

LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD EN LA PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS COMETIDOS A TRAVÉS DEL JUEGO POR INTERNET

Rosa Ventas Sastre
Doctora en Derecho
Prof. ^a de Derecho penal
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

SUMARIO: I. Introducción: el fenómeno del juego en internet y su repercusión económica y social. II. La especial problemática del juego en internet: la falta de regulación jurídica. II.1 Conclusiones. III. Los problemas de jurisdicción y competencia para conocer de eventuales delitos cometidos a través del juego en internet. III.1 Premisa. III.2 La ineficacia del ámbito espacial de la ley penal. III.3 La normativa comunitaria

I. INTRODUCCIÓN: EL FENÓMENO DEL JUEGO EN INTERNET Y SU REPERCUSIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL

Las apuestas deportivas, los casinos virtuales, el póquer “on line”, las loterías y otras formas de juego telemático están arrasando en Estados Unidos y en Europa¹, incluso en España estos juegos de azar a través de Internet empiezan a ser muy lucrativos, siendo uno de los negocios que han entrado con mayor fuerza en el mercado español en el último año².

Como ejemplo de la gran expansión del fenómeno del juego en Internet, tanto a nivel económico como social, podemos apuntar que tan sólo en el mes de agosto de 2005 más de 1,5 millones de españoles visitaron alguna página de apuestas, como Miapuesta³, Unibet o el portal apuestas.com, creado en 2001. En el mundo se calcula que, aproximadamente, 23 millones de internautas han jugado por Internet este año. Son sitios en los que cada jugador gasta de media 200 euros al mes, facturando las empresas del sector más de 8.200 millones de dólares en todo el mundo. Y se calcula que la cifra ascenderá a 23.500 millones de dólares en 2009, siendo entre 1.800 y 2.500 los sitios disponibles en Internet⁴.

Desde un punto de vista demográfico, en España la mayoría de los internautas jugadores son hombres (92%), la edad media es de 31 años, y la principal modalidad de juego de

¹ Los primeros negocios de juego en Internet surgieron en 1995, cfr., al respecto, MAESTRE J.: “Los juegos de azar en Internet”, disponible en la página Web www.lssice.com/textos/juegos.html

² Noticia recogida en el Diario El País, de 5 de agosto de 2005.

³ Miapuesta.com es la versión en español de la página Sportingbet, donde más de 130.000 internautas realizan apuestas en Gran Bretaña, registrando una media de 28 apuestas por segundo.

⁴ Datos facilitados por las consultoras Nielsen Netratings y Christiansen Capital Advisors.

azar son las apuestas deportivas (85%), siguiendo el casino virtual (12%) y el póquer (3%)⁵.

II. LA ESPECIAL PROBLEMÁTICA DEL JUEGO EN INTERNET: LA FALTA DE REGULACIÓN JURÍDICA

La Unión Europea no ha regulado hasta la fecha ninguna cuestión relativa al juego en Internet. De hecho, la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, más conocida como la Directiva sobre comercio electrónico, pese a conocer que los juegos de azar pueden constituir una de las categorías de lo que genéricamente se denominan “servicios de la sociedad de la información”, los excluye de su ámbito de aplicación. Concretamente, el artículo 16 excluye expresamente “los juegos de azar, loterías y apuestas, que impliquen una participación con valor monetario”. Por otro lado, en su artículo 8 señala que “el objetivo de la presente Directiva es crear un marco jurídico que garantice la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre Estados miembros y no armonizar el campo de la legislación penal en sí”.

Pese a que el Tratado de la Unión Europea señala en sus artículos 43 y 49 que las empresas ubicadas en cualquier país comunitario pueden establecerse y ofrecer sus servicios en otro Estado miembro, como ya ocurre en sectores como el de la energía o las telecomunicaciones, sin embargo también reconoce a los Estados nacionales, en el artículo 39 del Título III, relativo a la libre circulación de personas, servicios y capitales, la potestad para restringir determinados ámbitos, como puede ser el mercado de los juegos de azar, por razones de "orden público, seguridad y salud públicas". Por lo que la regulación del fenómeno del juego en Internet dependerá de las normas sobre competencia de los Estados miembros.

