

## Criminalidad e Internet: Retos del Siglo XXI.

[BIB 2003/1413](#)

**Moisés Barrio Andrés.**

Asesor Jurídico de Pymescentro-Grupo Momadul especialista en Nuevas Tecnologías

**Publicación:** Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales num.15/2003 parte Comentario  
Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2003.

### . Introducción

En el presente trabajo vamos a abordar las implicaciones que produce Internet en el Derecho Penal, en particular, la delincuencia cometida en el ciberespacio. Una primera aproximación al problema nos revela ya el primer obstáculo existente: las instituciones jurídicas tradicionales encuentran numerosas dificultades para adaptarse a la Red de redes, además, el legislador se muestra renuente a regular una materia tan espinosa como la que estamos analizando. Las particularidades técnicas de Internet y la reincidencia inactividad por parte del legislador, sólo desechada en fechas recientes, han abonado un terreno muy fecundo para la comisión de delitos, delitos que en gran parte de los casos quedan impunes. En efecto, como posteriormente analizaremos, la magnitud de las «cifras negras» es especialmente reveladora del desconocimiento y, en cierto modo, caos en cuanto a la vulneración de derechos y libertades producidas en Internet.

En 1972 se publicó el trabajo de CARBONNIER titulado «L'hypothèse de non droit»<sup>1</sup>, que dio lugar a un Congreso de juristas que analizaron los fenómenos del no-derecho: **hackers**, ocupadores de fábricas y otros fenómenos que generaban una auto regulación propia pero al margen del derecho. La doctrina cuestionó entonces si, en definitiva, Internet es un supuesto de no-derecho. Si bien inicialmente la Red se ha caracterizado por una ausencia de intervención legal y estatal, lo cierto es que afortunadamente ya han sido gozosamente superadas aquellas corrientes favorecedoras de una total desregulación de Internet<sup>2</sup>. En primer lugar, nuestra [Constitución \( RCL 1978, 2836\)](#) en el apartado 4 del artículo 18 establece una importante previsión al respecto, ordenando al legislador «limitar el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». Tal precepto inicialmente fue vinculado en exclusiva al **habeas data** o protección de datos, pero en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 del [Código Civil \( LEG 1889, 27\)](#), la realidad social impone la obligación de tutelar adecuadamente los bienes jurídicos que pueden tener proyección en el ciberespacio.

<sup>1</sup> Citado por VILLAR PALASÍ: Revista Anales-Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. «Implicaciones Jurídicas de Internet» número 28.

<sup>2</sup> En este sentido, el Informe sobre la «National Information Infrastructure» firmado por Clinton y Al Gore en febrero de 1993 constituye el primer paso dado por los Estados Unidos en orden a abordar la regulación de Internet. Paralelamente, y en el ámbito de la Unión Europea, el mismo año la Comisión publicó el denominado Libro Blanco sobre «Crecimiento, competitividad, empleo. Retos y pistas para entrar en el siglo XXI».

En la actualidad, estamos pasando silenciosamente de la denominada «era electrónica» a la «sociedad de la información». La sociedad de la información viene determinada por la extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones y, en especial, de Internet como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información<sup>3</sup>. Su incorporación a la vida económica y social ofrece innumerables ventajas, como la mejora de la eficiencia empresarial, el incremento de las posibilidades de elección de los usuarios y la aparición de nuevas fuentes de empleo. Pero la implantación de Internet y las nuevas tecnologías tropieza con algunas incertidumbres jurídicas que es preciso aclarar con el establecimiento de un marco jurídico adecuado que genere, en todos los actores intervinientes, la confianza necesaria para el empleo de este nuevo medio.

<sup>3</sup> A este respecto, Nicolás Negroponte y Bill Gates proponen el siguiente símil: «A mediados de los ochenta el británico Tom Forester formulaba de nuevo una comparación ya clásica: si la automoción hubiera experimentado un desarrollo parecido a la informática, se podría disponer de un Rolls-Royce por menos de 300 pesetas, y, además, el vehículo dispondría de la potencia de un transatlántico como el **Queen Elizabeth** para ser capaz de recorrer un millón de kilómetros (unas 25 vueltas al mundo) con sólo un litro de gasolina. Todo un sueño que, en realidad, en el ámbito de las tecnologías de la información ya ha sido posible». Cfr. MORÓN LERMA, Esther: Internet y Derecho Penal, Hacking y tras Conductas ilícitas en la Red (BIB 1999, 1297). Editorial Aranzadi, Pamplona 1999, pág. 83.

