Lage ist, sich vor dem Angriff gegen sein Unternehmen, wie z.B. der Preisgabe von Firmengeheimnissen, schützen zu können.

Title: Strategies and limits on crime prevention within organisational settings.

Titel: Strategie und Grenzen der Deliktprävention im Unternehmen.

Keywords: Criminality inside a company: ethical and criminological analysis. Insider crime, employee crime, and economic crime. Crime prevention strategies inside a company: duties of control and civil liability *ex delicto*. Technology and crime: email privacy. Employee privacy, illegal evidence, and exclusionary rules. Privacy and Criminal Law.

Stichwörter: Betriebskriminalität: ethische und kriminologische Analyse. Betriebskriminalität, Straftaten gegen die Rechte der Arbeitnehmer, Wirtschaftsstrafrecht, Strategie für die Verbrechensvorbeugung innerhalb des Unternehmens: Kontrollpflichten und die von dem Delikt abgeleitete zivilrechtliche Haftung. Delikt und Technologie: elektronische Postgeheimnis. Arbeitnehmerdatenschutz, unzulässiger Beweis und Regeln der Unzulässigkeit. Privatsphäre und Strafrecht.

Palabras clave: Delincuencia intra-empresarial: análisis ético y criminológico. Delitos dentro de la empresa, delitos de los trabajadores, delitos económicos. Estrategias de prevención del delito en la empresa: deberes de control y responsabilidad civil derivada de delito. Tecnología y delito: privacidad del correo electrónico. Intimidación de los trabajadores, prueba ilícita y reglas de inadmisibilidad. Privacidad y Derecho penal.

Sumario

1. Introducción: un enfoque interdisciplinar
2. Primera parte: aproximación criminológica al delito dentro de la empresa
3. Segunda parte: responsabilidad empresarial por omisión y estrategias preventivas y reactivas frente al delito
4. Tercera parte: colisiones de deberes y conflictos de intereses, ¿cuándo es legítima la limitación de la *privacy*?
5. Cuarta parte: análisis del tipo penal previsto en el art. 197.1 del Código Penal
6. Conclusiones
7. Elenco de casos prácticos
8. Bibliografía
9. Tabla de jurisprudencia citada

1. Introducción: un enfoque interdisciplinar

En el contexto de las estrategias de prevención del delito, el empresario se halla con frecuencia ante la necesidad de limitar la esfera de privacidad de sus trabajadores. Tales limitaciones pueden constituir medios necesarios no sólo a fin de lograr la *evitación* de comportamientos desviados o propiamente delictivos, cometidos con ocasión de la prestación laboral, sino que también pueden encaminarse a garantizar una pronta y eficaz *reacción* frente a los mismos, ante las amenazas y peligros que emanan del interior de las organizaciones¹.

Con todo, los problemas que suscita la propia definición y la efectiva protección jurídica de la *privacidad* de la persona son de una enorme complejidad, esconden tras de sí una riqueza filosófica y conceptual de gran alcance y poseen una relevancia creciente, de primer orden, en las sociedades contemporáneas². Con el progresivo avance y desarrollo tecnológico, ciertamente, una de las amenazas a los derechos fundamentales que genera en la actualidad una mayor *psicosis colectiva* guarda relación, sin duda, con una intensa afectación de la privacidad de la persona en los distintos contextos en los que ésta desarrolla sus relaciones sociales y comunitarias. Al margen de consideraciones objetivas y del balance entre diferentes intereses y derechos en conflicto, preservar un espacio de autonomía libre de intrusiones constituye una aspiración personal de gran importancia para la tranquilidad emocional del individuo. A propósito de esta realidad innegable –«the most comprehensive of rights and the right most valued by civilized men» (*Omstead v. U.S.*, 277 U.S. 438 (1928) Supreme Court)–, si bien en un pasado no lejano estaba amenazada principalmente por la acción de los poderes públicos, desde hace unas décadas se han diversificado los nuevos desafíos que conciernen a la privacidad, intensificándose de modo especial en el ámbito de las relaciones laborales³.

En esta situación, el empresario se enfrenta a graves peligros y nuevas amenazas como resultado de los delitos que puedan cometer los trabajadores a su cargo⁴. En este contexto, *¿cómo se debe proteger la intimidad de los trabajadores y garantizar, al mismo tiempo, la indemnidad del patrimonio empresarial y de otros bienes jurídicos en la esfera de dominio del empresario?*

El enfoque particular de nuestras reflexiones parte de la constatación de que en el entorno fáctico-jurídico en el que suceden los delitos intra-empresariales puede decirse, de un modo especialmente intenso, que *el contexto determina considerablemente la interpretación*. Por ello, del

¹ Obsérvese que, sin perjuicio de utilizar la expresión “empresa”, las reflexiones contenidas a lo largo del presente artículo pueden aplicarse al ámbito de las organizaciones, ya sean públicas o privadas, con ánimo de lucro o sin él. Los delitos cometidos dentro de las organizaciones, así como las estrategias de prevención y reacción ante ellos, no se distinguen, a tales efectos, en función de la naturaleza de la asociación de personas que todas ellas comporta.

² SOLOVE, *Understanding Privacy*, 2008, ix-x, en el prefacio introductorio.

³ Véase, a modo de ejemplo, un elenco de casos prácticos *infra* (apartado n. 7).

⁴ «With just a few clicks of a mouse», un empresario puede perder secretos de empresa de gran valor o información confidencial perteneciente a la compañía, puede ser responsable por violación de los derechos de *copyright*, o exponerse a una denuncia por haber permitido la creación de un entorno hostil en el lugar de trabajo. El crecimiento exponencial en el uso del correo electrónico e Internet, su naturaleza expansiva y omnipresente, vienen a subrayar la necesidad de monitorizar la actividad en el lugar de trabajo –por lo que aquí se refiere en su dimensión electrónica–, a fin de mantener bajo control tal responsabilidad (PORTER II/GRIFFATON, *Between the Devil and the Deep Blue Sea: Monitoring the Electronic Workplace*, 2003).

análisis interdisciplinar del entorno empresarial se deriva que éste debe condicionar la labor interpretativa del delito de descubrimiento y revelación de secretos en el ámbito interno de la empresa. Partiendo así de un enfoque criminológico que ha pretendido dar cuenta de los factores culturales, normativos y de orden pragmático que convergen en la empresa, se ha enmarcado la interpretación del art. 197 CP en una visión pretendidamente omnicomprendensiva respecto de la *tensión intrínseca* entre prevención y privacidad. Como resultado, han aflorado un conjunto de elementos relevantes que conduce a reinterpretar el tipo penal *genérico* previsto en el art. 197 CP en su concreta aplicación al mundo empresarial.

Sin embargo, la realidad fáctica no sólo debe incidir en la interpretación de las normas penales, sino que *el contexto debe también orientar decisivamente la Política criminal*. Al hilo de nuestro discurso, se puede apreciar así el punto de engarce entre Criminología, Política criminal y Derecho penal. Desde tal perspectiva de análisis se pone de manifiesto que las distintas ciencias penales y criminológicas no pueden concebirse como *compartimentos estancos*, sino que, por el contrario, confluyen e interactúan de modo que constituyen un conjunto de saberes interdependientes con vocación de unidad de fines.

Así, con el propósito de tratar de analizar desde un punto de vista integrador las distintas cuestiones que se presentan en tales contextos, hemos realizado alguna toma de posición respecto de diferentes teorías explicativas, distintas perspectivas de análisis que tienen aplicación en el modo de resolver la colisión entre los deberes de control del empresario y la privacidad del trabajador. Sin perjuicio del conveniente análisis jurídico, se han realizado afirmaciones en las que subyace (1) una «teoría de la prevención del delito» y de la función de las normas jurídico-penales, en relación con un concepto de empresa conforme con la dignidad de la persona; (2) una «teoría de la privacidad» que aborda la necesaria reinterpretación del concepto liberal de privacidad a la luz de las corrientes comunitaristas, en su aplicación concreta a la empresa, la prevención del delito y la justificación punitiva de la sanción aplicable; (3) una «teoría de la tecnología» que permite reducir un uso de la misma que pueda tener efectos contraproducentes, tanto para el empresario como para el trabajador, y que trata de explicar el modo en que interactúan tecnología y delito; (4) una «nueva visión interdisciplinar del análisis económico del Derecho», de modo que se establecen ciertos límites a la libertad en el análisis estratégico de conveniencia en función de un interés público superior, concretamente, del cumplimiento de las finalidades del Derecho penal y de la función pública de la pena.

La utilización de un *enfoque interdisciplinar* sobre la realidad fáctica en que tienen lugar los conflictos en torno a la privacidad se realiza con carácter antecedente, logrando de esta forma proporcionar un terreno fecundo para el posterior análisis de la «toma de decisiones» sobre políticas o estrategias de prevención por parte de los distintos agentes públicos y privados, así como para la misma elaboración y aplicación de las *normas jurídicas* que inciden en sentido amplio sobre la delincuencia en la empresa –sean normas de naturaleza penal, administrativa o laboral–. Es decir, la investigación criminológica sobre la realidad delictiva en la empresa contribuye de este modo a desarrollar las distintas estrategias que el empresario puede emplear con la finalidad de prevenir delitos de los trabajadores, proteger el patrimonio empresarial y, de modo indirecto, maximizar los beneficios económicos de la empresa. Sin embargo, a este respecto, la consiguiente reducción de las tasas de delito mediante la implementación de estrategias de prevención y control sobre los trabajadores debe conjugarse en todo caso con un

trato humano que no degrade la dignidad de la persona y que fomente al mismo tiempo la necesaria confianza.

Siguiendo a Wikström y Sampson⁵, la *interdisciplinariedad* requeriría integrar en el discurso criminológico al menos cuatro tipos de niveles: (1) distintas teorías (por ej., la relativa al aprendizaje social y el control social), (2) distintos métodos (por ej., el cualitativo y el cuantitativo), (3) distintos niveles de análisis (por ej. el individual y aquél circunscrito a la esfera del inmediato vecindario) y (4) distintas disciplinas (así por ej., la psicología y la sociología).

De entre una compleja concurrencia de condicionantes, un factor de enorme relevancia que refuerza la fundamentación de la legítima invasión en la privacidad del trabajador por parte de la empresa resulta de la configuración de *posiciones de garantía* que tiene lugar en la estructura y organigrama empresarial: *quien debe, puede*. Como se verá, del análisis de los regímenes de responsabilidad civil del empresario por actos lesivos cometidos por sus subordinados deriva de este modo una más amplia justificación de recortes en la privacidad de los trabajadores.

Así, en razón del contexto empresarial, la configuración de espacios de privacidad en favor de los trabajadores no puede dejar de entenderse como una *esfera de protección condicionada*. Especialmente, cuando se refiere a instrumentos de trabajo puestos por el empresario a disposición de los trabajadores. La expectativa de privacidad sólo se puede mantener, por tanto, cuando la confianza depositada en el trabajador permanece *objetivamente inalterada*, de forma que si se verifican indicios racionales de un uso fraudulento de las herramientas de trabajo –en tanto espacios de privacidad– constituyendo el medio para perpetrar acciones delictivas se viene a legitimar la adopción de medidas intrusivas por parte de la empresa. De esta forma, la deslealtad y abuso de confianza legitiman o justifican el empleo de formas de control extraordinarias que tienen efectos en el *régimen ordinario* mediante el que se configura la protección jurídica de la privacidad, tanto en su regulación laboral como penal.

2. Primera parte: aproximación criminológica al delito dentro de la empresa

En la *primera parte* se analiza, por tanto, desde una *perspectiva interdisciplinar* (i) los factores que convergen en el fenómeno delictivo «ad intra» en el interior de la empresa, (ii) el modo de enfocar sus causas y manifestaciones a fin de tratar de construir una teoría general descriptiva y, finalmente, (iii) la importancia del *factor confianza* en la entraña misma de la empresa en cuanto «comunidad de personas»⁶.

1. La delincuencia que tiene lugar en el entorno empresarial, que surge y se desarrolla *en* la empresa y *desde* la empresa, presenta unas particularidades propias que se reflejan en el *modus operandi* de los sujetos activos. Así, el modo de acometer la perpetración del hecho delictivo guarda estrecha relación con el contexto en el que interaccionan los miembros de la empresa,

⁵ WIKSTRÖM/SAMPSON, *The Explanation of Crime. Context, Mechanisms and Development*, 2006, p. 1 y ss.

⁶ Como resultado, teniendo presente la centralidad de la confianza en las relaciones interpersonales, se ha tratado de describir la naturaleza de los problemas y conflictos que surgen cuando se produce un quebranto en las expectativas mutuas que provoca una erosión de los vínculos comunitarios y una ulterior desestabilización del sistema.

caracterizado por la propia lógica del mundo empresarial y los códigos de conducta que el *modo de ser de la empresa* imprime en quienes en ella se relacionan.

2. El diagnóstico de los distintos tipos de factores que interactúan debe realizarse sobre la base de una *aproximación antropológica* al delito del trabajador, en la que se trate de describir el fenómeno delictivo a partir del puesto de trabajo y del perfil criminológico que de él se deriva⁷. De este modo, se pueden prevenir *situaciones delictivas comunes* mediante la elaboración de patrones delictivos específicos, tratando de establecer relaciones entre *tipos de trabajo* y *tipos de delitos*.

3. Al margen de las discusiones doctrinales en torno a la definición y las distintas clasificaciones del delito en el entorno empresarial –en cierta medida de carácter *nominalista*⁸–, la relevancia de la aproximación criminológica consiste en describir y explicar la delincuencia en el entorno empresarial tratando de abordar una *teoría fenomenológica del delito en la empresa*.

En este sentido, desde un punto de vista analítico, la delincuencia en la empresa presenta los siguientes rasgos generales: (i) nos encontramos ante un delito *intra-empresarial*, es decir, ante un «conflicto interno», una realidad criminológica *intramuros* que, por la naturaleza de la agresión antijurídica, deviene una *infracción pública*⁹; (ii) el núcleo del hecho antijurídico se fundamenta generalmente en un quebranto de las expectativas de fidelidad, es decir, estamos ante un *delito de deslealtad* en el que una de las partes protagoniza un *abuso de confianza*; (iii) el *modus operandi* del autor pretende ser *imperceptible al control*, realizando de este modo un delito en cierto modo transparente¹⁰; (iv) por esa misma razón, en numerosas ocasiones la gravedad o el montante del hecho antijurídico es objeto de fragmentación por parte del autor, resultando ser el delito una suma de actos aparentemente insignificantes que, considerados de forma aislada, podrían parecer *injustos de bagatela*–; es decir, con frecuencia nos hallamos ante un *delito continuado* en el tiempo¹¹; (v) por las consecuencias sociales y económicas que conlleva, estamos ante un delito de extrema gravedad, a pesar de que, en ocasiones, *el daño sea difícilmente objetivable o identificable* –en cierto modo, la empresa es un bien jurídico colectivo o un *interés difuso*, en los que el nexo que une acción y daño (*social harm*) presenta vínculos débiles–; y (vi) finalmente, se trata de un *delito sin víctima aparente* o al menos difícilmente identificable –el «*occupational crime*» como delito perpetrado por quien se aprovecha de los puntos débiles del sistema (*free rider*)–.

4. Desde un punto de vista sistémico, para alcanzar el mayor nivel de rendimiento potencial en la empresa la *confianza* resulta ser un factor determinante. La erosión de los vínculos sociales basados en la confianza ha tenido, en este contexto, una enorme repercusión en la sociología de las costumbres, la ética en los negocios y la cultura popular¹². En este sentido, el concreto impacto que ha tenido la irrupción de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral ha representado, al mismo tiempo, tanto una fuente adicional de oportunidades para la corrupción de los

⁷ MARS, *Cheats at Work. An Anthropology of Workplace Crime*, 1982.

⁸ FRIEDRICH, «Occupational crime, occupational deviance, and workplace crime: Sorting out the difference», *Criminal Justice* (3), 2002, pp. 243–256.

⁹ BUSSMANN, «Causes of Economic Crime and the Impact of Values: Business Ethics as a Crime Prevention Measure», paper presented at the Swiss Conference on Coping with Economic Crime. Risks and Strategies, 2003.

¹⁰ JUPP/DAVIS/FRANCIS, «The features of Invisible Crimes» en DAVIS/FRANCIS/JUPP, *Invisible Crimes. Their Victims and their Regulation*, 1999.

¹¹ HARDING/JENKINS, *The Myth of Hidden Economy*, 1989.

¹² FRANKEL, *Trust and Honesty. America's Business Culture at a Crossroad*, 2006.

trabajadores, como también una mejora en la capacidad de monitorización y vigilancia por parte del empresario.

5. Desde un tal análisis global del sistema empresarial, la confianza, entendida de forma adecuada, no disminuye necesariamente por el hecho de establecerse sistemas de monitorización y vigilancia siempre que éstos se implementen con la debida prudencia, aun existiendo el riesgo de que suceda. A tales efectos, se revela decisiva la postura que se sustente acerca de lo que deba entenderse consustancial al «concepto de empresa», sus rasgos definitorios esenciales, así como la ordenación y armonización de los fines que se propone realizar la empresa como *institución*¹³.

De este modo, dependiendo del planteamiento o modelo adoptado, la relación entre el empresario y los trabajadores tenderá a reflejar, con mayor o menor intensidad, una *lógica de la confianza* o a una *lógica del control*, con las importantes consecuencias que cada opción conlleva. En el contexto del intenso debate entre liberalismo y comunitarismo que subyace a esta discusión, ha comenzado a emerger una nueva forma de aproximarse a la gestión y dirección empresarial desde tales postulados comunitaristas, en base a nuevos paradigmas que sugieren que la implementación de distintos mecanismos de participación plural garantizan una «respuesta proactiva» de la empresa a los problemas sociales.