Por su parte, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, cuyo objetivo es la incorporación al Ordenamiento jurídico español de la Directiva 2000/31/CE, sobre comercio electrónico, señala en su artículo 5.2 que sus disposiciones serán de aplicación a los servicios de la sociedad de la información relativos a juegos de azar que impliquen apuestas de valor económico, sin perjuicio de lo establecido en su legislación específica estatal o autonómica. Consecuentemente, de conformidad con esta legislación, en España el juego es de competencia exclusiva del Estado. Sólo Loterías y Apuestas del Estado

⁵ Datos de Unibet, empresa sueca que ofrece servicios de apuestas deportivas en 12 idiomas, además de casino y póquer virtual. Unibet cuenta con 720.000 clientes registrados, de los cuales 10.000 son españoles.

(LAE), la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE) y las Comunidades Autónomas tienen derecho a gestionar, explotar y comercializar juegos de azar, tanto dentro como fuera de la Red.

Ante este monopolio la organización European Betting Association (EBA), que agrupa a 14 casas de apuestas en la Red con una cuota de mercado del 80% en Europa, ha denunciado a España ante la Comisión Europea por considerar que dicho monopolio del Estado impide a los operadores privados y a las casas de apuestas de otros países competir en igualdad de condiciones, vulnerando de este modo la normativa comunitaria. Anteriormente, esta organización ya había denunciado a Grecia, Alemania y Dinamarca ante el Ejecutivo comunitario. En opinión del secretario general "los Estados miembros no deberían prohibir la iniciativa privada del sector con la excusa de la salud pública si ellos mismos incentivan los juegos de azar a través de empresas públicas". La organización EBA apoya sus pretensiones en la sentencia del Tribunal Europeo de Justicia sobre el caso Gambelli (2003), que reconocía que "si un Estado incita a la participación en loterías, apuestas y juegos de azar con el fin de obtener beneficios, dicho Estado no podía invocar el mantenimiento del orden público para justificar medidas restrictivas". Por el contrario, para Loterías y Apuestas del Estado (LAE) "el caso Gambelli siguió la jurisprudencia de otros anteriores que reconocían la potestad de los Estados para restringir el sector por razones de salud pública"⁶.

En cualquier caso, e independientemente de la anterior queja formulada por la organización EBA, lo cierto es que en la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea las empresas de juego virtual no pueden establecerse legalmente, ni hacer campañas publicitarias. Estas compañías de juego en Internet eluden la prohibición instalando sus oficinas y servidores en paraísos fiscales, como Gibraltar, o en otros países donde el juego en Internet es legal⁷, aproximadamente son veinte, entre otros, Costa Rica, República Dominicana, Finlandia, Honduras, Liechtenstein, Mauricio o Venezuela⁸. Así, por ejemplo, Betandwin.com, con más de 1,5 millones de clientes en Europa, que registra una media de 3,4 apuestas por minuto (4.000 diarias), con más de

⁶ Datos recogidos en el Diario El País, de 13 de octubre de 2005.

⁷ Así, por ejemplo, la lotería patrocinada por la Cruz Roja opera bajo licencia del Principado de Liechtenstein en un total de seis idiomas, incluido el chino, y las loterías nacionales indias de Norteamérica a través de ICI (Internet Casinos, Inc.), desarrollando su actividad fuera de los Estados Unidos (Turku and Caicos Islands). Cfr. MAESTRE J.: "Los juegos de azar en Internet", disponible en www.issice.com/textos/juegos.html

⁸ En cuanto al estado de la regulación en países no considerados "paraísos fiscales", el Informe sobre "Internet y el juego", elaborado por la Subdirección General de Estudios y Relaciones Institucionales de la Secretaría General del Ministerio del Interior, dispone de información referida a los siguientes: Australia, Finlandia, Suecia, República de Sudáfrica, Liechtenstein, Alemania y Estados Unidos.

40 deportes, además de ofrecer 30 juegos de casino y lotería, opera por Internet bajo licencias de juego de Gibraltar, Austria, Alemania y Gran Bretaña.

La práctica de estas empresas, que se establecen principalmente en paraísos fiscales y principados de dudosa legalidad, vulnera la normativa vigente, siendo ilícito que empresas que no cuentan con la pertinente autorización para prestar un servicio, lo realicen amparándose en un vacío legislativo, o bien estableciéndose en países donde el juego en Internet es legal. En este sentido, la principal dificultad es la persecución de empresas que ofrecen servicios por Internet mediante licencias que son legales en otros países europeos.