En este sentido, el legislador patrio ha dado respuesta a la problemática surgida en el Comercio Electrónico mediante la [Ley 34/2002, de 11 de julio \( RCL 2002, 1744, 1987\)](#), estableciendo un marco jurídico adecuado a las necesidades que esta particular modalidad de venta vicia suscitando. ¿Ocurre lo mismo en el ámbito del Derecho Penal? ¿Puede nuestra legislación dar una respuesta adecuada y eficaz a los delitos cometidos en Internet? No queremos desvelar aún la respuesta a tales interrogantes. Invitamos al amable lector a la lectura íntegra de este trabajo, en el que se desvelan y analizan los sugestivos problemas que suscita el ciberespacio y el **ius puniendi**.

### . Parte general

#### I. Criminalidad e internet

La irrupción del ordenador personal, o PC, a principios de la década de los ochenta de la mano de IBM, marcó el inicio del camino para convertir a la informática en un instrumento al alcance del público en general, esto es, informática de consumo y de masas. Del mismo modo, el abaratamiento de los ordenadores en la década de los noventa, junto con las innovaciones en los sistemas operativos<sup>4</sup>, la tecnología multimedia y la reducción de costes en el acceso a Internet, han completado una nueva revolución industrial, dado que hasta la fecha los limitados avances en la informática eran únicamente disfrutados por un elenco restringido de grandes corporaciones.

<sup>4</sup> En efecto, la interfaz gráfica de Windows ha facilitado mucho la comprensión y utilización de la informática, dado que hasta entonces la interacción con el ordenador se efectuaba mediante comandos en inglés y un entorno de trabajo que no aprovechaba elemento gráfico alguno.

En efecto, a partir de 1990 la informática va implantándose silenciosamente en multitud de campos, entre los que destaca la empresa privada, la administración o incluso el propio hogar. Las máquinas de escribir han sido desplazadas por flamantes procesadores de texto y los libros de contabilidad se llevan íntegramente por medio de procedimientos informáticos. Incluso el dinero o los valores bursátiles no son sino meros registros en una base de datos almacenada en un superordenador. La Red se ve asimismo impulsada por novedosos y económicos ordenadores personales, así como por la promoción que efectúan instituciones públicas y privadas: el siglo XXI es el siglo de la sociedad de la información. A diferencia de las anteriores revoluciones industriales, la sociedad de la información se organiza en torno a recursos tecnológicos inmateriales que hacen posible la comunicación y transmisión de información en aras a una intercomunicación global y multicultural. La Red no sólo es un vehículo de comunicación, sino que constituye un auténtico **modus vivendi** y de construcción del conocimiento. Aparece así la denominada cultura de comunicación o cibercultura. La distinción de los ciudadanos no se configura en torno a criterios económicos, profesionales o raciales, sino por la cantidad y calidad de la información que poseen<sup>5</sup>. En este contexto, dice CEBRIÁN<sup>6</sup>, «una nueva frontera separará a los poderosos de los desposeídos: los que están enganchados a la red y los que no. Por eso es importante que los gobiernos<sup>7</sup> y los organismos internacionales trabajen por limitar esta discriminación, que es económica pero también cultural e intelectual». Por tanto, Internet marca la aparición de una nueva sociedad en la que los anteriores modelos sociológicos no son válidos. La distinción capital entre los ciudadanos se establece, según hemos apuntado, teniendo en cuenta el acceso a la información: en este sentido, aquellos «cognitivamente ricos» y «cognitivamente pobres»<sup>8</sup>. Pero además, la Red crea nuevas modalidades organizativas, grupos de muy diversa índole nacen en interacción permanente, alumbrándose de este modo comunidades por encima de las identidades culturales y de barreras geográficas, o incluso lingüísticas<sup>9</sup>. A su vez, las relaciones de poder también se ven alteradas, el dominador ya no es quien posee el monopolio de la fuerza o el capital, sino quien logra antes la información. En consecuencia, el control y manipulación de la información constituyen la corona y el báculo de la sociedad cibernética. Las profecías más amargas de ORWELL y HUXLEY pueden hacerse realidad bajo la denominada «dictadura tecnológica»<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> A **sensu contrario**, la Red también puede convertirse en un instrumento de fragmentación, y aislamiento, así como el posible efecto desestabilizador que puede causar Internet, RODOTÁ, S.: Libertad, oportunidad, democracia, informacione. . Citado por MORÓN LERMA, Esther: Internet y Derecho Penal (BIB 1999, 1297). op. cit, pág. 87.