6. Desde una *concepción comunitarista de la empresa*, la incorporación del trabajador a la misma y la consiguiente creación y consolidación de los vínculos de ese «mundo en común» que resulta de la pertenencia a la comunidad empresarial debe tender a una vinculación de esferas y a una participación mutua en los fines. Desde tal lógica, la armonización entre el fin personal y el fin corporativo resulta clave y, a tal fin, se debe promover de forma práctica la identificación positiva del trabajador con la propia empresa¹⁴.

7. Al abordar el análisis de la confianza desde una perspectiva sociológica general, se constata que el recurso al «abuso de confianza» está adquiriendo unas dimensiones sociales que, de modo progresivo, parecen erosionar paulatinamente los fundamentos generales de la convivencia y los lazos comunitarios. En la identificación de las causas, se puede apuntar como un factor nada despreciable la «relativización de los valores», especialmente de aquéllos que construyen y fundamentan una sociedad justa: la lealtad, la honradez, la solidaridad. En este sentido, existen sobradas evidencias de haberse producido un movimiento hacia una mayor aceptación del fraude (*dishonesty*) como *estilo de vida (way of life)* y hacia su justificación (*dishonesty is not that bad*).

¹³ En este sentido, algunas visiones de la empresa pretenden fomentar el espíritu de pertenencia a la misma como institución (*visión corporativista o comunitarista*), mientras que, desde posiciones antagónicas, se concibe la institución empresarial desde el inevitable conflicto de intereses (*visión conflictualista*) o desde la *lógica contractual individualista (visión contractualista)*. Con todo, a partir de un modelo ecléctico se pretende buscar un equilibrio intermedio, tratando de amortiguar y complementar los efectos negativos del resto de concepciones, intentándose construir el concepto de empresa desde una «visión personalista comunitarista».

¹⁴ Las tesis comunitaristas conducen a resaltar la importancia del fin corporativo como aquel objetivo tendente a lograr un «bien común participado». Sin embargo, el necesario realce de la persona debe ejercer de límite a la imposición de un fin social que trascienda al individuo y lesione su dignidad (*personalismo comunitarista*). Al ponerse en relación las nociones de «bien común» y «privacidad», afloran de este modo las contradicciones entre una visión de corte individualista, que pretende centrarse en los derechos pasivos del individuo, y una concepción comunitarista, que –sin pretender eliminar tales derechos subjetivos– trata de construir «el difícil discurso de la responsabilidad» que disminuye en parte la libertad personal y en el que las obligaciones activas de la persona son, en realidad, *condicio sine qua non* de tales derechos subjetivos.

Junto a ello, desde un punto de vista *consecuencialista* se advierte la importancia de la extensión de la «cultura del fraude» en términos económicos¹⁵.

Al descender al análisis del delito intra-empresarial, se detecta su conexión con el problema social derivado de la generalización de la *cultura del fraude*, siendo así que la relación entre confianza, control y lealtad en el entorno empresarial describe el núcleo de los hechos delictivos que en él tienen lugar. Las raíces morales y antropológicas de los delitos intra-empresariales como «delitos de deslealtad» coadyuvan a explicar la gravedad intrínseca que entraña la violación de la confianza y a establecer puntos de unión entre una «teoría moral de la delincuencia de cuello blanco» y las normas jurídico-penales. Mediante el examen de las «desviaciones morales relevantes» que se integran en tales tipos de delitos, se pretende descubrir las principales ambigüedades en su definición y límites, en especial en aquellos escenarios en los que tiene lugar una colisión de deberes, bienes o intereses en juego. Lo distintivo e interesante de esta clase de delitos es que, en un número de casos sorprendentemente extenso, existe una *auténtica duda* acerca de si la conducta que se imputa como merecedora de sanción puede considerarse de hecho *moralmente incorrecta*. Por tanto, antes de imponerse tal clase de sanciones, es necesario asegurarse de que la conducta objeto de sanción puede distinguirse con claridad por ser *cualitativamente* peor respecto de otro tipo de conductas no sujetas de forma similar a sanciones penales (principio de *ultima ratio*). Tales consideraciones deben abrir mayores posibilidades a la aplicación de causas de justificación.

8. En este contexto, se propone desde algunos sectores doctrinales el recurso a la «Ética de los negocios» como mecanismo efectivo de prevención de la delincuencia, partiéndose de la tesis de que «la causa esencial de la criminalidad empresarial es la falta de valores éticos y sociales», y considerándose, por tanto, que fomentar positivamente tales valores en los directivos y, en general, en el mundo empresarial y económico, constituye el modo más eficaz de lucha contra este tipo de delincuencia¹⁶.

Para que tales «códigos de conducta» alcancen un alto nivel de eficacia, se precisa que las normas éticas cumplan determinadas condiciones¹⁷: (i) deben ser concretas y precisar aquellos comportamientos que se consideran inadmisibles; (ii) deben repetirse con frecuencia en los planes de formación de directivos y en la propia cultura empresarial; y (iii) su infracción debe ser sancionada mediante el recurso a los mecanismos propios del Derecho civil y del Derecho laboral y no, en cambio, mediante la imposición de sanciones penales, a no ser que resulte absolutamente necesario recurrir a ellas. Tal necesidad sólo existirá en caso de que el delincuente discuta en algunos aspectos su grado de responsabilidad pese a existir indicios manifiestos, o en caso de que los graves daños causados por su comportamiento hayan trascendido al ámbito de lo público y amenacen la propia reputación de la compañía. En definitiva, cuando el problema ya no pueda resolverse de manera interna, sólo entonces habrá que recurrir al Derecho penal.

3. Segunda parte: responsabilidad empresarial por omisión y estrategias preventivas y reactivas frente al delito

En la *segunda parte* se analizan (i) los deberes y facultades del empresario respecto de la prevención y reacción frente al delito intra-empresarial, así como (ii) las consecuencias y clases

¹⁵ FRANKEL, *Trust and Honesty. America's Business Culture at a Crossroad*, 2006.

¹⁶ BUSSMANN, *Causes of Economic Crime and the Impact of Values: Business Ethics as a Crime Prevention Measure*, paper presented at the Swiss Conference on Coping with Economic Crime. Risks and Strategies, 2003.

¹⁷ PASTOR MUÑOZ, «La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?», *InDret* (4), 2006.

de responsabilidad que pueden imputarse por la omisión de la adopción de medidas adecuadas. Posteriormente, (iii) se abordan los criterios de eficacia y legitimidad con que deben implementarse las distintas estrategias para ejercer el control empresarial en este ámbito, resaltando los *límites* que deben establecerse a las opciones y mecanismos que se adopten para la consecución de tales fines.

1. A modo de aproximación, se constata cómo las bases sobre las que se fundamentan las relaciones laborales en el derecho norteamericano, de inspiración liberal (*at-will employment*), parten de un modelo radicalmente distinto respecto de la corriente dominante en el ámbito europeo. Por contraste, en el sistema de relaciones laborales norteamericano, la amplitud con que se configura la *libertad de contratación*, la efectiva igualdad de posiciones jurídicas y la completa autonomía de las partes no guardan relación con la *vocación tuitiva* que anima, desde su inicio, todo el conjunto de normas jurídico-laborales en el Derecho del trabajo que impera en el ámbito comunitario. A este respecto, la noción que cada tradición jurídica posee respecto del «poder empresarial», sus límites y la atribución de facultades que comporta, constituyen un elemento esencial que diferencia a ambas tradiciones jurídicas¹⁸.

2. Junto a ello, desde una visión pragmática de los cometidos que incumben al empresario en orden a conseguir una buena administración de la empresa, pueden invocarse distintos *motivos de conveniencia* que justifican un cierto grado de control y vigilancia sobre los trabajadores por parte del empresario. En esa línea, las potestades de control y vigilancia se fundamentan desde el adecuado desarrollo de una dirección efectiva de la actividad empresarial o del mantenimiento de un nivel de productividad y eficiencia razonable, hasta la legítima pretensión de mantener a salvo el buen nombre y reputación de la compañía, o proteger su imagen corporativa en el mercado. Sin embargo, junto a tales *razones de conveniencia*, el control de los trabajadores debe implementarse por *razones de estricta necesidad*, en tanto que la omisión del mismo puede traer por consecuencia la atribución de responsabilidad jurídica al titular de la empresa, o bien, a quien ostenta una posición de garantía, por aquellos actos ilícitos cometidos por los trabajadores a su cargo.

En este sentido, las reglas y el grado de responsabilidad, mediante los cuales cada sistema jurídico atribuye al empresario ciertos «deberes positivos de control» sobre los delitos cometidos por sus trabajadores, incidirán *de facto* en los límites concernientes a tales *deberes positivos* en relación con la concreta actividad de vigilancia y control en el lugar de trabajo. Al margen de la especificidad de las disposiciones legales vigentes, mediante la resolución de casos en los Tribunales se establecen las reglas prácticas de imputación de responsabilidad jurídica al empresario, sea en el ámbito civil, del Derecho societario o del Derecho penal¹⁹.

¹⁸ Así, la naturaleza tuitiva de la relación contractual, los límites que restringen el «deber de fidelidad» del trabajador y la delimitación del grado de implicación personal en el desarrollo de la prestación laboral tratan de condicionar, especialmente en la tradición continental, el ejercicio de un poder empresarial desproporcionado.

¹⁹ De este modo, a pesar de las posibles carencias o imprecisiones legales, se construye un espacio objetivo de responsabilidad mediante el que se clarifican ciertas pautas normativas que debe seguir el empresario en el ejercicio del control sobre los trabajadores. Es decir, en la medida en que el empresario pueda responder por el daño, existe un deber de actuar y, por tanto, se configura un legítimo poder de control: «si debe intervenir, entonces debería poder intervenir», estableciéndose de este modo una relación intrínseca entre responsabilidad, deber y poder.

3. Sin embargo, la prevención de riesgos y daños no puede justificar la adopción de *cualquier* medio de detección y protección. El empresario se enfrenta así a un dilema difícil de resolver en abstracto sin atender a los matices y circunstancias del caso particular. Se halla entre dos extremos opuestos necesitados de equilibrio, de ciertas respuestas que no partan de una visión unilateral del problema, «*between the devil and the deep blue sea*»²⁰. Es decir, si el empresario actúa e interviene positivamente, puede cometer un *delito por exceso*, al violar la privacidad del trabajador; pero si no actúa puede cometer un *delito por defecto*, al omitir un comportamiento al que estaba obligado y que hubiera evitado un concreto resultado lesivo.

4. Ante tales colisiones de deberes, en nuestra tradición jurídica se revela como un factor poco concluyente la existencia de ciertos deberes *generales* de los administradores, en tanto que sólo parecen cobrar relevancia como mero *presupuesto* de la responsabilidad. Por contraste, resulta interesante el modo de individuar los deberes de diligencia del directivo que se lleva a cabo en la jurisprudencia norteamericana. Especialmente en aquellos casos en los que la cuestión relativa a la causalidad se enfrenta a las dificultades inherentes a aquellos supuestos de «negligencia por omisión» en los deberes de vigilancia y control.

De los criterios jurisprudenciales empleados por la jurisprudencia norteamericana pueden extraerse algunas concreciones²¹: (i) la naturaleza y extensión del deber razonable de cuidado (*duty of care*) dependen en buena medida del tipo de empresa, sus dimensiones y sus recursos financieros, siendo así que un director de banco tiene unos deberes distintos, más estrictos, en relación con la contabilidad, que quien regenta un negocio común; (ii) un directivo de empresa debe adquirir cuanto menos un conocimiento rudimentario de la marcha de la actividad empresarial, sin poder ampararse en la falta del conocimiento necesario para ejercer su deber con el grado de diligencia adecuado; (iii) el directivo debe mantenerse continuamente informado sobre la marcha del negocio empresarial (*duty to know the facts*); (iv) aunque los directivos no tengan obligación de auditar los libros de contabilidad, sí deben mantenerse familiarizados con la situación financiera de la corporación, mediante una inspección regular de la información financiera de la compañía; (v) en algunos casos al menos, el deber del directivo puede ir más allá de la mera consulta jurídica pertinente, pudiendo existir supuestos en los que concurra un deber de adoptar medidas razonables para evitar conductas ilegales por parte del resto de directivos; en algunos casos, incluso podría exigirse la amenaza de denunciar los hechos, sin que un directivo pudiera excusarse tras su silencio (*dummy director*); (vi) el deber del directivo no puede considerarse en abstracto, sino que debe relacionarse con específicas obligaciones en el caso concreto, desde la perspectiva de su posición fiduciaria en relación a los accionistas: éstos tienen el derecho a esperar un ejercicio razonable de su deber de supervisar y controlar las políticas y prácticas desarrolladas por la empresa; (vii) aunque concurran diversos factores concomitantes, si la negligencia por omisión del deber de actuar contribuyó eficazmente a la creación o mantenimiento de un clima de corrupción en las prácticas de la compañía, puede llegar a considerarse un factor sustancial en la causación de las pérdidas y, por tanto, puede establecerse que su negligencia resultó ser *causa próxima* de las apropiaciones indebidas del resto de directivos.

5. *De facto*, los paradigmas que se aplican jurisprudencialmente a fin de imputar responsabilidad civil al empresario vienen a generar una *tensión irreconciliable* entre los deberes del empresario en relación a los actos cometidos por sus subordinados y la privacidad del trabajador. El modo en

²⁰ Con tal expresión *Porter II & Griffaton* reflejan acertadamente el dilema ante el que se halla el empresario, forzado a optar entre dos situaciones igualmente indeseables (PORTER II/GRIFFATON, *Between the Devil and the Deep Blue Sea: Monitoring the Electronic Workplace*, 2003). Una explicación del aforismo puede encontrarse en la mitología griega, en referencia al peligro descrito en la Odisea de Homero, cuando Ulises se halla atrapado entre Scylla (un monstruo de seis cabezas) y Charybdis (un remolino). También podría utilizarse el aforismo «Between a rock and a hard place».

²¹ HURST/GREGORY, *Cases and Materials on Corporations*, 2000.

que se resuelve la tensión entre ambos intereses guarda relación con una regla intrínseca a la propia racionalidad del empresario. La ponderación entre ambos intereses resulta, en efecto, inversamente proporcional, reflejando así la naturaleza propia de las relaciones laborales, en las que existe cierta tendencia al antagonismo entre las partes. Es decir, *a mayor responsabilidad empresarial, menor privacidad del trabajador*, y viceversa.

6. En esta línea, derivándose de un deber general de cuidado (*duty of care*), se establece en algunas decisiones jurisprudenciales un «deber de investigar» en virtud del cual pesaría sobre el empresario un específico deber de monitorizar los ordenadores de los trabajadores (así, en *Doe v. XYZ Corp.* (N.J.Super.A.D., 2005)), caso sobre pornografía infantil en el lugar de trabajo). En base al mismo, se impondrían tres deberes aplicables al empresario: (i) un primer deber de investigar las actividades del trabajador que surgiría cuando aquél tiene noticia de un uso inadecuado del ordenador de la empresa; (ii) un deber de adoptar con prontitud y efectividad las medidas necesarias para poner fin a las actividades no autorizadas del trabajador, con el propósito de evitar que puedan causar daños a terceros; y finalmente (iii) un deber positivo en determinadas circunstancias de poner en conocimiento de las autoridades el comportamiento ilegal del trabajador, entre las que se encontraría con toda claridad los casos relativos a pornografía infantil.

7. Sin embargo, desde un punto de vista global, las consecuencias sociales que se derivan de establecer vínculos o relaciones de causalidad entre las premisas sobre las cuales se resuelven tales demandas de responsabilidad civil derivada de delito y las estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial, pueden provocar, en realidad, en dos tipos de efectos²²: (i) pueden llevar a aportar un nivel adecuado de protección frente a riesgos previsibles (*suitable level of protection*) y/o (ii) simplemente, pueden elevar los costes de la actividad empresarial (*raise the cost of doing business*). Es decir, un *análisis económico del derecho*, en este caso, referente al valor económico de los costes derivados de un daño y su probabilidad, puede llevar al empresario a discriminar en qué clase de riesgos compensa la no inversión en medidas de prevención.

8. En efecto, la concreción jurisprudencial de deberes específicos de responsabilidad en base a específicos deberes de prevención y control que se efectúa en la jurisprudencia norteamericana se muestra un instrumento eficaz en la determinación del derecho aplicable que viene a reducir la arbitrariedad. Por el contrario, la jurisprudencia española viene aplicando un *sistema de responsabilidad automática y objetiva*, fundamentando la responsabilidad civil del empresario en base a «cualquier mínima vinculación» respecto de la esfera empresarial. Sin duda, la necesidad de demostrar que el empresario omitió el cumplimiento de un concreto deber de diligencia y la elaboración de máximas de experiencia jurisprudencial otorgan un mayor grado de *previsibilidad* y *razonabilidad* al derecho aplicable, atributos que resultan esenciales en un Estado de derecho.