En España las ofertas de juego virtual son ilegales, además de estar prohibida la comercialización de los juegos de azar, salvo los que ofrecen, como hemos señalado, Loterías y Apuestas del Estado (LAE), la ONCE y las Comunidades Autónomas. En el mes de julio de 2005 el Ministerio de Economía autorizó a LAE la comercialización de sus productos por Internet y otros sistemas interactivos. El servicio comenzó en septiembre y cuenta en la actualidad con unos 750 clientes. Hasta la fecha, los ciudadanos pueden jugar un máximo de 200 euros semanales a la Lotería primitiva, El Gordo de la primitiva, la Bonoloto, el Euromillón y la Quiniela por Red. Como requisito para el pago de las apuestas es necesario que el jugador sea titular de una cuenta bancaria electrónica.

En resumen, podemos destacar que en la actualidad ni el Ordenamiento jurídico español ni el comunitario ofrecen soluciones para actuar contra el juego en Internet, aunque algunos países ya están llevando a cabo procedimientos administrativos sancionadores contra los establecimientos que operan donde el juego está prohibido. Estados Unidos es uno de los países que más ha perseguido a las firmas de apuestas a través de Internet y donde varios Estados han tomado medidas para obstaculizar el pago a través de la Red de transacciones relacionadas con el juego. De hecho, muchas de las autoridades estatales de los diferentes países están intentando una aplicación coercitiva de su regulación sobre el juego, siempre que el mercado efectivo del prestador de los servicios esté formado por ciudadanos sometidos a su jurisdicción. La razón principal parece que es la disminución de ingresos tributarios que esta actividad implica. También las autoridades españolas han manifestado su preocupación, y probablemente no tardarán mucho tiempo en adoptar medidas represoras de estas prácticas, como viene sucediendo en otros países.

Dada la falta de regulación de la materia, y la posición de Estados Unidos contraria al juego por Internet, los operadores de los casinos virtuales, si bien consideran que la legislación aplicable debe ser la del Estado en el que se ubique el servidor, con independencia del lugar de residencia del jugador, hacen recaer la responsabilidad del juego, en cuanto a su práctica, en los propios jugadores, con mensajes en la Red en el momento de inscribirse como socios⁹.

⁹ A título de ejemplo, el casino “Constellation Casino and Sports Book”, en la dirección www.virtcasino.com, señala lo siguiente: “Al presentar esta solicitud, usted certifica que las apuestas por Internet son legales en el país o zona donde reside. Debido a ambigüedades legales sobre las apuestas por Internet en los Estados Unidos de América, Virtual Gaming

Otro de los problemas con los que últimamente se han encontrado las casas de apuestas 'on line' son las demandas de equipos de fútbol, como la interpuesta por el Real Madrid, que ha intentado que las empresas de apuestas en Internet dejaran de utilizar el nombre y las fotografías de sus jugadores. De momento, el Tribunal de París, donde se ha interpuesto la demanda, ha desestimado la adopción de medidas provisionales, pero el caso sigue su curso¹⁰.

II.1. CONCLUSIONES

La implantación de Internet y las nuevas tecnologías tropieza con importantes incertidumbres y lagunas jurídicas, como es la falta de regulación del juego en la Red, con la excepción de los denominados paraísos fiscales y otros Estados donde sí está permitido.

Como consecuencia de esta falta generalizada de regulación, no existen cifras oficiales sobre la práctica de este tipo de juegos a través de Internet. Los datos que se barajan son sesgados y a veces existen importantes diferencias entre ellos. En cualquier caso, lo que sí ponen de manifiesto es que el juego por Internet es ya una realidad que en corto periodo de tiempo ha evolucionado muy rápidamente y cuya fuerza expansiva es sumamente importante en la actualidad, por lo que adoptar una legislación prohibitiva sería inoperante e ineficaz. Como señala el Informe sobre "Internet y el Juego", elaborado por la Subdirección General de Estudios y Relaciones Institucionales, de la Secretaría General del Ministerio del Interior¹¹, una prohibición expresa de estos tipos de juegos podría llevarse a cabo mediante una oportuna Ley e intentarse desde una perspectiva de la técnica, posición ésta sumamente difícil por las propias características de la Red. En este sentido, tratar de disponer de sistemas que impidan el juego mediante la restricción al uso de técnicas no sería posible, dado que su periodo de validez sería corto y además podría limitar el acceso a otras muchas posibilidades que ofrece la Red. Por consiguiente, concluye el Informe, "no parece conveniente ni posible intentar poner "puertas al campo". Al respecto, nos puede servir de ejemplo la problemática de Estados Unidos, que pese a tener una posición prohibicionista del juego en Internet, en cambio existe un elevado número de usuarios que juegan a través de este medio.