<sup>6</sup> CEBRIÁN, Juan Luis: La Red. Cómo cambiarán las vidas los medios de comunicación. Editorial Taurus, 1998.

<sup>7</sup> En este sentido, debemos recordar cómo el artículo 9.2 de nuestra [Carta magna \( RCL 1978, 2836\)](#) establece un mandato a los poderes públicos en aras a la promoción de la igualdad real y remoción de los obstáculos que la dificulten.

<sup>8</sup> CEBRIÁN, Juan Luis: La Red. Cómo cambiarán las vidas los medios de comunicación. Editorial Taurus, 1998.

<sup>9</sup> Para LÉVY se produce un **mundo virtual segregado por la comunicación**. Cit. MORÓN LERMA, Esther: Internet y Derecho Penal (BIB 1999, 1297). op. cit, pág. 80.

<sup>10</sup> Cfr. MARCHENA GÓMEZ, Manuel: Actualidad Informática Aranzadi. «El sabotaje informático: entre los delitos de daños y desórdenes públicos (BIB 2001, 1028)» nº 40, julio 2001, páginas 2 y siguientes.

El Derecho no puede desconocer esta realidad. La Administración de Justicia va gradualmente informatizándose, así las leyes penales y procesales no han tenido otro remedio que tomar en consideración, no sin numantina resistencia, novedosos soportes documentales tales como el cd-rom o el dvd, impensables para nuestro legislador decimonónico<sup>11</sup>. Y la delincuencia contempla a la Red como un campo particularmente abonado para la consecución de sustanciosos beneficios en un tiempo récord y con riesgos ciertamente escasos. Los delincuentes perciben cómo las incommensurables dimensiones de este fenómeno desbordan al legislador y a los usuarios, los cuales sufren el menoscabo de sus derechos e intereses, en beneficio de los primeros. Internet ha dejado de ser un instrumento disponible exclusivamente en selectos centros militares y de investigación para convertirse en algo tan cotidiano como la radio o la televisión. En consecuencia, se transforma en un objeto digno de tutela por parte del legislador al ser una parcela de interés público y social, que reclama la protección y regulación de los derechos e intereses involucrados en ella. Como resultado, existen dos posiciones de signo opuesto acerca de la conveniencia de la intervención legislativa en este terreno. Para un gran número de Asociaciones de Internautas, la respuesta pasa por el desarrollo de una auto regulación o **netiquette**, mientras que para grupos multinacionales la solución estriba en una fuerte intervención de la Red, prohibiendo la encriptación de datos<sup>12</sup> o incluso imponiendo fuertes restricciones a la intimidad. Llegados a este punto, debemos preguntarnos acerca de la actitud del Derecho Penal ante el fenómeno cibernético. Así, para un sector de la doctrina que reniega del principio de última **ratio** y mínima intervención penal defendido a ultranza durante la década de los ochenta, se propugna un fenómeno «expansionista» que amplíe la intervención del **ius puniendi**. Se argumenta que existen bienes jurídicos «difusos» o «supraindividuales», cuya defensa suele razonarse, en primer lugar, atendiendo a los preceptos constitucionales integrantes de la denominada «Constitución económica». En esta línea, apunta BAJO FERNÁNDEZ<sup>13</sup>, debe protegerse la función social atribuida a derechos de carácter individual como la propiedad, la familia, la distribución más equitativa de la renta, el pleno empleo y la defensa de empresarios, trabajadores, consumidores,