Por ello, sería conveniente establecer ciertos límites a la indefectible imputación de responsabilidad *iuris et de iure* que pesa sobre el empresario. La posibilidad de exoneración de responsabilidad no sólo es un requisito de justicia material, sino que, indirectamente, mediante la imposibilidad de liberarse de la presunción legal de culpa o negligencia, se pueden generar efectos colaterales perjudiciales para el sistema en su conjunto. Desde la indefensión del

²² ECK, «Do premises liability suits promote business crime prevention?», en FELSON/CLARKE (ed.), *Business and Crime Prevention*, 1997, pp. 125-150.

empresario, hasta la imprevisibilidad de las consecuencias a pesar de sus desvelos por la prevención. Mediante una *pendiente resbaladiza*, en beneficio de los fines de seguridad y prevención, el empresario se puede ver de esta manera forzado a tratar a sus trabajadores como *agentes no responsables*, no motivables mediante normas, siguiéndose de ello una progresiva deshumanización de los trabajadores. Como consecuencia de lo anterior, el empresario se ve abocado bien al abandono absoluto de toda política de prevención y control (*efecto desincentivador*, en tanto que siempre, en todo caso, va a ser responsable), o bien a una intensificación desmesurada en sentido contrario, siendo así que ambos extremos coinciden en implicar el ocaso de una diligencia racional del empresario en la prevención del delito.

9. Por tanto, a fin de salir al paso de la situación descrita, se deberían establecer ciertos parámetros objetivos y razonables que definieran el deber de prevención y control del delito en la empresa, sobre la base del patrón de la culpa o negligencia del principal. A tal propósito, el dolo en la conducta del trabajador debiera poder excluir la responsabilidad civil del empresario en virtud de una «prohibición de regreso», en aquellos casos en que se llegue a probar que existió un comportamiento diligente en el cumplimiento de *ciertos* deberes razonables de control por parte de la empresa. Sólo ante patrones de riesgo probables, mediando una negligencia grave, omisión inexcusable o un conjunto de indicios que manifiesten una completa despreocupación por parte del empresario, se debería concluir que, en tal caso, el empresario debe ser civilmente responsable porque pudo evitar el delito si hubiera sido diligente.

10. En cuanto a la responsabilidad derivada del contrato de seguro, no sólo las compañías de seguros ocupan una posición privilegiada –la única tal vez, en base a la lógica económica y del *análisis coste-beneficio* que impera en la empresa– en la creación de incentivos para implementar estrategias preventivas, sino que existen sustanciales evidencias que demuestran que pueden desempeñar una función clave en la prevención del delito o en incidir en el tipo de delitos que tienen lugar²³.

11. En el ámbito de la responsabilidad penal, a partir de un concepto *comunitarista* de empresa y su repercusión en la configuración de vínculos y deberes mutuos entre los miembros de la *comunidad empresarial*, se pueden construir con mayor amplitud concretas posiciones de garantía en relación a la protección del «bien común participado». Desde tal perspectiva, se puede apreciar cómo la empresa en cuanto *institución* reconfigura e instituye ciertas posiciones de deber, no sólo en la persona del empresario. El origen de tales deberes conforme a cada rol –así, al rol del *buen trabajador* también– puede encontrarse indirectamente en la *libertad* como causa originaria de la atribución del *status* respectivo –mediante la incorporación voluntaria a la empresa–, aunque en el plano concreto de la definición de tales deberes sea la propia sociedad y el propio sistema empresarial –no sólo la esfera de organización del sujeto– la fuente normativa de la que emanen las expectativas de deber.

12. En las coordenadas de una «sociedad de riesgos» (*Risikogesellschaft*), el ámbito de la empresa se configura como un espacio especialmente proclive en el que se acentúan los efectos derivados de una tal *lógica de la prevención*, incluyéndose los actos de los trabajadores como una específica

²³ LITTON, «Crime Prevention and Insurance», *The Howard Journal of Penology and Crime Prevention* (21), 1982, pp. 6–22.

fuente de peligro²⁴. Por ello, la omisión de la debida implementación de concretas medidas de prevención y seguridad respecto de los riesgos derivados de la actividad empresarial deviene, en este sentido, objeto de particular e intensa regulación. Los estándares de diligencia y prevención fijados por las leyes sirven así de fundamento y objetivan los concretos deberes normativos que debe observar el empresario a fin de poder evitar ser declarado responsable del daño causado. Tales deberes de prevención establecidos por las leyes establecen de este modo unas pautas mínimas que la sociedad, en su asignación de roles y distribución de cargas, ha venido objetivando, fruto de reglas de experiencia y del carácter previsible de los riesgos asociados a las distintas actividades empresariales.

13. Uno de los problemas que pueden surgir en la práctica radica en *personalizar* la responsabilidad y atribuir la omisión del correspondiente deber a sujetos individuales en el contexto de una organización empresarial determinada. Con frecuencia, los criterios materiales y formales de división del trabajo son difusos. Los sistemas por los que se asignan competencias o se diseña la dirección y coordinación de funciones no corresponden, ciertamente, a una ciencia exacta. Así, la *concurrencia de culpas* y el *solapamiento de esferas* será el más común de los escenarios, creando numerosos problemas de imputación penal y, sobre todo, de práctica de la prueba. En tal sentido, la doctrina, y también la jurisprudencia, ponen de relieve la absoluta insuficiencia de la simple ostentación de la condición formal de administrador a efectos de imputar responsabilidad jurídico-penal.

14. La constelación de casos resulta extensa en su variedad, dependiendo el título de imputación de las circunstancias del supuesto concreto y del tipo de intervención en el hecho. Así, (i) la imputación puede realizarse a título de *autoría accesoria por omisión*, cuando el garante ha permitido pasivamente las condiciones o circunstancias del delito del «hombre de delante», sin que se pueda establecer una vinculación subjetiva entre ambos, resultando beneficiados del delito tanto el autor material como el garante. En algunos supuestos, también puede salir ganando la empresa en su conjunto, por ejemplo, cuando la permisión por parte de quien supervisa –o debería haber supervisado– ciertas prácticas delictivas por parte de los trabajadores viene a reducir a su vez los costes de la empresa, al tiempo que benefician también al trabajador [así, cuando el empresario conoce de hecho que algunos trabajadores han alterado aparatos contadores que disminuyen los costes de suministro]. En tales casos, sin duda, existiría base más que suficiente para imputar responsabilidad penal corporativa a la compañía en cuestión. Tales situaciones pueden generarse especialmente cuando se fomenta la iniciativa del personal mediante incentivos, tales como la eventual concesión de porcentajes de participación sobre los beneficios. En otros casos, (ii) la estructura de intervención en el hecho por parte de la dirección de la empresa puede presentar las características propias de la *inducción*. Así, cuando la generación de un ambiente hostil o que promueva la tensión excesiva y el acoso moral de los trabajadores sea buscado como mecanismo efectivo de impulso de la productividad. Por otro lado, la utilización de herramientas de trabajo de la empresa como instrumentos delictivos con la aquiescencia del garante pueden constituir (iii) un tercer grupo de casos, en los que la atribución

²⁴ Sobre la caracterización del riesgo en las sociedades actuales, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2001; BECK, *De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo* (trad. DEL RÍO HERRMANN), en *Revista de Occidente* (150), 1993, pp. 19 y ss.

de responsabilidad se establezca a título de *cooperador necesario*. En esta modalidad podrían entrar el hecho de permitir el uso del coche de la empresa para cometer un delito o la utilización del ordenador para acceder a contenidos de pornografía infantil. Finalmente –aunque el listado es meramente ejemplificativo–, (iv) el empresario puede participar en delitos cometidos por sus trabajadores a título de *cómplice por omisión*, por ejemplo, cuando la inacción empresarial, no pudiéndose considerar una mera omisión del art. 450 CP, posibilitara la comisión de un delito de violación o acoso sexual entre trabajadores de la compañía.

15. Frente a la dificultad de probar un conocimiento actual en el garante, el concepto de «ceguera voluntaria» («a deliberate ignorance or willful blindness») ²⁵ permite centrar la prueba del elemento subjetivo (*mens rea*) en la existencia de un deber objetivo de conocer en el ámbito de dominio en el que se proyecta la posición de garante, deber que puede configurarse así normativamente *stricto sensu* cuando trae causa de cierta peligrosidad *standard* en el sector y, por este motivo, se recoge en una norma escrita, como también en función de elementos fácticos, que generarían unas expectativas derivadas de las circunstancias y que obligarían a todo empresario *medianamente diligente* a ejercer una mínima actividad de investigación o control ante un patrón de riesgo objetivo. La jurisprudencia norteamericana recurre así a la figura de la «ceguera voluntaria» para poder incriminar en aquellos supuestos en los que el empresario (i) siendo consciente de la *alta probabilidad* de la existencia de comportamientos ilegales, (ii) ha decidido de propósito evitar premeditadamente tener conocimiento de tales conductas ²⁶.

16. Sin embargo, en cuanto a la graduación de la responsabilidad penal del empresario –así como la de algunos trabajadores que contemplan la comisión de un delito–, se debería valorar adecuadamente el caso concreto, pudiendo darse, siguiendo a *Silva Sánchez*, tres diferentes posibilidades. En primer lugar, (i) si se puede equiparar valorativamente la acción del autor material a la omisión del tercero en virtud de una posición de garante; en segundo lugar, (ii) si se puede entender que el tercero ha infringido un «deber cualificado de solidaridad», fundamentado en una posición especial que le compromete especialmente *de algún modo* con el delito (*rol particular*); y, en tercer lugar, (iii) si se puede considerar simplemente que ha habido una omisión por parte del tercero respecto de un «deber genérico de solidaridad mínima», común a cualquiera (*rol general del ciudadano*) ²⁷.

²⁵ Véase, United States Court of Appeals, Fifth Circuit. *U.S., Plaintiff-Appellee, v. Jeffrey K. Skilling, Defendant-Appellant*. No. 06-20885. November 13, 2007, especialmente en *102 y ss. «You may find that a defendant had knowledge of a fact if you find that the defendant deliberately closed his eyes to what would otherwise have been obvious to him».

²⁶ De modo similar, el Tribunal Supremo español considera que «quien conoce suficientemente el peligro concreto generado por su acción, que pone en riesgo específico a otros bienes y sin embargo actúa conscientemente, obra con dolo pues sabe lo que hace, y de dicho conocimiento y actuación puede inferirse racionalmente su aceptación del resultado, que constituye consecuencia natural, y que es la situación de riesgo deliberadamente creada» (STS 28.03.2002, FJ 9, p. Calvo Rubio).

²⁷ La cuestión determinante estribará en establecer hasta qué límite el empresario, por la propia posición que ocupa en la «comunidad de personas» que se constituye en la empresa, adquiere un *deber especial* de velar no sólo por la seguridad del patrimonio empresarial, sino también por el orden y la indemnidad de bienes jurídicos entre los propios trabajadores. Con arreglo a la posición que se adopte en torno a los vínculos materiales que se crean por la pertenencia a la empresa, la posición de garante del empresario podría elevar o no la gravedad de la omisión. En función de la concepción de qué significa «pertenecer a una comunidad empresarial», en algunos casos –o en todos– el deber de solidaridad genérico del art. 450 CP referido a la evitación de delitos en el seno de

17. Con todo, en el contexto de los problemas que suscitan los *deberes de los administradores*, debe tenerse en cuenta la doble naturaleza del mensaje normativo que el ordenamiento jurídico dirige a la persona del empresario (*poder-deber*). Así, por un lado, la persona del administrador –en sentido extenso, la persona física que ostenta un cargo de responsabilidad en la empresa– tiene el poder de actuar en defensa de la sociedad (*legítima defensa de bienes de terceros*). Mientras que por otro, está obligado a actuar en virtud de los deberes que emanan del cargo –deberes especiales asignados al rol–, pudiendo acudir la sociedad mercantil contra el directivo que omite el cumplimiento de sus funciones, mediante la interposición de la «acción social de responsabilidad» –*ex art. 133 LSA*–. De este modo, la atribución de responsabilidad penal al administrador se puede también fundamentar, de forma autónoma, en el tipo genérico de administración desleal en base a la conducta omisiva del empresario –en tanto que el trabajador no realizaría el mismo tipo penal que su principal–.

18. En el ámbito de las estrategias de prevención de la delincuencia intra–empresarial se pueden implementar distintas medidas tendentes a evitar el delito del trabajador. En primer lugar, el empresario puede anticiparse mediante *estrategias de prevención general*, en un momento remoto respecto del hecho delictivo. La creación de condiciones generales en la empresa que fomenten una actitud leal por parte de los trabajadores o eviten condicionantes que puedan favorecer la comisión de delitos puede resultar así un factor decisivo en la consecución de los objetivos empresariales.

Entre tales estrategias, pueden distinguirse medidas de «prevención general positiva» (*compliance, corporate identity, sistemas de whistle blowing*) y «prevención general negativa» (control del entorno, medidas disciplinarias y *e-policy*). A este respecto, la naturaleza de la acción del trabajador que decide desvelar una irregularidad en su empresa puede revestir distintas particularidades en función del caso concreto. Así, puede revestir los caracteres de (1) una *acción prohibida* por el deber de guardar secreto; de (2) una *acción obligatoria* cuya omisión puede entrañar algún tipo de responsabilidad jurídica; o de (3) una *acción supererogatoria*, con un índice elevado de riesgos o consecuencias negativas difícilmente previsibles.

19. En cuanto a las *estrategias de prevención especial*, éstas deben referirse a los deberes de cuidado y previsibilidad tanto en el proceso de selección como en los posteriores deberes especiales de formación o vigilancia respecto de trabajadores peligrosos. En este ámbito, la jurisprudencia norteamericana viene fundamentando los deberes empresariales en la *previsibilidad*, en tanto factor previo necesario en donde basar el correspondiente deber. Así, en *Federico v. Superior Court* (1997) se vino a establecer que el deber del empresario respecto de no ser negligente en la contratación se infringe «sólo cuando el empresario conoce, o debiera conocer, elementos de hecho que alertarían a una persona razonable de que la contratación de un trabajador presenta riesgos indebidos de lesionar a terceras personas a la luz del específico tipo de trabajo que se le va a encomendar». A tales efectos, la negligencia empresarial en la contratación depende de la probabilidad de que un trabajador actúe de una determinada forma lesiva, sin ser relevante si la acción del trabajador es inocente, negligente, intencional o delictiva. «En suma, la piedra angular de la teoría de la negligencia en la contratación radica en que existiendo un riesgo de que el

la empresa, se puede llegar a transformar en un delito de acción (*neminem laede*), realizado en comisión por omisión.

trabajador actúe de una determinada manera, obre efectivamente de tal forma conforme a ese riesgo».

20. Finalmente, en el ámbito de las *estrategias de prevención situacional del delito* en la empresa, a la luz del novedoso enfoque de acercamiento práctico al delito y su entorno, se pueden aplicar las tres teorías criminológicas relativas a la *oportunidad delictiva*: (i) la teoría de la *actividad rutinaria* (*routine activity theory*)²⁸; (ii) la teoría del *patrón delictivo* (siguiendo la aplicación de la misma que efectúan Felson y Clarke)²⁹; (iii) y la perspectiva de la *elección racional*³⁰. Cada una de ellas, aun teniendo elementos comunes, aporta modos de implementar estrategias que tienden a reducir las *ocasiones-para-el-delito*. Por ello, la omisión de políticas de prevención situacional puede constituir base suficiente para facilitar la declaración de responsabilidad civil del empresario. A este respecto, deben tenerse en cuenta distintos factores que caracterizan la situación en que se ha producido el delito, como pueden ser (i) el tipo de actividad empresarial (*probabilidad*), (ii) la regulación jurídica aplicable (*deberes estandarizados*), y (iii) los tipos de delitos más comunes en el concreto entorno empresarial (*gravedad del riesgo*).

21. Analizadas las *estrategias preventivas*, respecto de las *estrategias de reacción frente al delito* en el ámbito de la empresa, se puede apreciar la existencia de fines contradictorios entre aquéllos que se persiguen en el marco de una gestión ordinaria del *comportamiento desviado* –desde una perspectiva de análisis propia de la lógica empresarial– y aquellos otros fines presentes en la función propia del Derecho penal³¹.

22. Sin embargo, ante los delitos que atentan contra los bienes jurídicos de la empresa o de las personas que interaccionan en su ámbito de dominio, ¿puede el empresario responder adoptando, entre las estrategias posibles, aquélla que más convenga a los fines particulares de la institución? En algunos casos, la puesta en conocimiento del delito ante las autoridades –y la consiguiente intervención del sistema de justicia penal– puede no beneficiar en absoluto al empresario. Por tanto, deben establecerse límites en las estrategias reactivas de modo que se armonicen los intereses privados de la víctima y los intereses públicos del Derecho penal³².

23. Ante estas cuestiones político-criminales, emergen con fuerza distintas causas de la pretendida ineficacia del Derecho penal en el interior de la empresa, entre ellas, sin duda, la

²⁸ COHEN/FELSON, «Social change and crime rate tends: a routine activities approach», *American Sociological Review* (44), 1979, pp. 588–608.

²⁹ FELSON/CLARKE, *La ocasión hace al ladrón. Teoría práctica para la prevención del delito* (trad. de M. DÍAZ I PONT y D. FELIP I SABORIT), 1998.

³⁰ CLARKE/FELSON, *Routine Activity and Rational Choice*, 1993.

³¹ Así, desde la perspectiva del *business management* y de la dirección de recursos humanos en la empresa, la reacción frente al delito intra-empresarial se percibe en buena medida como la gestión ordinaria del «comportamiento desviado» en la cultura organizacional (*organizational deviance*), centrando su atención en las repercusiones que trae consigo tanto del delito como su respuesta al mismo en los intereses y en la economía de la empresa. Desde algunas posiciones doctrinales se ha llegado a afirmar que las organizaciones que sean capaces de extraer beneficios de la «desviación positiva» se encontrarán de hecho en una posición competitivamente superior al resto (KIDWELL/MARTIN, *Managing organizational deviance*, 2005, pp. 18–19).