El juego a través de Internet, tal y como se desarrolla en la actualidad, o al menos en cuanto a la posibilidad de que los residentes en España puedan tener acceso al mismo, plantea, entre otros, los siguientes problemas, que podrían ser solventados con una regulación específica: Falta de transparencia de los juegos, convirtiéndolo en un medio proclive al fraude y a las estafas al jugador, tanto en la asignación como en el cobro de

Technologies, Inc. no acepta de momento solicitudes provenientes de personas que residan en los Estados Unidos...Con el envío de esta solicitud, usted certifica que el juego a través de Internet es legal en el país o área donde reside y que virtual Gaming Technologies no es responsable de la precisión de la información que usted ha proporcionado. Esta información puede consultarse en el Informe sobre "Internet y el juego", elaborado por la Subdirección General de Estudios y Relaciones Institucionales de la Secretaría General del Ministerio del Interior.

¹⁰ Información recogida en el Diario El País, de 5 de agosto de 2005.

¹¹ C:\Documents and Settings\portatil\Escritorio\Informe sobre INTERNET y el Juego.htm

premios; mayor dificultad para el control de acceso de los menores; más facilidad de que aumente la ludopatía, ante el incremento de la oferta; fuente de evasión de impuestos, al estar al margen del control de la Hacienda Pública.

Toda vez que el juego en Internet ya existe y no puede ser prohibido eficazmente, su regulación representa una alternativa mejor, debiendo ser dirigida a las preocupaciones de protección pública y del consumidor, fundamentalmente. Incluso, puede servir también como medio para generar ingresos al Estado mediante impuestos y otros beneficios económicos. Por otro lado, es de vital importancia que los Jueces y Tribunales cuenten con unos parámetros claros, esto es, con un apoyo normativo específico que les permita fundamentar y motivar razonadamente sus resoluciones judiciales.

Por todo ello, hay que insistir en la necesidad de fijar urgentemente una regulación específica que subsane esta importante laguna y establezca un marco jurídico adecuado, que genere en todos los usuarios de Internet la confianza necesaria para su empleo.

Ante esta falta de regulación, tanto a nivel nacional como comunitario, donde expresamente se ha excluido esta actividad de la normativa europea relativa al comercio electrónico, pueden resultar de interés, a efectos de su consideración para una posible incorporación a una regulación concreta, las siguientes conclusiones del Fondo Europeo de Reguladores del Juego (GREF)¹²:

- La regulación del juego es competencia y jurisdicción de cada país.
- En el supuesto de que se autoricen juegos por Internet, éstos deben desarrollarse bajo las condiciones o circunstancias de los juegos que en concreto estén permitidos, debiendo respetar las demás jurisdicciones estas decisiones.
- Si en una jurisdicción se permite el juego por Internet, se deben contemplar los siguientes aspectos: aquellos operadores a los que se les permita ofrecer dichos juegos deben estar sujetos a idénticos niveles de investigación y prohibición que los operadores tradicionales; Los operadores autorizados deben estar ubicados en el territorio del país autorizante, a fin de poder efectuar el correspondiente control de sus actividades; El juego autorizado por Internet debe limitarse a los residentes en la jurisdicción autorizante y a los residentes de cualquier jurisdicción con los que existan acuerdos recíprocos o de cooperación.
- Las regulaciones que se lleven a cabo deberían contemplar: Métodos de control, a fin de que las operaciones se lleven a cabo de forma limpia y segura; que el juego por Internet no sirva como cauce para el blanqueo de dinero; que no se permita la concesión de créditos para la práctica del juego; crear métodos de protección y garantía de los fondos depositados y dinero ganado por los jugadores;

¹² Las conclusiones apuntadas por el GREF, compuesto por representantes de organizaciones reguladoras del juego de toda Europa, han sido recogidas en el Informe sobre "Internet y el juego", elaborado por la Subdirección General de Estudios y Relaciones Institucionales de la Secretaría General del Ministerio del Interior.

crear métodos para evitar que el juego pueda ser practicado por ciudadanos menores de edad; proteger a los jugadores compulsivos, así como a otros que tengan dificultades en su control por el juego; control de la publicidad; protección de la privacidad y confidencialidad de los jugadores; protección de datos y seguridad en la transmisión de los mismos.

- Si alguna jurisdicción tuviese por objeto la prohibición del juego por Internet, más que prohibirlo expresamente a los potenciales jugadores, debería intentar que los operadores de la Red incluyeran cláusulas excluyentes y de prohibición para los ciudadanos de dicha jurisdicción.