³² Ciertamente, la mayoría de sistemas penales prevén ciertas *fórmulas de privatización del conflicto*, por ejemplo tipificando hechos delictivos que sólo son perseguibles a instancia de parte o mediante la atribución a la víctima de una potestad de paralización del proceso penal mediante la figura del «perdón del ofendido». Tales formas de obstaculizar el curso normal del proceso penal en función de la libre voluntad de la víctima pueden resultar injustas, contraproducentes o llegar a esconder, en ocasiones, una profunda corrupción del sistema.

voluntaria opacidad de la empresa respecto de la delincuencia intra-empresarial como estrategia corporativa. En este sentido, según estudios empíricos, se puede afirmar en términos generales que «el Derecho penal es un medio especialmente ineficaz en la lucha contra la criminalidad empresarial». Sin embargo, conviene resaltar que del hecho de que no se recurra en la práctica al proceso penal para solucionar los *incidentes* del entorno empresarial, no se sigue que las normas penales no sean en absoluto eficaces en este ámbito. Es decir, el Derecho penal cumple a pesar de ello *algún tipo de función* en la mayoría de los casos, siendo así que despliega su eficacia en la medida en que el sólo anuncio de la posibilidad de acudir a la vía penal puede actuar como *medio de presión*, a fin de negociar en mejores condiciones una posible solución a los problemas internos.

Entre las causas de la «generalizada ineficacia de las normas penales», se ha tratado de dar una explicación satisfactoria en base a los siguientes factores³³: (i) «el riesgo de descubrimiento del hecho es bajo», debiéndose en parte a la *complejidad estructural de la empresa* y a la *posición privilegiada de los directivos*, teniendo éstos la capacidad y la información sobre la compañía para poder delinquir *técnicamente* bien; (ii) en segundo lugar, aun en caso de llegar a descubrirse a los autores del delito, «el riesgo de condena es muy bajo», porque los casos acostumbran a ser ciertamente complejos, tanto en lo referente a los hechos, como en cuanto a la interpretación de los tipos. La consecuencia inmediata es el considerable aumento de los costes de la investigación, así como la reducción las posibilidades de éxito del proceso; (iii) en tercer lugar, «las sanciones penales intimidan en general en menor grado que algunas consecuencias jurídico-civiles o laborales», pues aquéllas pueden consistir en simples penas de multa o bien en penas de prisión que, normalmente, se pueden suspender, con la excepción de la pena de inhabilitación para el ejercicio de la profesión, la cual sí tiene una fuerza intimidatoria importante; (iv) en cuarto lugar, tiene enorme trascendencia la falta de cooperación de la víctima con las autoridades penales. Pocos delitos cometidos por los directivos son denunciados por sus víctimas, pese a que gran parte de ellas afirman que su política es, precisamente, la de denunciarlos y, en los casos en que la víctima sea un trabajador, el *instinto de conservación* del puesto de trabajo –por temor a posibles represalias– y la desigualdad de medios entre las partes pueden influir también en la decisión de no denunciar.

24. Con todo, una de las primeras razones que aducen los ejecutivos empresariales para dejar de denunciar a la policía casos relativos a irregularidades financieras es que de esta forma pierden el control sobre el problema y sacrifican algunos de los bienes más altamente valorados por las empresas: la discreción, la confidencialidad y el control (*secrecy, discretion and control*). La importancia del control de la situación por parte de la empresa en tales casos pivota sobre tres cuestiones relacionadas entre sí³⁴: (i) la primera y más importante, se refiere a los efectos en la imagen de la empresa derivados de la publicidad del caso (*dimensión corporativa*). Los directivos desean así evitar a toda costa la embarazosa situación y la publicidad negativa que se deriva de este tipo de *incidentes*.

A este respecto, parece relevante distinguir en función de quién sea la víctima, así como de quién sea el *sujeto activo* del delito. En principio, las consideraciones en torno a posibles estrategias de la empresa, dejando a ésta la capacidad de resolver del mejor modo el *incidente* interno, deberían limitarse a la *gestión de situaciones* en las que la víctima sea la propia corporación. En este sentido, se entiende que en tales casos la empresa gozaría con una mayor legitimidad de libertad para escoger entre las distintas opciones estratégicas, entendiéndose que el deber de acudir a la justicia podría omitirse por prevalecer un interés superior. Por el contrario, el deber de denunciar el delito ante la justicia tendría un mayor peso ético-

³³ BUSSMANN, *Causes of Economic Crime and the Impact of Values*, 2003, p. 90 y ss.; PASTOR MUÑOZ, *La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa*, 2006, pp. 5-6.

³⁴ WILLIAMS, «Reflections on the private versus public policing of economic crime», *British Journal of Criminology* (45), 2005, pp. 316-339.

jurídico si se llega a poner en peligro o se lesiona un bien jurídico esencial de una persona individual - vida, integridad física, indemnidad sexual³⁵.

La segunda razón aducida (ii) se refiere a que los directivos no sólo quieren tener la capacidad de controlar si el caso se hace público y en qué manera a fin de no deteriorar la imagen de la empresa, sino que también desean determinar exactamente qué aspectos del caso van a ser investigados (*dimensión personal*). Este hecho aporta un valor añadido de gran importancia, sin duda carente de legitimidad, ya que acudiendo a los servicios de una empresa privada se garantiza que las líneas de investigación de posibles responsabilidades personales u organizacionales derivadas de un supuesto fraude puedan ser llevadas a cabo de forma restrictiva, con la finalidad de limitar la responsabilidad de otras personas potencialmente implicadas o de la compañía en su conjunto.

Finalmente, (iii) un tercer aspecto nada despreciable relacionado con el control de la situación se refiere a la *imprevisibilidad de las consecuencias* en el curso de una investigación oficial. En el momento en que la policía inicia una investigación en el interior de la empresa, pueden llegar a aflorar otras prácticas irregulares no del todo relacionadas con el caso, como por ejemplo anteriores tramas delictivas vinculadas tan sólo tangencialmente o de forma secundaria a la investigación principal.

25. Los defensores de la *criminalización* explican el hecho de que el aumento del número y severidad de las leyes penales no haya redundado en una mejoría en el control sobre el *corporate crime* alegando que el recurso a la sanción penal ha sido en la práctica insuficiente³⁶ (Simpson, 2002).

4. Tercera parte: colisiones de deberes y conflictos de intereses, ¿cuándo es legítima la limitación de la privacy?

En la *tercera parte* se analiza el concepto de privacidad como límite a las estrategias de prevención y reacción frente al delito intra-empresarial estudiadas en la *segunda parte*. El punto de partida, desde una perspectiva comparada, radica en la constatación de que, en los países que pertenecen a la tradición jurídica del *common law*, la ley otorga al empresario, prácticamente, plenos poderes para gobernar a su antojo el lugar de trabajo. Así, mediante la incorporación y permanencia del trabajador en el contexto de la relación laboral, las condiciones en que éste desarrolla su prestación laboral se consideran una mera cuestión contractual (*a matter of contract*), al haberse asentido previamente al oportuno control del empresario. Por el contrario, en la tradición jurídica continental la configuración jurídica del derecho a la intimidad deriva de la *vocación tuitiva* que caracteriza el Derecho del trabajo en los sistemas jurídicos del *civil law*. Fruto de ese análisis comparado, se revela que, en realidad, el posicionamiento de la legislación de cada Estado en las

³⁵ Así, el deber de proteger la indemnidad sexual de una trabajadora que sufre acoso por parte de un directivo no podría prevalecer por encima de la imagen negativa que pueda reportar a la compañía. En tales casos, parece razonable afirmar que la empresa no podría optar estratégicamente por solucionar internamente la situación o sancionar al trabajador, dejando de recurrir a la justicia.

³⁶ SIMPSON, *Corporate Crime, Law, and Social Control*, 2002.

cuestiones relacionadas con la privacidad viene a guardar una relación estrecha con el valor que se asigna a las necesidades del mercado *versus* los derechos fundamentales de la persona del trabajador.

1. Tras una revisión histórica de los orígenes del derecho a la intimidad, así como de las diferencias que éste presenta en las distintas tradiciones jurídicas, la privacidad puede verse desde la óptica de la «teoría de las esferas» como las distintas formas de proporcionar protección en los diferentes círculos concéntricos de actividad de la persona. Así, siguiendo a *von Hirsch*³⁷, (i) el núcleo duro o círculo más estrecho afecta al *interior* de cada persona –a su *vida íntima*–, donde debe existir el derecho de toda persona a resistirse a cualquier tipo de revelación. En el siguiente círculo concéntrico, (ii) se encuentra la esfera relativa a la vida social del individuo, en la que se incluye su entorno laboral o profesional. En este ámbito, las revelaciones que pueden razonablemente exigirse, deberían estar relacionadas con aspectos específicos que atañen a aquellas ocupaciones que *se tienen entre manos*, es decir, que están en el origen de la relación laboral o profesional. Finalmente, debe afirmarse la existencia de un tercer círculo concéntrico, ámbito que debería tener su propia protección frente a posibles revelaciones, a saber, (iii) aquella esfera que abarca la actividad de la persona en su dimensión pública. En tal espacio de dominio público la persona ostenta, ciertamente, un menor control sobre qué otras personas se puede encontrar en sus interacciones sociales, y si éstas van a tener diferentes convicciones personales, valores o actitudes, siendo así que el derecho a no revelar tal información en este sentido se configura más claramente en este tercer círculo, porque afecta a personas desconocidas, aquéllas con las que la persona no mantiene ningún tipo de relación *ex ante*.

2. Sin embargo, la mayoría de construcciones teóricas que han tratado de definir la privacidad mediante la búsqueda de un denominador común presente en todas las esferas en las que se desenvuelve la persona han resultado ser, en su intento por lograr una pretensión de generalidad excesivamente amplia, teorías de escasa utilidad aplicativa por las inconsistencias internas en las que acaban incurriendo, al no poder abarcar la diversidad de todos los contextos situacionales. En este sentido, se propone orientar la tarea de concreción desde una *concepción relativa* de la privacidad³⁸.

3. En referencia a la «teoría de las esferas», el equilibrio entre el reconocimiento de privacidad en el ámbito laboral como la última defensa (*last defense*) –en tanto límite al escrutinio de aquellos aspectos de la intimidad de la persona del trabajador– y el derecho del empresario, derivado de

³⁷ VON HIRSCH, «Cuestiones éticas en torno a la vigilancia en espacios públicos mediante cámaras de televisión» (trad. de J.R. AGUSTINA SANLLEHÍ), en VON HIRSCH/GARLAND/WAKEFIELD (eds), *Ethical and Social Perspectives on Situational Crime Prevention*, 2000, (publicado en *InDret* 4/2007).

³⁸ Siguiendo a SOLOVE, *Understanding Privacy*, 2008, en cuanto a (i) la *metodología* empleada, conviene abandonar el modo tradicional de conceptualizar la privacidad y, en su lugar, fundamentar una aproximación abierta a un significado polisémico, en tanto que el concepto de privacidad entra dentro de la categoría de términos cuyo campo lingüístico no se reduce a una única característica común. En términos de (ii) *generalidad*, se propone definir la privacidad partiendo de contextos particulares en lugar de tratar de proceder desde una noción general y abstracta, sin perjuicio de establecer al final de su análisis las oportunas reglas generales. Respecto a (iii) la *variabilidad*, una teoría de la privacidad debe tener en consideración las diferencias culturales e históricas que, sin duda, tienen un influjo decisivo en su forma de abordar su entendimiento. Finalmente, se debe tratar de (iv) *enfocar el análisis de modo concreto y específico*, abordando la complejidad de forma consistente y evitando por tanto generalizaciones o excesivas perspectivas diferentes de forma simultánea que induzcan a la confusión. En este sentido, la privacidad debe estudiarse a partir de los problemas que generen grupos de casos específicos.

su responsabilidad ante la sociedad en general y los accionistas en particular –no sólo con el fin de maximizar los beneficios–, ese necesario equilibrio dibuja una *intersección de esferas*. Las necesidades empresariales y la dignidad de la persona encuentran así una *zona de conflicto*, siendo así que la facultad general de exclusión de las injerencias de otros propia del derecho a la intimidad viene a resultar afectada, de forma ineludible, por la contratación y ejecución del trabajo, en tanto que «el trabajador dispone o se desprende de aspectos privados de su vida personal, en la medida que los abre a conocimiento de terceros en el marco de la organización productiva y en la ejecución de su trabajo». De ello se deriva, por tanto, la necesidad de «una interpenetración y mutuo condicionamiento entre el derecho fundamental y la lógica contractual», que obliga a establecer un ponderado y delicado equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato y el interés de la empresa, con los derechos de dignidad e intimidad del trabajador [vid. STC 6/1988, 1ª, 21.01.1988 (MP: Luis Díez-Picazo y Ponce de León)].

4. Tras un análisis crítico del importante criterio jurisprudencial consistente en valorar si existe una «expectativa razonable de privacidad» que introdujo el Tribunal Supremo norteamericano en *Katz v. United States* (1967), decisión que se considera el embrión y la fuente inagotable de donde surge la moderna doctrina relativa a la interpretación de la Cuarta Enmienda –y más allá, en las relaciones entre particulares–, se debe señalar que la violación de la privacidad no puede ser motivo suficiente para interrumpir el necesario análisis que ejerza de contrapeso en las colisiones entre distintos derechos, deberes e intereses en juego³⁹.

5. En realidad, todos los sistemas jurídicos poseen algunos puntos débiles junto a sus rasgos positivos que requieren una tarea complementaria por parte de los operadores jurídicos. Así, la tendencia a la abstracción formal de la tradición jurídica continental, o el carácter difuso en el modo de creación jurisprudencial del derecho del sistema jurídico anglosajón son al mismo tiempo las ventajas e inconvenientes a dos concepciones distintas del Derecho. Ciertamente, el riesgo inherente a una jurisprudencia excesivamente sometida a la letra de la ley consiste en impedir una búsqueda de soluciones creativas con vocación de ser aplicadas a casos similares. Los principios generales y el lenguaje formal del texto de la Ley, pese a tratar de prever todos los casos de forma omnicomprendensiva, tienden a crear un sistema abierto y genérico, necesitado de la labor de concreción por parte de la jurisprudencia.

6. Por las propias particularidades de cada grupo de casos, resulta difícil elaborar reglas comunes más allá de la propia doctrina constitucional relativa al «principio de proporcionalidad». En este sentido, debemos remitirnos al estudio particular del caso concreto para descubrir la específica aplicación de los tres criterios jurisprudenciales, siendo deseable, no obstante, que se construyan,

³⁹ ETZIONI, *The limits of privacy*, 1999. Según se expuso al tratar del necesario influjo derivado de la introducción de una perspectiva comunitarista (*primera parte*), el planteamiento desde el que se debe ponderar la interacción entre derechos y responsabilidades debería tener en consideración los profundos cambios acaecidos a partir de la década de los sesenta en el pensamiento social contemporáneo. Así, como resultado de la evolución histórica, la conciencia en torno a la necesidad de mitigar los excesos del individualismo tuvo su forma de expresión en los noventa a través de la corriente comunitarista. Por tanto, las condiciones socio-históricas en las que vino a formarse el concepto de privacidad han evolucionado, sin que pueda prevalecer hoy en día un concepto que se forjó desde los postulados liberales de la defensa del individuo frente a un poder absoluto de los poderes públicos. Una tal *crítica historicista* al contenido del derecho a la intimidad sirve de preámbulo para tratar de redescubrir la función que debe ejercer la privacidad del individuo en cada momento histórico, a modo de introducción en el nuevo e intenso debate respecto de los conflictos en torno a la privacidad.

a partir de la resolución de casos, ciertas reglas de experiencia avaladas por la jurisprudencia de modo que se introduzca la necesaria seguridad jurídica en la materia. Con todo, resulta decisiva la aportación al respecto de la STC 186/2000 [vid. STC, 1ª, 10.7.2000 (MP: Fernando Garrido Falla)]. La relevancia de esta sentencia, a modo de precedente jurisprudencial, estriba en que se trata de la primera resolución judicial que, desarrollando la mencionada doctrina constitucional relativa al principio de proporcionalidad, justifica un *control oculto* de los trabajadores, al estimar que se realizó conforme a un adecuado equilibrio de los derechos e intereses fundamentales en conflicto. De esta forma, se viene a legitimar el empleo de *formas de control no transparentes* ante la verificación de un *patrón de riesgo* de naturaleza delictiva, proporcionando la necesaria cobertura jurídica a la implementación de estrategias preventivas y reactivas frente al delito intra-empresarial⁴⁰.

7. En nuestro análisis de los distintos conflictos entre privacidad y prevención subyacen dos factores novedosos que agudizan la tensión inherente al debate planteado: (i) la irrupción de una «cultura del control» y (ii) la aparición de un discurso en torno a la legitimidad de algunos recortes en la garantías de aquellas personas que manifiestan una actitud de *desafío al sistema* y a los valores socialmente compartidos, corriente de pensamiento que ha recibido la desafortunada denominación de «Derecho penal del enemigo»⁴¹.

5. Cuarta parte: análisis del tipo penal previsto en el art. 197.1 del Código Penal

A lo largo de las tres primeras partes se ha abordado en primer lugar (i) desde una *perspectiva general* la fenomenología del delito intra-empresarial; a continuación, (ii) se han examinado las distintas estrategias de prevención y reacción frente al mismo por parte del empresario para evitar una imputación de responsabilidad *in omittendo*; (iii) tratando de centrar, posteriormente, el objeto de análisis en el conflicto entre *prevención* y *privacidad* en el lugar de trabajo. Finalmente, en la cuarta y última parte, (iv) se tratan de aplicar los análisis y enfoques desarrollados previamente a las cuestiones relativas a los *límites del control empresarial*, límites que se suscitan a partir del estudio de las posibles conductas típicas en que puede incurrir el empresario al acceder al correo electrónico de los trabajadores. Es decir, sin renunciar a una perspectiva comparada, se aborda el estudio del tipo penal previsto en el artículo 197.1 del Código Penal español en su aplicación al ámbito de las relaciones laborales, todo ello en el marco de las estrategias de prevención de la delincuencia intra-empresarial.

1. En el contexto de la prevención del delito, la naturaleza del *espacio real* y del *espacio virtual* guardan, en realidad, innegables semejanzas⁴². Así, la imagen gráfica del efecto que pueden tener unas *ventanas rotas* («*broken windows*») en la degradación paulatina del orden y del control de la

⁴⁰ La doctrina contenida en esta resolución del Tribunal Constitucional español debe servir así de criterio orientador para discriminar aquellos casos en los que se puede legitimar determinadas medidas de control no transparente, respecto de aquéllos que no reúnen las condiciones necesarias o en los que la adopción de medidas empresariales puede considerarse desproporcionada.

⁴¹ Entre otros, ABANTO VÁSQUEZ, «El llamado Derecho penal del enemigo. Especial referencia al Derecho penal económico», en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Derecho penal del enemigo*, 2006.

⁴² KAYTAL, «*Digital Architecture as Crime Control*», *Yale Law Journal* (111-5), 2002, pp. 1039-1140.

delincuencia en el entorno de un determinado barrio, se puede aplicar *-mutatis mutandis-* al desorganizado *espacio virtual* que, en la actualidad, constituye Internet. En este sentido, es necesario profundizar y determinar las relaciones existentes entre el modo de configurar los límites y las reglas que se aplican en ese espacio virtual y la consecuente atracción o generación de delincuencia que comporta. Por tanto, una de las posibles medidas cognitivas que dificulta o imposibilita la comisión de delitos consiste en configurar con fines preventivos la disposición y el diseño del contexto espacial en el que se encuentran los bienes jurídicos que se desean proteger. En tal contexto, la arquitectura digital puede operar como un *límite cognitivo* al comportamiento *online* del trabajador. Tales medidas se proponen actuar sobre el entorno de forma eficaz, reduciendo las oportunidades para el delito.

La generalización del uso del correo electrónico y su incorporación al ámbito de las relaciones laborales constituye una fuente constante de problemas de muy diversa naturaleza. Ciertamente, el correo electrónico representa una importante *herramienta de trabajo* propiedad del empresario, puesta a disposición del trabajador. No obstante, ¿en qué medida el trabajador puede hacer un *uso socialmente razonable* con fines extraproductivos de tales instrumentos propiedad de la empresa, y dónde establecer los límites proporcionados a la capacidad de control empresarial respecto del uso adecuado de tales herramientas de trabajo? Parece evidente, desde la lógica inherente al Derecho laboral, que la contratación de una persona para el desempeño de una concreta actividad, debe llevar aparejada la necesidad de controlar que dicha actividad se realiza a *plena satisfacción* de quien la ha contratado, y así se debe facultar al empresario para que pueda vigilar y controlar al trabajador, respetando no obstante ciertos principios limitadores. Además, debe tenerse en cuenta que del rendimiento y optimización de los recursos humanos y materiales depende, en buena medida, la marcha de la productividad y el posterior beneficio económico que, en gran parte, es consecuencia directa de la supervisión de los costes laborales. Nos hallamos, pues, ante un problema de *límites*.

2. Sin embargo, en el control genérico del rendimiento del trabajador en su jornada laboral no pueden regir las mismas garantías que en aquellos casos en los que la causa que motiva el acceso al supuesto espacio de privacidad del trabajador sea la sospecha fundada de la comisión de un hecho delictivo. Al margen del concreto régimen legal que sea de aplicación al registro del correo electrónico, al uso de Internet u otros contenidos del ordenador del trabajador, la lógica de un *control ordinario* no debe ser restringida en el mismo grado, ni con las mismas garantías, que cuando existe más que la posibilidad *-una sospecha fundada o patrón de riesgo-* de que el trabajador pueda estar incurriendo en una conducta tipificada penalmente.

La diversidad de regulaciones jurídicas aplicables sobre la protección del correo electrónico laboral plantea la necesidad de realizar una *integración hermenéutica* de las distintas normas que protegen la intimidad del trabajador en este ámbito. Así, las disposiciones civiles, laborales, administrativas, penales y constitucionales regulan el mismo problema jurídico desde su propia perspectiva de análisis. Ante ello, los operadores jurídicos deberían armonizar y dotar de coherencia sistemática a las diversas fuentes en virtud de la propia unidad del ordenamiento jurídico y de la jerarquía normativa impuesta por nuestro sistema constitucional. Desde un análisis comparado, en buena parte de los países de nuestro entorno cultural se garantiza un derecho a la privacidad de la persona a través de los las normas constitucionales, aunque puedan diferir en el modo en que se realiza. Así, en todos los ordenamientos se concibe el derecho a la privacidad como una derivación inherente a la *dignidad humana*. No obstante, aunque la protección de la privacidad de la persona no debe limitarse al domicilio, su fuerza vinculante entra en conflicto con otros derechos fundamentales, de modo particular con el derecho de propiedad.

3. La jurisprudencia constitucional española entiende que en la propia definición del derecho a la intimidad se presupone «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una

calidad mínima de la vida humana» (por todas, STC 98/2000 [vid. STC, 1ª, 10.7.2000 (MP: Fernando Garrido Falla)] y la anteriormente citada STC 186/2000). Sin embargo, como ha expuesto el Alto Tribunal de forma reiterada *el derecho a la intimidad no es absoluto*. La relación entre bien jurídico-penal y derecho fundamental, proyectados sobre una idéntica realidad jurídica –en este caso, la intimidad laboral–, responde a la *representación gráfica de círculos concéntricos*⁴³. Es decir, toda conducta penalmente punible debe quedar abarcada por la violación del derecho fundamental a la intimidad, existiendo entre ambos tipos de conceptos una *relación de especialidad*. De este modo, la lesión del derecho fundamental a la intimidad del trabajador viene a ser el primer requisito –al menos, en el orden lógico– que conviene analizar con carácter previo al discernimiento en torno a si el hecho tiene relevancia penal o, por el contrario, basta simplemente con una sanción laboral o la declaración de ilicitud de la prueba aportada. Por tanto, la concreción desde el Derecho constitucional del contenido material del derecho a la intimidad puede limitar, modular y corregir los límites del bien jurídico-penal definido por el legislador. Así, desde la perspectiva de los principios penales, si no existe violación de la intimidad a efectos constitucionales no podrá valorarse la conducta como merecedora del reproche jurídico más grave –con independencia del modo en que se articule su *impunidad*: a través de su consideración como causa de atipicidad, exclusión de la antijuridicidad del hecho o ausencia de culpabilidad en el sujeto–. En este sentido, el proceso y las reglas de operación del sistema penal sólo deben verse limitadas por la obtención de un resultado final que sea coherente con el principio de jerarquía normativa y *ultima ratio*.

4. Del análisis jurisprudencial, a partir de la constatación de doctrinas contradictorias, se puede sostener que el derecho al secreto de las comunicaciones reconocido en el art. 18.3 CE tiene, en el ámbito de las relaciones laborales, *una virtualidad cuanto menos discutible o circunstancial*. Debe tenerse en cuenta, a este respecto, que la cuestión de no reconocer la vigencia de la protección dispensada por el art. 18.3 CE en las relaciones laborales deviene una cuestión de suma trascendencia, al determinar que el procedimiento y las garantías exigibles para realizar un control sobre el correo electrónico del trabajador dejen de estar bajo control judicial para pasar a depender de lo que determine el ordenamiento laboral al respecto. Así, la protección constitucional del correo electrónico laboral debe articularse a través del derecho a la intimidad del trabajador, teniendo éste como límite específico el poder de dirección y control del empresario, poder que recibe su plasmación concreta en la legislación laboral en lo dispuesto en los arts. 18 y 20.3 ET.

(i) Sin embargo, el debate no deja de ser estéril, al parecer evidente que el trabajador no puede ostentar el mismo derecho reconocido con carácter general en el art. 18.3 CE respecto del ciudadano particular que emplea un medio de comunicación de naturaleza absolutamente privada. Entre otros motivos, porque si el empresario puede discrecionalmente conceder o no al trabajador la misma posibilidad de utilizar el correo electrónico en la empresa, o –en caso de permitir su utilización– puede establecer limitaciones a su uso extralaboral y adoptar mecanismos de control sobre el mismo sin necesidad de intervención judicial, a todas luces ese derecho autónomo a una protección formal o instrumental decae y deja paso

⁴³ MORALES GARCÍA, *La tutela penal de las comunicaciones laborales. A propósito de la estructura típica del artículo 197.1 CP*, Ponencia presentada el 30 de marzo de 2001 en el Seminario "Poder informático e intimidad: límites jurídico-laborales y penales al control empresarial", organizado por los Estudios de Derecho y Ciencias Políticas de la UOC.

en su lugar al derecho a la intimidad –regulado en el art. 18.1 CE–. Es decir, sólo podría darse un derecho del trabajador al secreto de las comunicaciones si el empresario previamente concede y reconoce ese espacio de privacidad.

(ii) En realidad, se puede afirmar que el *destinatario natural* del art. 18.3 CE son los poderes públicos. Del tenor literal del artículo se deduce que los ciudadanos –entre los que se incluye el empresario– no pueden excepcionar el secreto de comunicaciones *in nomine proprio* sino mediante autorización judicial. No obstante, en algunos casos éstos pueden *incumplir* la garantía judicial que protege la intimidad si concurren situaciones debidamente justificadas (consentimiento, legítima defensa, fuerza mayor). Por tanto, como sostiene parte de la doctrina, la naturaleza restrictiva de la cláusula «salvo resolución judicial» denota una mala técnica normativa al no recoger todas las exigencias relativas a la intervención lícita de comunicaciones, debiéndose complementar con diversas previsiones legales y jurisprudenciales⁴⁴. Por todo ello, se puede llegar a afirmar que, al menos en algunos supuestos relativos al secreto de las comunicaciones, la vinculación de los particulares respecto de ciertas garantías que protegen la intimidad deriva así *ex* 18.1 CE y no de la protección *ex* 18.3 CE. Los particulares no estarían limitados por la necesidad de cumplir lo establecido para la autorización judicial de medidas que conculquen el secreto de comunicaciones sino que pesarían sobre ellos otro tipo de límites. Desde este punto de vista, el art. 18.3 CE se podría entender que está dirigido a los poderes públicos.

(iii) Desde otro punto de vista, se sostiene que la garantía reconocida en el art. 18.3 CE se refiere a la «impenetrabilidad desde fuera» en el proceso de comunicación por terceros, públicos o privados, que sean ajenos a la comunicación misma. En este sentido, el «elemento de ajenidad» puede considerarse, al menos en algunos contextos, excluido del ámbito de las comunicaciones laborales.

5. A pesar de no referirse en concreto al control del correo electrónico del trabajador, la mencionada STC 186/2000 ha supuesto en cierto modo un *giro copernicano* en la jurisprudencia constitucional relativa a las modulaciones y límites a la intimidad en la empresa. A partir de los requisitos establecidos en la doctrina consolidada relativa al principio de proporcionalidad, se viene a justificar en determinadas circunstancias lo que podría denominarse un *control no transparente del trabajador*, cuando la medida de injerencia empresarial adoptada, a pesar de vulnerar la expectativa de intimidad del empleado, se basa en la existencia de sospechas o indicios de un comportamiento irregular o abusivo por parte de éste, que perjudique la buena marcha de la empresa o el correcto y ordenado desarrollo de la actividad productiva. Es decir, las particularidades del caso resuelto se deben, en primera instancia, a que la medida no obedeció al propósito de vigilar y controlar *genéricamente* el cumplimiento por los trabajadores de las obligaciones que les incumben. Por tanto, respecto de la aplicabilidad de la jurisprudencia contenida en la citada STC 186/2000 a supuestos de control oculto de correo electrónico de los trabajadores, entendemos que la *ratio decidendi* expresada en la sentencia puede fundamentar la resolución de casos análogos en el ámbito de la prevención y reacción ante el delito intra-empresarial. Su extensión dependerá de los presupuestos objetivos (*patrón de riesgo*) y de la proporcionalidad de la medida. Sin embargo, conviene tener presente algunas diferencias.

Así, por contraste, (i) la implementación de políticas de control sobre el uso del ordenador y correo electrónico puede reducir sustancialmente –e incluso llegar a eliminar por completo– la referida expectativa de privacidad de los trabajadores, libertad de disposición que encuentra mayores reparos en una política que estableciera una video-vigilancia de carácter permanente; (ii) los medios de video-vigilancia tienen, en líneas generales, un impacto cualitativamente mucho mayor en la esfera de privacidad, al captar imágenes visuales que afectan a la totalidad de

⁴⁴ Al respecto, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, 2004, p. 114.

la persona, pudiendo abarcarse incluso, en función del tipo de instalación, también el sonido; (iii) el correo electrónico es en sentido estricto una *herramienta de trabajo* y, por tanto, existe una mayor justificación en relación a la actividad de control empresarial, más amplia en el tiempo y en el espacio; (iv) aunque se generalice la práctica de establecer políticas de control sobre el correo electrónico, siempre existirán casos –por ejemplo en relación a altos directivos– en los que pueda requerirse un control oculto o intensivo del correo electrónico.

6. Conviene tener en cuenta las recomendaciones del mencionado GRUPO DE TRABAJO ARTÍCULO 29, en su «Documento de trabajo de 29 de mayo de 2002, relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo». En este sentido, las acertadas orientaciones contenidas en este documento, aunque sean de carácter no vinculante, pueden llegar a ser el embrión de una normativa con *efecto directo* en los Estados miembros, viniendo a cristalizar los criterios orientadores que se sugieren en este documento en una directiva comunitaria⁴⁵.

7. En cuanto al análisis comparado de la regulación laboral del control y acceso al correo electrónico laboral, en la *praxis* judicial norteamericana se permite de forma amplia la monitorización de las comunicaciones de los empleados cuando la finalidad perseguida sea la obtención de datos sobre el rendimiento personal o la prevención de fraudes laborales –como la revelación de secretos industriales–, siempre que venga precedida de una información previa al trabajador, aun de carácter genérico –por ejemplo, en la que no se especifique el tipo de sistema empleado en la escucha, o el trabajador concreto que está siendo espiado, sino la simple información de que algunos de los sistemas informáticos o telefónicos están siendo intervenidos–, evitando así que la naturaleza de la captación pueda ser subrepticia. Ello no disminuye, no obstante, la preocupación de los órganos directivos de las empresas ante la posible interposición de demandas enderezadas a la reparación de la *privacy* del trabajador, o a evitar que los resultados de la escucha técnica no sean admitidos como prueba en los procesos por despido⁴⁶. En este sentido, aunque la cultura y el ordenamiento jurídico norteamericano tenga en gran consideración el valor de la *libertad individual*, al mismo tiempo, los derechos derivados de esa libertad son tratados como un objeto de propiedad personal⁴⁷.

8. En el ámbito jurídico-laboral español, la doctrina se plantea, en primer lugar, si se puede afirmar que existe un *derecho al uso privado del correo electrónico* por parte del trabajador y, de forma subsiguiente, si del mismo se puede derivar el nacimiento de una expectativa de intimidad o

⁴⁵ En el ámbito comunitario, como fruto y complementación de lo establecido en la Directiva 95/46/CE, los Tribunales de buena parte de los Estados miembros de la Unión han venido aplicando distintas reglas referidas a la privacidad de las comunicaciones electrónicas en el contexto laboral. Su mayor incidencia, sin duda, se ha revelado en el efecto jurídico que se ha otorgado a la impugnación de la prueba por causa de despido y su declaración de invalidez como resultado de la violación de las leyes de protección de datos.

⁴⁶ MORALES GARCÍA, «La tutela penal de las comunicaciones laborales. A propósito de la estructura típica del artículo 197.1 CP», ponencia presentada el 30 de marzo de 2001 en el Seminario *Poder informático e intimidad: límites jurídico-laborales y penales al control empresarial*, organizado por los Estudios de Derecho y Ciencias Políticas de la UOC.

⁴⁷ Es decir, la libertad está por encima de la privacidad sin establecerse límites al respecto, relativizándose en cierta medida el hecho de que sin privacidad no puede haber auténtica libertad. Así, el derecho a la privacidad puede ser objeto de negociación por parte del trabajador, pudiendo disponer del mismo con el fin de obtener un empleo. En la base de este planteamiento se encuentra el reconocimiento del consentimiento como criterio supremo –incluyéndose el consentimiento presunto–, sin atender a la circunstancia de que la desigualdad entre las partes y las leyes del mercado conducirán a los trabajadores a aceptar cualesquiera condiciones de trabajo.

*privacidad*⁴⁸. Es decir, si se puede sostener que se genera de forma inevitable alguna expectativa razonable de privacidad como consecuencia de la propia naturaleza del medio, con independencia del tratamiento de la cuestión por parte del empresario. A este respecto, hemos extraído las siguientes conclusiones:

(i) El empresario puede prohibir o puede autorizar, es decir, puede anular, restringir o ampliar el derecho a un uso socialmente razonable con fines privados del correo electrónico laboral y, por tanto, el ámbito objetivo de la *expectativa de intimidad* o *secreto* del trabajador. No obstante, con independencia de ello, deberá respetarse en todo caso el *derecho irrenunciable a no ser controlado de forma oculta, indigna o desproporcionada en el uso del mismo*, siendo este derecho una manifestación particular, *sui generis*, del derecho a la intimidad o privacidad en el trabajo («derecho a la intimidad sin expectativa de privacidad»). En cualquier caso, las reglas generales de generación de expectativas de privacidad, así como las relativas a las formas de control oculto o desproporcionado, pueden conculcarse si media un *patrón de riesgo* de naturaleza delictiva.