III. LOS PROBLEMAS DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA PARA CONOCER DE EVENTUALES DELITOS COMETIDOS A TRAVÉS DEL JUEGO EN INTERNET

III.1. PREMISA

La persecución de los posibles delitos cometidos a través del juego virtual, estafas, blanqueo de capitales, fraudes en las transacciones comerciales electrónicas, criminalidad organizada, plantea los mismos inconvenientes que otras conductas ilícitas cometidas a través del uso de Internet: conflictos de leyes en el espacio y en el tiempo, órdenes jurisdiccionales competentes, dificultad para identificar al autor. Por esta razón, en este apartado no nos referiremos a delitos específicos cometidos con ocasión de la práctica del juego por Internet, sino que nos centraremos en el principal problema que plantea el crimen cibernético o ciberdelito¹³, en general, que no es el de su formulación legal, sino fundamentalmente el de su persecución. En este sentido, llama poderosamente la atención la existencia de una amplia bibliografía sobre la definición legal de los delitos cometidos a través de Internet y, en cambio, se eche en falta una definición válida que determine el criterio de persecución de estas conductas. De ahí que se halla afirmado en numerosas ocasiones que Internet constituye un medio ideal

¹³ Como señala, SÁNCHEZ MAGRO, A.: “El ciberdelito y sus implicaciones procesales”, en VV.AA.: Principios de Derecho de Internet, Valencia, 2005, p. 300, no existe un concepto uniforme sobre delito informático, ni siquiera unanimidad en el nomen iuris, toda vez que se habla de delito informático, de delito cibernético e incluso de ilícito relacionado con las nuevas tecnologías. Incluso la ONU, en su Manual sobre la prevención y control de los delitos informáticos, reconoce la incapacidad de los diferentes expertos internacionales para adoptar una definición válida de los crímenes informáticos.

para cometer el delito¹⁴. Los problemas de jurisdicción y competencia son determinantes para comprender las dificultades de esta clase de infracciones.

III. 2. LA INEFICACIA DEL ÁMBITO ESPACIAL DE LA LEY PENAL

En principio, el territorio del Estado constituye el ámbito espacial del *ius puniendi*, así lo declara el artículo 23.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁵. Esto significa que, como principio general que luego sufrirá excepciones, la Ley penal española se aplica a todos los delitos cometidos dentro del territorio nacional, ya sean los autores españoles o extranjeros, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte. Por consiguiente, el principio de territorialidad es la regla general en cuanto al ámbito espacial de la Ley penal.

Partiendo de este principio, son numerosos los problemas que se pueden plantear. Por ejemplo, para saber si la jurisdicción española será competente para conocer de los delitos cometidos a distancia, donde no existe coincidencia entre el lugar de desarrollo de la acción u omisión típica y aquél donde se produce el resultado típico, habrá que determinar, como primera cuestión, cuál ha sido el lugar de comisión del hecho delictivo, si aquél donde se ha desarrollado la acción (teoría de la acción), aquél donde se ha producido el resultado lesivo (teoría del resultado), o tanto donde se ha realizado la acción típica, como donde se han causado las consecuencias lesivas.

De las tres teorías propuestas se ha adoptado, tanto por los Ordenamientos de nuestro entorno jurídico como por la jurisprudencia y doctrina española¹⁶, la teoría de la ubicuidad. Así, pues, se entenderá cometido el hecho delictivo en España y, por tanto, serán los Jueces y Tribunales españoles competentes para conocer, en base al principio de territorialidad, cuando la acción típica o el resultado de la misma se produzca en nuestro país. La elección de la teoría de la ubicuidad responde a una razón fundamentalmente pragmática y de buena administración de Justicia: conseguir una mayor eficacia en la persecución de los delitos.

Ahora bien, el criterio del lugar de comisión del hecho delictivo no es el único que ofrece el Ordenamiento jurídico español para determinar el ámbito espacial de la Ley

¹⁴ Cfr. MARCHENA GÓMEZ, M.: "Algunos aspectos procesales de Internet", en Problemática jurídica en torno al fenómeno de Internet, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2000, p. 49; SÁNCHEZ MAGRO, A.: "El ciberdelito y sus implicaciones procesales", cit., p. 299; RODRÍGUEZ MOURULLO/ALONSO GALLO/LASCURAÍN SÁNCHEZ: "Derecho penal e Internet", en Régimen Jurídico de Internet, CREMADES/FERNÁNDEZ-ORDÓNEZ/ILLESCAS (Coordinadores), la Ley, Madrid, 2002, p. 264.