(ii) En caso de ausencia de regulación acerca del uso con fines extralaborales del correo electrónico, se entenderá que el trabajador no está autorizado al uso privado, aunque pueda defenderse –como así lo hace un sector de la doctrina– un *deber de tolerar* un uso razonable del mismo conforme a la realidad social. No obstante, la no autorización de un uso extralaboral no es incompatible con que se alce frente al empresario un *derecho irrenunciable a no ser controlado de forma no transparente o desproporcionada*, tal y como se acaba de apuntar. La regulación por parte del empresario de las condiciones del control tendrá fuerza de ley entre las partes, y su incumplimiento conllevará la ilicitud de la prueba obtenida. La jurisprudencia social irá delimitando –como veremos más adelante– las condiciones generales en que deberá realizarse el control, supliendo las posibles lagunas.

(iii) Ni aún en el supuesto de estar *completamente* prohibido el uso privado del correo electrónico, de tal situación no se infiere que en algunos casos el acceso al contenido del correo electrónico no pueda atentar contra la intimidad –casos de «intimidad compartida»–. En tales casos, aún sin existir *expectativa de intimidad* o *expectativa formal de secreto*, la circunstancia fáctica de tratarse de una comunicación cerrada, es decir, de un espacio en el que el contenido de la comunicación se encuentra –en función de la arquitectura del sistema– oculto a terceros, lleva a afirmar que alberga un reducto indisponible de intimidad. Los supuestos en los que se realizan controles materiales arbitrarios e injustificados, o se impone la aceptación de condiciones manifiestamente injustas son manifiestamente antijurídicos, pudiendo constituir base jurídica suficiente para imputar responsabilidad penal.

9. Tras examinar la complejidad relativa al modo de generarse las expectativas de privacidad en el ámbito laboral, resulta conveniente abordar el *nexo de unión* entre el ilícito laboral y el ilícito penal. La estructura típica del delito resulta así alterada en razón del contexto laboral, en tanto que las distintas reglas relativas a la configuración del bien jurídico–penalmente protegido no pueden tener cabida mediante el recurso al *consentimiento* como causa expresa de atipicidad. Por el contrario, en un contexto general, si la víctima consiente la intromisión en su ámbito de secreto o intimidad no se realiza conducta típica alguna. Se debe tener en cuenta a este respecto que en el ámbito laboral *consentimiento* e *intimidad* no son dos conceptos excluyentes, pudiendo existir casos en los que a pesar de existir un consentimiento válido a efectos psicológicos, éste no pueda tener consecuencias jurídicas en el contexto de la relación de trabajo. Por tanto, se deben aplicar en el ámbito laboral criterios interpretativos significativamente distintos a fin de configurar el bien jurídico que es objeto de protección.

10. A efectos de definir cuándo resulta vulnerada la intimidad del trabajador, un denominador

⁴⁸ MONTROYA MELGAR, «Derechos del trabajador e informática», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* (25), 2002.

común en la jurisprudencia social en la materia –como elemento singular que determina la violación del correspondiente derecho fundamental– se encuentra en la exigencia de que el poder de control se realice de forma transparente como manifestación del respeto a la dignidad del trabajador, límite recogido expresamente en el art. 20.3 ET. Sin embargo, la inmensa mayoría de las decisiones judiciales sobre los criterios de legalidad y proporcionalidad en las formas de control se aplican sobre casos en los que el acceso al correo electrónico del trabajador estuvo motivado por la falta de rendimiento del trabajador u otras causas de indisciplina laboral de naturaleza no delictiva, siendo así que las reglas y criterios de valoración deben regirse en cada grupo de casos por lógicas muy distintas.

A este respecto, hemos llegado a las siguientes conclusiones: (i) frente a la actividad de vigilancia y control de naturaleza ordinaria, conviene analizar de forma distinta aquellos casos en los que se ha verificado un patrón de riesgo, normalmente de naturaleza delictiva. En este sentido, el carácter oculto de la actividad de control –*control oculto o no transparente*– y el acceso al contenido del correo electrónico del trabajador –*o control material*–, deben considerarse dos posibles medidas de carácter excepcional en las que debe velarse especialmente por la adecuada aplicación de los criterios de proporcionalidad; (ii) habrá que ver, en este sentido, la aplicación que pueda tener la destacada STC 186/2000 antes mencionada, en su posible aplicación en casos excepcionales a registros y controles del correo electrónico del trabajador, y si se empieza a formar un cuerpo de sentencias en lo social en el que, estableciéndose distintos grupos de casos, se justifique debidamente la necesidad de ejercer un *control oculto* mediante la constatación de un determinado *patrón de riesgo*. En nuestra opinión, los controles o registros de carácter oculto serán siempre ilícitos si únicamente están motivados por el *uso abusivo no delictivo* del correo electrónico. Es decir, no pueden justificarse si el control oculto se lleva a cabo en el marco de la supervisión del rendimiento laboral del trabajador, salvo que de ese incumplimiento se derive un grave perjuicio para la empresa o se pongan en peligro bienes jurídico–penalmente relevantes y el único modo de evitarlo sea mediante un acceso no informado al trabajador; (iii) obsérvese que se ha de tratar de un *patrón de riesgo proporcionado*, sin que la mera prevención general de la criminalidad intra–empresarial pueda ser cobertura jurídica suficiente para justificar el carácter oculto bien de una actividad general de control o bien del acceso puntual a un particular correo electrónico. Es decir, el patrón de riesgo ha de ser *específico* y de *naturaleza presumiblemente delictiva*, o –cuanto menos– que del mismo puedan derivarse, previsiblemente, perjuicios graves para el empresario y el único modo de evitarlo sea a través de un control no transparente.

11. La sentencia del caso *Coruñesa de Etiquetas* [STS, 4ª de lo Social, 26.09.2007 (MP: Aurelio Desdentado Bonete)] tan sólo resuelve –en el contexto y finalidades propias del recurso de casación para la unificación de doctrina–, algunos aspectos de la contradicción existente entre la disparidad de criterios doctrinales en la materia. Es decir, sin dejar de resaltar la trascendencia de esta sentencia, no puede entenderse que pueda ser instrumento de interpretación vinculante aplicable a todo el extenso ámbito de aplicación del control empresarial sobre los instrumentos tecnológicos de trabajo y comunicación en las relaciones laborales. Con todo, no cabe duda de que contribuye enormemente a dotar de seguridad jurídica a los operadores jurídicos en un contexto novedoso y marcado por la casuística. Así, a partir del supuesto de hecho objeto de recurso, se pueden realizar las siguientes consideraciones con el fin de limitar el alcance de sus efectos jurídicos: (i) en primer lugar, conviene tener presente que se refiere a un caso de *control del*

ordenador y de la navegación por Internet en el ámbito laboral; (ii) en este sentido, únicamente trata de modo tangencial la cuestión relativa a la privacidad en el correo electrónico laboral; (iii) por tanto, la naturaleza y los efectos vinculantes –en el contexto de la unificación de doctrina– de una afirmación *obiter dicta* no pueden conducir a conclusiones definitivas a efectos de fijar la necesaria unidad doctrinal, o al menos en las mismas condiciones que son aplicables a lo que es propiamente «objeto de contradicción»; (iv) en virtud del principio de unidad jurisdiccional y del derecho a la igualdad de todos ante la ley, se viene a limitar el espacio legítimo de disparidad de criterios en cada Comunidad Autónoma; y, finalmente, (v) la sentencia no considera en ningún caso la licitud o ilicitud de los controles empresariales por causas delictivas, sino que se limita a establecer criterios de legitimidad respecto de aquellos controles motivados por una finalidad de fiscalización de la prestación laboral y del rendimiento del trabajador.

La aportación principal de la sentencia se refiere a resolver las dudas existentes en torno al régimen jurídico y las garantías aplicables a los registros de ordenadores que son propiedad del empresario. Así, el Tribunal Supremo afirma con rotundidad que el control del uso del ordenador facilitado al trabajador por el empresario no se regula por el art. 18 ET, sino por el art. 20.3 ET y a este precepto hay que estar con las matizaciones que a continuación realiza.

12. La relación laboral de carácter especial del alto directivo, basada en la recíproca confianza entre las partes del contrato, responde a una lógica distinta de la relación de dependencia propia de un trabajador asalariado común. Ciertamente, la elección *intuitu personae* que está en el origen de la contratación de un alto directivo conlleva un mayor grado de autonomía y una ausencia o modulación de mecanismos de control específicos y/o estandarizados. Sin embargo, como contrapartida a ese *status de especial confianza*, y en garantía de los intereses del empresario y del patrimonio social, el empresario goza de una mayor libertad de control y disposición. En este contexto, sobre el alto directivo pesa un deber de fidelidad cualificado.

13. En cuanto al estudio del tipo penal previsto en el art. 197 CP, se ha analizado la capacidad de rendimiento de las tres categorías que tienen una mayor incidencia en la restricción del ámbito de lo punible de tales conductas –cuando tienen lugar en el ámbito de las relaciones laborales–: (i) la *intencionalidad* de la conducta llevada a cabo por el sujeto activo, (ii) de las características propias del *bien jurídico-penal*, y (iii) de la virtualidad del *consentimiento* del sujeto pasivo sobre el que recae la acción de apoderamiento o interceptación:

(i) Tras la STS de 26 de septiembre de 2007, se puede argumentar con mayor fundamento que el ámbito objetivo que debe respetarse en virtud de lo que la doctrina laboralista denomina «licencias comportamentales» puede reducirse a la mínima expresión, e incluso prohibirse con carácter absoluto cualquier uso extralaboral del ordenador, Internet y el correo electrónico. Mas, aún admitiéndose un mínimo uso personal socialmente razonable, el empresario puede establecer medidas de control ante patrones de riesgo que eliminarían –al menos a efectos penales– la lesividad material de la conducta típica.

En realidad, el art. 197.1 CP contiene un *elemento subjetivo de lo injusto* de difícil interpretación en el contexto laboral, que no permite restringir con plena eficacia el ámbito de conductas punibles: primero, porque los accesos con *dolo eventual* no deberían excluirse del tipo, aunque la finalidad propia de incluir un ánimo particular en el dolo del sujeto activo tenga por función, en principio, cualificar la voluntad delictiva en la lesión del bien jurídico; y, en algunos casos, en función de los

elementos concomitantes, a pesar de existir dolo eventual en el sujeto activo debe interpretarse que concurre una voluntad inequívoca de no lesionar –o de lesionar mínimamente– la intimidad del trabajador, factor que llevará a deducir mediante tales indicios que su intención no fue de forma predominante lesionar el bien jurídico⁴⁹.

(ii) En cuanto a la configuración penal del bien jurídico, al margen la discusión conceptual –no exenta en ocasiones de cierto carácter nominalista– en torno a la diferenciación entre *privacidad*, *secreto e intimidad*, el concepto penal *ex art. 197 CP* de *secreto* o *intimidad*, debería definirse con un alcance más restringido:

En primer lugar, deberán tenerse en cuenta las importantes modulaciones y restricciones de naturaleza jurídico-laboral ya mencionadas que viene a sufrir el haz de facultades inherentes al derecho a la intimidad del trabajador, y que, en definitiva, limitarán las condiciones en que el bien jurídico-penal pueda proyectarse en el correo electrónico en cuanto objeto material; en segundo lugar, el hecho de tratarse de la protección de un derecho fundamental en las relaciones entre particulares (*Drittwirkung*), como el derecho a la intimidad en la relación laboral, introduce un elemento relevante que conlleva que se distinga esta problemática de la cuestión acerca de la vigencia de dichos derechos frente al Estado. En ese sentido, se ha hecho referencia a la cuestión de la discutida eficacia de la protección jurídica que dispensa el art. 18.3 CE en las relaciones laborales, concluyéndose que, en numerosas ocasiones, no se puede afirmar la existencia *stricto sensu* del derecho constitucional al secreto de las comunicaciones en el lugar de trabajo; en tercer lugar, debe aplicarse necesariamente una restricción en el contexto de la intervención jurídico-penal en virtud del principio de intervención mínima y *ultima ratio*. De entre las distintas manifestaciones y situaciones en las que se proyecta la intimidad en el lugar de trabajo –y específicamente, en el uso del correo electrónico– sólo deben ser objeto de protección penal aquéllas que, por el propio carácter fragmentario y accesorio de la intervención penal, sean más relevantes e intolerables.

En realidad, la fórmula de referencia alternativa al concepto particular de *secreto* y al bien jurídico de la *intimidad* de la persona debe valorarse –en el ámbito laboral, al menos– como una opción superflua o innecesaria. Es más, incluso en el contexto propio de las relaciones extralaborales, la cobertura del art. 18.3 CE sólo establece la necesaria autorización judicial en cuanto garantía *formal* del derecho *material* a la intimidad –*ex art. 18.1 CE*–. Por ello, la referencia al *secreto* en el tipo del art. 197.1 CP no puede entenderse en el sentido de que la norma penal proteja el espacio formal de comunicación en sí mismo –el *continente* o límite externo– sino el contenido material de secreto. De esta forma, se debe restringir su significado jurídico-penal de acuerdo con el *concepto jurídico de secreto en sentido estricto*. Así, sólo se entenderá típico el ataque en la medida en que se ponga en peligro de forma *ex ante* el carácter oculto del conocimiento, el interés en el mantenimiento del secreto y la voluntad de mantener el secreto por parte de su titular.

De ello se sigue que la referencia alternativa a la intimidad o al secreto del trabajador, aunque tenga por finalidad cubrir posibles ataques al objeto material, sólo puede interpretarse en el sentido de que en algunos casos el empleado podrá oponer –porque el empresario no ha establecido reglas al respecto– cualquier intromisión en un espacio formal de comunicación que con carácter *ex ante* pueda presumirse que pondrá en peligro el bien jurídico realmente protegido, la intimidad. La inclusión del secreto

⁴⁹ Por ello, se propone de lege ferenda la creación de un subtipo específico que contemple las conductas de descubrimiento y revelación de secretos por parte del empresario o de aquellas personas con especiales deberes de control y vigilancia respecto de terceros, en tanto que el tipo genérico del art. 197 CP no está pensado para que se puedan discernir accesos legítimos y proporcionados de aquéllos que no lo son. Es decir, la conducta típica en el contexto laboral no debería condicionarse a la presencia de un elemento subjetivo de lo injusto que, al menos en este ámbito, induce a confusión.

material en los ataques a la intimidad deviene así innecesaria. Y ello porque mediante la referencia a la intimidad se protegen (i) tanto aquellos casos en que el trabajador puede oponer un derecho formal de exclusión frente al acceso del empresario, cuando efectivamente se presume que puede poner en peligro la intimidad; (ii) como aquellos casos en que, a pesar de no existir una expectativa de privacidad, la injerencia sea desproporcionada en los medios o en su utilización posterior.

En todo caso, estaremos ante una conducta paradigmáticamente típica a efectos penales cuando la interceptación del correo electrónico del trabajador se realice (i) con *capacidad de visualización del contenido (expectativa material de intimidad)* y (ii) *sin política informativa al trabajador (control oculto o no transparente)*, excediéndose ampliamente en tales casos las facultades de fiscalización concedidas al empleador.

(iii) En relación al consentimiento de la víctima, la cuestión estriba en interpretar qué se entiende por *consentimiento* a efectos jurídico-penales en el concreto contexto laboral en que se ejecuta la conducta típica. Se podría objetar a este respecto que el *conocimiento previo* de la injerencia debería entenderse como un *elemento análogo al consentimiento* sólo si el trabajador pudo oponerse y exigir su consentimiento expreso. Sin embargo, ni siquiera en el ámbito laboral la cuestión tiene una respuesta clara acerca de los derechos reconocidos por las disposiciones legales, los convenios colectivos o mediante contrato individual (*vid.* art. 311 CP). Por tanto, la ausencia de una doctrina y jurisprudencia pacífica en este ámbito de configuración del derecho a la intimidad, así como respecto de la función que debe desempeñar el consentimiento expreso del trabajador, conduce a interpretar a efectos penales que, en principio, la voluntad implícita del trabajador resulta elemento suficiente para excluir la tipicidad de la conducta, en tanto que viene a configurar *ab initio* los contornos del bien jurídico protegido, debilitando de forma considerable toda expectativa de intimidad⁵⁰.

14. *Causas de justificación.* En el ámbito de las causas de justificación, en nuestra opinión sólo ante un patrón de riesgo determinado que exceda el sentido propio y ordinario del control del trabajador en el desarrollo de la prestación laboral se podrá apreciar positivamente la concurrencia de una causa de justificación que legitime un control *material* y *oculto*. En este sentido, la búsqueda de pruebas para fundamentar el despido del *trabajador holgazán y perezoso* no puede amparar un control de tales características, debiendo entenderse que se trata de una conducta típica y antijurídica a todos los efectos.

15. *Posición de garantía.* En este contexto, se trata de discernir si el derecho a administrar con eficacia la empresa –en cuanto deber cuyo incumplimiento pudiera fundamentar que el garante fuera acusado de administración desleal, fraudulenta o negligente–, y sobre todo, su derecho a

⁵⁰ Ello no obstante, sin perjuicio de que en algunos supuestos pueda entenderse que se ha conculcado la libertad real del trabajador para consentir o disponer de su intimidad a efectos del tipo previsto en el art. 311 CP. Es probable que, como consecuencia del necesario equilibrio entre derechos e intereses constitucionalmente protegidos, algunas limitaciones o modulaciones a la intimidad del trabajador puedan no ser libremente disponibles. Es decir que, eventualmente, pueden acabar reconociéndose límites expresos en la legislación laboral respecto de las formas de controlar el correo electrónico del trabajador. En tal sentido, habría que distinguir (i) los límites voluntarios basados en el consentimiento, en aquellos supuestos en que el trabajador realiza en sentido propio un acto de libre disposición de su intimidad, cuando tenía reconocido formalmente un derecho a excluir la injerencia del empresario; (ii) de los límites impuestos con el conocimiento del trabajador, no pudiéndose oponer éste a la reducción formal de su espacio de intimidad. Los primeros operarían como una causa de atipicidad en cuanto libre consentimiento del trabajador, sin perjuicio de que la conducta previa realizara el tipo del art. 311 CP, y los segundos vendrían a reducir, en la construcción normativa del bien jurídico tutelado, el espacio sobre el que puede proyectarse la intimidad en el trabajo.

protegerse de la responsabilidad o perjuicio que pudiera derivarse de los daños causados por acciones de los trabajadores, pueden constituir auténticas posiciones de garantía que, en un contexto determinado, justifiquen que el empresario deba realizar un *control material y oculto* – penalmente típico– a uno de sus trabajadores. En algunos casos, el garante mismo puede ser víctima en sentido propio de un delito imputable a un trabajador –por ejemplo, en tanto sujeto pasivo de un delito de injurias a través del correo electrónico–, y en ese caso no habría lugar a una posición de garantía respecto de un bien propio. Sin embargo, lo más común será que el empresario –en cuanto persona jurídica– pueda considerarse *víctima en sentido impropio*, en tanto que parte afectada por el daño que produce el delito –en el caso de las injurias, en tanto que la reputación de la compañía también resulta perjudicada–.

16. *Estado de necesidad*. En el contexto de situaciones de *colisión de deberes* en las que se genera un «estado de necesidad defensivo», el empresario puede tener ante sí dos deberes jurídicos de idéntica o de distinta naturaleza e intensidad, que se encaminen a proteger o atacar bienes jurídicos personales o patrimoniales de valor equivalente o no. En el grupo de problemas jurídicos que se ha analizado, sobre el sujeto activo pesa un deber negativo consistente en *omitir la lesión a un bien jurídico personal como es la intimidad del trabajador*, materializado en el correo electrónico de uso laboral; y un deber positivo de *actuar en defensa del patrimonio social de la empresa o de un bien personal, como la integridad moral y sexual de los trabajadores*.

Los casos más problemáticos en que puede resultar ajustada la ponderación entre ambos deberes se refieren a aquellas situaciones en las que (i) el trabajador pueda poner en riesgo bienes patrimoniales de escaso valor económico; (ii) en las que la probabilidad del daño no sea proporcionalmente alta –es decir que la sospecha, pese a tener fundamento, no reúne todas las garantías–; (iii) en las que las alternativas de reacción a la amenaza por medios ordinarios –en todo caso, no típicos– sean todavía viables para salvar la lesión del bien jurídico amenazado y evitar el daño, siendo la expectativa de éxito de tales acciones salvadoras no penalmente relevantes suficientemente razonable; (iv) en las que la dilación temporal que supone acudir a medios ordinarios dista de ser significativa en términos del valor asignado a la lesión en comparación con la lesión inmediata de la intimidad del trabajador.

17. *Legítima defensa*. El garante en la empresa puede hallarse ante situaciones que, estructuralmente, presenten los rasgos generales de una colisión de deberes. No obstante, al *deber de actuar* puede superponerse, en algunos casos una *facultad de defenderse*. Así, junto a la situación de necesidad, en los casos en que se verifiquen los presupuestos objetivos de una situación de legítima defensa, debe tenerse en cuenta que el ordenamiento concede una mayor amplitud a la legítima capacidad de respuesta *ex art. 20.4 CP* frente al peligro amenazante. Para ello, el ataque y las circunstancias en que éste se produce deben reunir los requisitos propios de la legítima defensa, de tal suerte que, en ese caso, podríamos hablar propiamente de la concurrencia de un *poder-deber* de actuar de acuerdo con una situación justificante o de un «deber de actuar en legítima defensa».

(i) *Relevancia de las dificultades probatorias*. Particular importancia se debe dar en el ámbito empresarial a las situaciones de legítima defensa en aquellos supuestos en que las dificultades probatorias pueden conllevar obstáculos insalvables, dejando a la víctima en absoluta indefensión o desprovista de una acción de la justicia eficaz. Así, parece de sentido común que el propietario no tiene por qué permitir escapar al ladrón con el botín por el sólo hecho de que le haya reconocido y pueda denunciarle judicialmente. Entre otros motivos porque, además de los

probables problemas probatorios, la recuperación de la cosa sería difícil.

(ii) *Relevancia del contexto en la empresa.* El contexto y el lugar donde se representa la amenaza pueden alterar la percepción subjetiva de la misma por parte de la víctima o del garante. De este modo, en el momento de incoarse una agresión, la fenomenología del peligro produce percepciones y estímulos distintos en el sujeto amenazado en función de su entorno inmediato, siendo un factor decisivo (objetiva y subjetivamente) el hecho cierto de «hallarse en terreno propio».

(iii) *Agresión oculta y su incidencia en la actualidad.* A este respecto, uno de los rasgos definitorios del delito intra-empresarial que más relevancia tiene en el ámbito de las causas de justificación es el *carácter oculto* o *naturaleza subrepticia* que, desde un punto de vista fenomenológico, reviste la agresión antijurídica. Conviene, por tanto, resaltar que ante una *agresión subrepticia* no se pueden emplear idénticos criterios valorativos para determinar si la creencia racional en el sujeto agredido es manifiesta y suficiente y, por tanto, para precisar el momento en que debe considerarse que existe *actualidad* en la agresión⁵¹.

(iv) Se propone una adecuación de los requisitos tradicionales que se exigen a las situaciones de legítima defensa en atención al contexto particular, del mismo modo que las características particulares que presentan los casos de legítima defensa respecto de agresiones o amenazas en el contexto de la violencia doméstica justifican una adaptación particular de las categorías tradicionales, en tanto que tales reglas «han sido elaboradas partiendo de una imagen basada en la confrontación hombre/hombre (del mismo tamaño y fuerza) que se realiza en un solo acto»⁵². A este respecto, las consideraciones en este ámbito tienen aplicabilidad en los casos de delincuencia intra-empresarial-, de forma que, en tales ocasiones, los Tribunales deberán basar su convicción sobre la inminencia del ataque en un juicio de pronóstico; siendo, en ocasiones, más una cuestión de *credibilidad* que de *actualidad*; y habiéndose de tener en cuenta el papel que en este ámbito desempeñan los *conocimientos especiales* de la víctima para determinar la actualidad.

(v) En este sentido, la delincuencia intra-empresarial constituye un ámbito propicio para que puedan tener lugar con mayor frecuencia agresiones *in fieri* –propiamente comenzadas o en todo caso a punto de iniciarse–, o que se conformen como un *continuum*. Es decir, formas de comisión que ostentan un carácter no estático sino dinámico, y que exigen la intervención inmediata del empresario en el momento en que cobra conciencia cierta de la existencia de la agresión o de su inminente amenaza.

(vi) Se debe plantear al respecto en qué términos debe acreditarse con carácter previo el patrón de riesgo necesario y cuándo se puede afirmar la existencia de una sospecha debidamente fundada en indicios racionales que certifique la inminencia del ataque al patrimonio empresarial. Así, el

⁵¹ Así, ante un mismo resultado lesivo, los dos medios tradicionales en la perpetración del delito, a saber, el empleo de fuerza y los medios consistentes en engaño, no han sido objeto de consideración equivalente por la dogmática jurídico-penal ni por el legislador. Entre otras razones, se pueden aducir las distintas posibilidades de defensa que, ante ataques de una u otra naturaleza, puede esgrimir la víctima del delito. *Mutatis mutandis*, se podría aplicar esa misma lógica interna –que lleva a no poder establecer una equivalencia valorativa– en la interpretación de los requisitos o presupuestos exigibles para determinar la actualidad de la agresión.

⁵² LARRAURI/VARONA, *Violencia doméstica y legítima defensa*, 1995.

mero conocimiento por parte del garante de ciertos *contactos altamente sospechosos* de uno de sus trabajadores con una empresa de la competencia puede fundamentar, en primera instancia, otro tipo de reacciones por cauces ordinarios –incluso el despido del trabajador–. Sin embargo, si a ello se une que el trabajador bajo sospecha tiene acceso a secretos de empresa o material altamente sensible –es decir, información económicamente valiosa–, es evidente que el empresario no sólo *puede* sino que *debe* actuar. Y, en ese contexto, la conveniencia de acudir a una intromisión en la privacidad como medio para evitar de forma eficaz la consumación o continuación del delito puede entenderse que respeta el principio de racionalidad del medio empleado⁵³.

(vii) *Casos de delito continuado*. Debe tenerse en cuenta que, a los efectos de calibrar el *momento análogo a la consumación del delito permanente*, en tanto que se presume que el sujeto activo está abierto y en disposición de seguir ejecutando actos parciales, el carácter invisible del delito intra-empresarial va aparejado con frecuencia a la naturaleza continuada de la agresión, mediante un fraccionamiento temporal de los actos ejecutivos o una reducción del montante que el delincuente obtiene en cada acto considerado individualmente.

(viii) *Necesidad de la acción defensiva*. En ocasiones, el empresario puede considerar *insuficientes* las otras alternativas distintas a su acción de defensa, tales como acudir a las fuerzas de seguridad pública, o despedir al trabajador y desposeerle de su acceso a la información sensible. Por otro lado, si el empresario decide optar por la vía judicial, el hecho de aportar ante el juez evidencias –obtenidas a través del acceso al correo electrónico– que sean indicios suficientes para imputar un delito de revelación de secretos de empresa, ello conllevará la adopción inmediata de medidas judiciales efectivas que corten de raíz la continuación del daño, desposeyendo a la competencia de la información recibida, dictándose auto de prisión ante la posible obstrucción del agresor a la acción eficaz de la justicia⁵⁴.

(ix) *Necesidad concreta del medio empleado*. Por último, en orden a valorar la *necesidad concreta* de la acción defensiva, así como los posibles excesos intensivos, convendrá enjuiciar si las medidas adoptadas por el empresario han sido adoptadas con las cautelas convenientes para que la injerencia sea la mínima indispensable (*juicio de eficiencia*). Así, se podría argumentar que el empresario estaría justificado en tales supuestos a violar el secreto de las comunicaciones con la menor afectación *material* posible en la intimidad personal del trabajador, pudiendo adoptarse como orientación los criterios que vayan fijando la jurisprudencia laboral y constitucional, así como la comunitaria.

⁵³ Por tanto, si de la existencia de un cúmulo de indicios en el comportamiento de un trabajador se puede inferir de forma racional la apariencia de una inminente agresión, no se le puede exigir al empresario una espera mayor. La excesiva exigencia de que el carácter oculto –particularmente en el estadio previo al inicio de la ejecución pero, con frecuencia, también a lo largo de todo el *iter criminis*– aflore al exterior mediante la emergencia ya evidente de un daño irreparable puede derivar en una forzosa indefensión. Y ello, sin perjuicio de que pueda acudirse a la legítima defensa putativa.

⁵⁴ Por este motivo, la seguridad jurídica es especialmente relevante en esta materia, en cuanto que puede delimitar las expectativas asociadas a las distintas alternativas de acción por cauces ordinarios. Los criterios jurisprudenciales deben, en este sentido, crear reglas de experiencia y grupos de casos, como el importante precedente judicial de la STC 186/2000.

Especialmente en aquellos delitos en los que la víctima principal sea la propia empresa –aunque, de forma derivada, ésta puede ser declarada responsable civil en algunos supuestos por *cualquier* delito de los trabajadores–, las situaciones de legítima defensa o estado de necesidad pueden conllevar que no sea en absoluto conveniente acudir a un tercero ajeno al conflicto interno –un representante de los trabajadores, aunque en realidad no se trata de buscar un elemento de *ajenidad* sino, supuestamente, de *objetividad*–. Entre otros motivos, (i) por una cuestión temporal, pueden darse situaciones perentorias que imposibiliten o dificulten enormemente en la práctica la presencia de testigos; (ii) por una cuestión de privacidad, en tanto que el daño en la presunción de inocencia y la buena fama del trabajador podrían verse injustamente amplificadas; y (iii) por una razón de estrategia empresarial y aseguramiento de la respuesta efectiva a la agresión, en la medida en que el empresario puede legítimamente desconfiar de los representantes de los trabajadores, hallándose en juego bienes de enorme importancia para la empresa –así, ante un caso de violación de secretos de empresa–.

18. *Ejercicio legítimo de un derecho*. De acuerdo con lo previsto en el ordenamiento laboral, el empresario podría lesionar en algunos casos la intimidad del trabajador en virtud del poder de dirección y control (*vid.* art. 20.3 ET). Se deberían distinguir a este respecto dos posibles escenarios: (i) si la concreción del derecho en cuestión se considera suficientemente explícita con carácter *ex ante* –ya sea mediante una regulación del mismo en el convenio colectivo o en el contrato de trabajo– entendemos que operaría como una «causa de atipicidad». Sería el caso de aquellos controles ordinarios del empresario dirigidos a evaluar el rendimiento del trabajador y el modo de realizar la prestación laboral, en los que se accede al contenido de los mensajes de correo electrónico en un supuesto contemplado *expresamente* en el contexto normativo de la empresa –en una cláusula del convenio colectivo, del contrato individual o en virtud de una política empresarial comunicada a la plantilla–. En cierto modo, por tanto, su consideración como causa de atipicidad sería superflua, aunque no excluye que en determinados casos –por ejemplo, ante una normativa excesivamente permisiva o ante una aplicación desproporcionada o abusiva de la misma– pueda tener relevancia; (ii) en cambio, cuando se pretende invocar un *derecho genérico* derivado del poder de dirección y control del empresario regulado con carácter general en el Estatuto de los Trabajadores, parece más adecuado que tenga virtualidad como causa de justificación, teniéndose en cuenta que en ocasiones pueden concurrir distintas clases de causas de justificación.

19. *Nulidad de la prueba ilícita*. En nuestra opinión, entendemos que si la conducta ilícita de obtención de la prueba con violación de derechos fundamentales obedece a una finalidad ordinaria de control respecto de la prestación laboral, no puede dar lugar en ningún caso a una flexibilización del criterio de inadmisibilidad de la prueba ilícita –y en este sentido, el despido seguiría siendo nulo–. Sólo en aquellos supuestos en que haya habido un conflicto de deberes con bienes o intereses graves en juego *podría* llegar a admitirse como válida a efectos penales, pese a no reconocerse plenamente la causa de exclusión de la antijuricidad o culpabilidad en el concreto actuar del empresario. Es decir, a pesar de corroborarse la violación del derecho fundamental a la intimidad, y en su caso, haberse sancionado administrativa o penalmente la conducta del empresario, se podría considerar que ello no puede impedir la persecución penal del trabajador desleal –por un delito de pornografía infantil o violación de secretos de empresa–, sin perjuicio de que se mantenga la nulidad radical del despido, en su caso⁵⁵.

⁵⁵ Mediante este planteamiento se mantienen los efectos disuasorios respecto de las conductas de intromisión del empresario no plenamente justificadas –por ejemplo, por haberse excedido en el control material oculto de los

En definitiva, si la acción mediante la cual se han obtenido las pruebas presuntamente ilícitas ha sido amparada por una causa de justificación que excluye la antijuricidad del hecho típico, no tendría sentido que tales pruebas no fuesen admitidas en el proceso: la justificación de la conducta justifica también el resultado de la misma. Sin embargo, no se puede realizar la afirmación inversa y, por tanto, de la no justificación penal –es decir, de la ilicitud del hecho base– no debe seguirse *automáticamente* la inadmisibilidad de la prueba –ausencia de «consecutividad lógica y jurídica», debiéndose valorar oportunamente el caso concreto [STC 114/1984, FJ 1: *vid.* STC, 2ª, 29.11.1984 (MP: Luis Díez-Picazo y Ponce de León)]–.

20. *Doctrina del hallazgo casual.* En la citada STS de 26 de septiembre de 2007, una vez declarada la improcedencia del registro del ordenador efectuado por el empresario, el Tribunal Supremo trajo a colación la «doctrina del hallazgo casual», doctrina que propiamente es objeto de aplicación por parte de la jurisprudencia en el marco de los registros llevados a cabo por las fuerzas de seguridad en causas penales.

Sin embargo, la doctrina del «hallazgo casual» se refiere en todo caso a supuestos en los que existen *indicios de naturaleza delictiva*. En este sentido, no serían aplicables sus reglas de valoración –ni siquiera en un sentido analógico amplio– a los registros empresariales ordinarios, en los que, con ocasión de una revisión técnica, se descubren motivos por los que sancionar al trabajador por causa de su absentismo laboral o por otros usos no permitidos de naturaleza no delictiva de las herramientas de trabajo. Las consecuencias de la invasión en la privacidad del trabajador –por existir una expectativa razonable de intimidad– no sólo deben abarcar la nulidad de la prueba sino que podrían conllevar la exigencia de acciones civiles y penales por la intromisión ilegítima realizada.

En cambio, si los indicios derivados de una inspección técnica o un registro rutinario de carácter formal o externo, relativo al uso de Internet o del correo electrónico, reúnen apariencia delictiva, el empresario estaría legitimado para acceder al contenido a pesar de que exista expectativa razonable de privacidad. En tales casos, la prolongación del registro *más allá del motivo originario* se justifica en el posible carácter delictivo de la conducta y en la posición de responsabilidad del empresario como garante. En ese contexto, habiéndose iniciado la revisión del ordenador por un motivo legítimo –no se trata de los casos en que el patrón de riesgo fuerza el mismo registro *ab initio*–, las consecuencias de una omisión del deber de investigar pueden justificar la entrada y comprobación del estado real de la amenaza, sin perjuicio del deber posterior de poner en conocimiento de las autoridades el hecho delictivo. En ese sentido, el hallazgo casual de indicios delictivos justifica la prolongación del registro, sin que sea necesaria la autorización judicial previa –se podría equiparar al *delito flagrante*–. La inmediatez de respuesta que requiere una conducta penal no es comparable, a tales efectos, a las conductas de absentismo laboral antes mencionadas.

correos electrónicos de los trabajadores–, al tiempo que no se dejan de perseguir y condenar las conductas desleales con relevancia penal que hayan cometido los trabajadores. En este sentido, la ilicitud de la prueba abarcaría e invalidaría los efectos particulares que perseguía el empresario en el ámbito privado de la empresa –siendo el despido nulo de pleno derecho–, pero no se extendería a los intereses públicos en la persecución del delito respecto de la conducta que, con ocasión de un asunto interno, tiene dimensiones sociales de mayor envergadura.

21. Privatización del *ius persecuendi*. Una de las razones que explica la escasa aplicación en la práctica jurisdiccional del 197.1 CP en las relaciones laborales puede encontrarse en una causa común a todos los delitos contra la intimidad, cual es la relativa a la privatización del *ius persecuendi*, al requerirse la previa interposición de denuncia por parte de la persona agraviada o de su representante legal. Con todo, podrían establecerse mecanismos efectivos que contrarrestasen la opacidad y hermetismo del mundo empresarial, promoviendo actuaciones de oficio a partir de la mera constatación de la violación de la intimidad en el proceso laboral por despido. Así por ejemplo, mediante la creación de determinados protocolos de actuación o instrucciones respecto de la obligación de los órganos administrativos y jurisdiccionales competentes de comunicar los hechos al Ministerio Fiscal *ex art.* 3.2 LISOS.

6. Conclusiones

(i) Propuesta *de lege ferenda*

A la luz de las consideraciones anteriores, se propone una modificación del art. 197 CP a fin de aportar mayor seguridad jurídica en la aplicación del tipo penal de descubrimiento y revelación de secretos en el contexto empresarial. En este sentido, se explicita la remisión a las normas laborales y a la configuración fáctico-jurídica del concreto entorno empresarial donde tengan lugar las conductas típicas, configurándose como una «norma penal en blanco» en sentido estricto:

1. *El que ostentando un poder de vigilancia y control vulnera la intimidad de aquellas personas sobre las que se extiende su esfera de organización, mediante un uso abusivo de sus facultades contrario a la legalidad, mediando o no su consentimiento, realizando alguna de las conductas descritas en el artículo 197, será castigado con las penas de prisión de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.*
2. *A tal efecto, se entenderá por uso abusivo contrario a la legalidad la extralimitación manifiesta de las normas, pactos y comunicaciones que, de acuerdo con las circunstancias fácticas, conlleve la vulneración de una expectativa razonable de intimidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 311.*
3. *Las conductas descritas anteriormente realizadas fuera de los casos permitidos por la legalidad vigente que estuvieren motivadas por indicios racionales de la presencia de un delito, no serán punibles salvo que la información obtenida se utilizare para fines distintos a la persecución del delito.*
4. *Sin perjuicio de la pena aplicable al autor y a los partícipes del hecho tipificado en este artículo, se podrán establecer medidas complementarias de acuerdo con lo establecido en el régimen de consecuencias accesorias del artículo 129, a propuesta de los representantes de los trabajadores, una vez escuchado el parecer de los socios, miembros y representantes de la persona jurídica en cuyo seno tuvieron lugar las conductas descritas. Además, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria por los daños de acuerdo con el artículo 120.4, el juez podrá acordar de forma adicional la imposición de una multa por valor del cuádruple de los mismos aplicable a la persona jurídica en los siguientes supuestos:*
 - a) *si se pudiera presumir el conocimiento de la conducta delictiva por parte de alguno de los miembros de la dirección de la empresa o persona jurídica en cuyo seno hubiere tenido lugar.*
 - b) *en caso de verificarse un beneficio directo o indirecto como resultado del delito para la empresa o persona jurídica en cuyo seno hubiere tenido lugar.*
5. *Para proceder por los delitos previstos en este artículo no será necesaria la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, sin que pueda tener efectos el perdón del ofendido.*

(ii) Orientaciones para la determinación judicial de la pena

En el ámbito de la determinación judicial de la pena, se podría tratar de orientar la función judicial dentro del marco legal establecido por el legislador⁵⁶. Así, a modo de «sentencing guidelines», se podrían establecer ciertos criterios unificadores en la jurisprudencia –al menos de forma orientativa–, en los que se pudiera graduar la imposición de la sanción a quien tuviere el dominio funcional del hecho, a los partícipes, a los autores o coautores por omisión, así como la naturaleza y cuantía de las consecuencias accesorias.

En cuanto a la imposición de una sanción penal al empresario que vulnera la privacidad del trabajador, concurren cuanto menos cuatro cuestiones que deben ser consideradas: (i) la particular naturaleza del sujeto activo del delito no se opone, en principio, a que se pueda establecer una sanción jurídico-penal, tanto desde principios de justicia retributiva como desde la lógica de la disuasión⁵⁷; (ii) sentado lo anterior, no se aprecian especiales problemas –al contrario, salvo los problemas de prueba– para imputar responsabilidad individual a la concreta persona física dentro de la corporación; (iii) cabe plantearse la posible responsabilidad de la persona jurídica (*corporate liability*). El fiscal debería poder –en caso de que la legislación penal lo permitiera– optar por la fórmula mixta que mejor se adecuara al supuesto particular, actuando contra la corporación y los individuos responsables del hecho criminal; (iv) finalmente, se debería determinar qué tipo de sanción es la más apropiada: pena de prisión o multa para el responsable individual y/o una sanción económica u otras medidas o consecuencias accesorias para la persona jurídica. En especial, debería considerarse la conveniencia de aplicar penas de inhabilitación para el ejercicio del cargo –siempre que el tipo penal lo permitiese–.

7. Elenco de casos prácticos

Se citan algunos de los casos de naturaleza académica que han inspirado algunas de las reflexiones contenidas en el texto:

(i) El padre de Andrea conoce el *riesgo elevado* de que su hija, desobedeciendo órdenes expresas, continúe frecuentando el círculo de *amistades peligrosas* que tiene prohibidas desde hace tiempo. Andrea acaba de cumplir 12 años. El vínculo que la une al grupo es intenso y difícil de eliminar. Entre sus amigos, un grupo *intergeneracional* en el que las edades oscilan entre los 12 y los 20 años, se encuentran portadores del VIH y adolescentes que estuvieron relacionados con un caso de tráfico de drogas y reyertas entre bandas juveniles. Al principio, sus padres trataron de *encerrarla* en casa, sin solución de continuidad. No obstante, tras un cierto tiempo, y habiendo cambiado a su hija de colegio, empiezan a dejarle acudir a su nueva escuela con cierta autonomía. Después de varios intentos fallidos para que la policía siguiera más de cerca los movimientos de su hija, no acaban de tener la seguridad de que Andrea no vuelva a contactar con el grupo. Ante tal *riesgo objetivo*, su padre decide intervenir el teléfono móvil de su hija y su ordenador portátil

⁵⁶ En el ámbito anglosajón se emplean «sentencing guidelines» a modo de pautas prudenciales de orientación práctica en la labor de determinación de la pena que, aunque no posean carácter vinculante, son seguidas en la práctica jurisdiccional.

⁵⁷ En el ámbito norteamericano, un ejemplo paradigmático de tipificación penal de ciertas invasiones en la privacidad puede verse en *Health Insurance Portability and Accountability Act, 1996 (HIPAA)*, 42 U.S.C. § 1320d-6.

(incluyendo *e-mail* y *chats* en los que suele participar) e instalar cámaras ocultas en su habitación y lavabo.

(ii) Ana teme que su marido, al estar atravesando un mal momento después de haber sido despedido en el trabajo, vuelva a abusar sexualmente de su hija como consecuencia de su estado de frustración. Así había sucedido en anteriores ocasiones, sin que ella lo hubiere denunciado, pero esta vez se ha enfrentado a su marido y le ha advertido que si lo vuelve a hacer avisará a la policía. Ha puesto *todos los medios* a su alcance: ha llevado a su marido al especialista, ha hablado con su hija para detectar al menor atisbo cualquier mínimo peligro. No se atreve a iniciar los trámites legales por miedo a las consecuencias: si debe separarse y pedir la custodia de su hija no podrá prosperar sin desvelar el motivo. En realidad piensa que lo de su marido es *corregible*, y que puede lograr un cambio. De hecho, le da una última oportunidad, al tiempo que –al continuar sin fiarse de lo que hará su marido cuando ella esté ausente– decide instalar cámaras ocultas por toda la casa, para asegurarse de que no sucede nada en sus inevitables ausencias (que tratará de reducir a las indispensables).

(iii) Juan Alberto, director general de una empresa tecnológica, se apoya desde hace años en Rodrigo, su director adjunto, con el que comparte prácticamente todas las funciones directivas. La relación de confianza ha sido plena y mutua, sin señales de falta de entendimiento. No obstante, llega a su conocimiento –por medio de un amigo– de que Rodrigo está *manteniendo contactos* con un directivo de una empresa de la competencia, al parecer una mujer. Ante tal *riesgo objetivo*, decide contratar detectives privados que le dan a conocer que se les ha visto juntos de forma prácticamente *clandestina* en distintos lugares y momentos a lo largo de las últimas semanas. No ha podido conocer detalles sobre el contenido de los encuentros, aunque sospecha de que se trata de asuntos profesionales y de que existe por tanto una clara motivación desleal en su conducta. Si se desvelara la información confidencial y estratégica que posee Rodrigo, en el caso de llegar ésta a conocimiento de la competencia, podrían ocasionarse unas pérdidas astronómicas.

La cláusula de rescisión del contrato es elevada y, por otra parte, el despido no garantiza *per se* la no revelación de la información tecnológica que posee. Finalmente, decide hablar con Rodrigo, presentarle su sospecha y reconducir el problema mediante la gestión ordinaria del diálogo. Éste reconoce esos encuentros pero los califica como *no profesionales*, y antepone su trabajo y el bien de la empresa. Jamás quebrantaría su fidelidad a Juan Alberto y a la compañía que le ha dado todo. Sin embargo, tras unas semanas Juan Alberto –con nueva información de los detectives privados– desconfía de su palabra: *¿cómo iba a ser tan ingenuo de trabar amistad con uno de los directivos de la principal empresa competidora por motivos no profesionales?* La situación es difícil de gestionar: *¿cómo debe actuar, qué control puede ejercer sobre su director adjunto y qué responsabilidad tendría ante los accionistas en el caso de que llegaran a revelarse importantes secretos de empresa, con la consiguiente pérdida de valor en bolsa?*

8. Bibliografía

Manuel Artidoro ABANTO VÁSQUEZ (2006), "El llamado Derecho penal del enemigo. Especial referencia al Derecho penal económico", en Manuel CANCIO MELIÁ, Carlos, GÓMEZ-JARA DÍEZ,

Derecho penal del enemigo, Edisofer-B de f, Madrid, vol. I, pp. 1-52.

Ulrich BECK (1993), "De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo" (trad. DEL RÍO HERRMANN), *Revista de Occidente*, núm. 150, noviembre 1993, pp. 19 y ss.

Kai D. BUSSMANN (2003), "Causes of Economic Crime and the Impact of Values: Business Ethics as a Crime Prevention Measure", paper presented at the *Swiss Conference on Coping with Economic Crime. Risks and Strategies*, Zurich.

Kai D. BUSSMANN/Marcus M. WERLE (2006), "Addressing Crime in Companies. First Findings from a Global Survey of Economic Crime", *British Journal of Criminology*, núm. 46, pp. 1128-1144.

Ronald V. CLARKE/Marcus FELSON (1993), "Routine Activity and Rational Choice", vol. 5, *Advances in Criminology Theory*, New Brunswick: Transaction Publishers, Inc., London.

Lawrence E. COHEN/Marcus FELSON (1979) "Social change and crime rate trends: a routine activities approach", *American Sociological Review*, núm. 44, pp. 588-608.

John E. ECK (1997), "Do premises liability suits promote business crime prevention?" in FELSON, CLARKE (ed.), *Business and Crime Prevention*, New York, pp. 125-150.

Amitai ETZIONI (1999), *The limits of privacy*, Basic Books, New York.

Marcus FELSON/Ronald V. CLARKE (1998), *La ocasión hace al ladrón. Teoría práctica para la prevención del delito* (trad. de DÍAZ I PONT y FELIP I SABORIT), *Police Research Series*, Paper 98. Home Office, Policing and Reducing Crime Unit, London.

José J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2004), *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, Thomson, Civitas, Madrid.

Tamar FRANKEL (2006), *Trust and Honesty. America's Business Culture at a Crossroad*, Oxford University Press, New York.

David O. FRIEDRICHS (2002), "Occupational crime, occupational deviance, and workplace crime: Sorting out the difference", *Criminal Justice*, vol. 2, núm. 3, pp. 243-256.

Philip HARDING/Richard JENKINS (1989), *The Myth of Hidden Economy: Towards a new understanding of informal economic activity*, Open University Press, Milton Keynes.

Thomas R. HURST/William A. GREGORY (2000), *Cases and Materials on Corporations*, Lexis/Nexis, Cincinnati.

Victor R. JUPP/Pamela DAVIS/Peter FRANCIS (1999), "The features of Invisible Crimes" en DAVIS, FRANCIS, JUPP, *Invisible Crimes. Their Victims and their Regulation*, Macmillan, London.

Neal Kumar KAYTAL, "Digital Architecture as Crime Control", *Yale Law Journal*, vol. 111, núm. 5, 2002, pp. 1039-1140.

Elena LARRAURI/Daniel VARONA (1995), *Violencia doméstica y legítima defensa*, EUB, Barcelona.

Roger A. LITTON (1982), "Crime Prevention and Insurance", *The Howard Journal of Penology and Crime Prevention*, núm. 21, pp. 6-22.

Gerald MARS (1982), *Cheats at Work. An Anthropology of Workplace Crime*, Allen & Unwin, London-Boston.

Alfredo MONTOYA MELGAR (2002), "Derechos del trabajador e informática", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. Extraordinario 25.

Óscar MORALES GARCÍA (2001), "La tutela penal de las comunicaciones laborales. A propósito de la estructura típica del artículo 197.1 CP", ponencia presentada el 30 de marzo de 2001 en el Seminario *Poder informático e intimidad: límites jurídico-laborales y penales al control empresarial*, organizado por los Estudios de Derecho y Ciencias Políticas de la UOC, Barcelona.

Nuria PASTOR MUÑOZ (2006), "La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?", *InDret*, núm. 4, Barcelona.

William G. PORTER II/Michael C. GRIFFATON (2003), "Between the Devil and the Deep Blue Sea: Monitoring the Electronic Workplace. Employers should have Detailed, Understandable and Fair Computer, E-Mail and Internet Usage Policies Impartially Administered", *Defense Counsel Journal*, January.

Jesús M. SILVA SÁNCHEZ (2001), *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición, Civitas, Barcelona.

Sally S. SIMPSON, *Corporate Crime, Law, and Social Control*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

Daniel J. SOLOVE (2008), *Understanding Privacy*, Harvard University Press.

Andrew VON HIRSCH (2000), "Cuestiones éticas en torno a la vigilancia en espacios públicos mediante cámaras de televisión" (trad. de AGUSTINA SANLLEHÍ publicada en *InDret* 4/2007), del original VON HIRSCH, GARLAND, WAKEFIELD (eds), *Ethical and Social Perspectives on Situational Crime Prevention*, Hart, London.

Per-Olof H. WIKSTRÖM/Robert J. SAMPSON (2006), *The Explanation of Crime. Context, Mechanisms and Development*, Cambridge University Press, New York.

James W. WILLIAMS (2005), "Reflections on the private versus public policing of economic crime", *British Journal of Criminology*, 45, 316-339.

9. Tabla de jurisprudencia citada

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>La Ley</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STC 6/1988, 1ª, 21.1.1988	53529-JF/0000	Luis Díez-Picazo y Ponce de León	Javier Crespo Martínez c. la Oficina de Prensa del Ministerio de Justicia
STC 186/2000, 1ª, 10.7.2000	9715/2000	Fernando Garrido Falla	Cirilo José Manuel P.G. c. ENSIDESA
STC 98/2000, 1ª, 10.7.2000	78877/2000	Fernando Garrido Falla	Santiago A.G. c. Casino La Toja S.A.
STC 114/1984, 1ª, 29.11.1984	9401-JF/0000	Luis Díez-Picazo y Ponce de León	Francisco P.N. c. el periódico "Información"
STS, 4ª de lo Social, 26.09.2007	146111/2007	Aurelio Desdentado Bonete	D. Imanol c. Coruñesa de Etiquetas S.L.
STS, 2ª de lo Penal, 28.3.2003	1664/2002	José Aparicio Calvo Rubio	N.c.