¹⁵ El artículo 23.1 de la LOPJ preceptúa: "En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte".

¹⁶ Véanse a título de ejemplo, entre otras, STS de 20 de julio de 1993 y ATS de 15 de julio de 1998 y 30 de mayo de 2000.

penal. Existen algunas excepciones al principio general de territorialidad, son los denominados principio personal o de nacionalidad¹⁷, principio real o de protección¹⁸ y principio universal o de comunidad de intereses¹⁹. Son factores que justifican una aplicación extraterritorial de la Ley penal.

Centrándonos ya en los delitos cometidos a través de Internet, pese a que la teoría de la ubicuidad consigue dar una amplia cobertura al principio de territorialidad, sin embargo resulta insuficiente para que los Jueces y Tribunales españoles puedan enjuiciar este tipo de delitos. Pensemos en la imposibilidad de perseguir en España un

¹⁷ Si no existiese este principio, un nacional que delinquiese en el extranjero y escapase posteriormente a su país de origen no podría ser juzgado ni en el extranjero, ni tampoco en su país, ya que habría delinquido fuera de sus fronteras. Cada Estado se convertiría en refugio de sus propios delincuentes. Este principio es además consecuencia del presupuesto que rige en materia de extradición: la no entrega del nacional. Por todo ello, el artículo 23.2 de la LOPJ establece una excepción al principio de territorialidad, al señalar que también conocerá la jurisdicción española “de los hechos previstos en las Leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos...”.

¹⁸ La finalidad de este principio es proteger penalmente ciertos intereses vitales para España, aunque el delito haya sido perpetrado en el extranjero. Se trata de delitos contra la seguridad del Estado, contra la Administración Pública española, contra la moneda española, contra el control de cambios y contra los funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero, y los cometidos también por éstos en el ejercicio de sus funciones (art. 23.3 LOPJ).

¹⁹ La finalidad del Derecho penal internacional es alcanzar una Justicia penal internacional. Para ello es necesario la tipificación de delitos internacionales, denominados así porque atacan intereses de todos los Estados y porque también son perseguidos en todos o en gran parte de ellos. Para conseguir este objetivo los países signatarios de algún acuerdo internacional sobre esta materia, normalmente realizados a través de la ONU, se comprometen a sancionar los delitos enumerados en el Tratado, independientemente del lugar donde se haya cometido el hecho delictivo e independientemente también de la nacionalidad del autor. A este principio hace referencia el artículo 23.4 de la LOPJ, al preceptuar que “será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley española, como alguno de los siguientes: a) Genocidio; b) Terrorismo; c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves; d) Falsificación de moneda española; e) Los relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces; f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes; g) Y cualquier otro que, según los Tratados o Convenios internacionales, deba ser perseguido en España”.

hecho delictivo cometido por un extranjero fuera del territorio nacional, utilizando medios telemáticos sin que constituya un ataque a bienes jurídicos amparados por los principios real o universal. Tampoco estos principios, tal y como están redactados hoy en día, pueden facilitar las claves necesarias para una adecuada persecución. El cibercrimen pone en evidencia la fragilidad de los principios penales tradicionales, demandando una nueva forma de cooperación internacional desconocida hasta ahora. Tan sólo el principio universal, como analizaremos seguidamente, es el único que podría ofrecer soluciones para una efectiva persecución.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 7 de marzo de 1995²⁰, conocida como “caso Shevill”, es un importante referente en la búsqueda de soluciones para los conflictos cibernéticos, sin embargo la aplicación de esta doctrina causa alguna insatisfacción por los siguientes motivos: El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el caso Shevill consideró que en supuesto de difamación se podía ejercitar la acción de reparación, bien ante los tribunales del país de residencia del editor, o bien en todos aquellos países donde se hubiese producido el perjuicio, pero con la diferencia de que en el primer caso se podía conseguir la reparación integral de los daños derivados de la difamación, mientras que en el segundo supuesto sólo se podría conseguir la reparación de la parte proporcional a los daños causados en cada país. Esto significaría que para obtener una reparación integral habría que demandar en distintos países, lo que conllevaría numerosos problemas económicos, de tiempo y eficacia. El Consejo de Estado Francés en su Informe sobre Internet y las redes digitales (1998)²¹, partiendo de esta Sentencia, que ha tenido una gran fuerza expansiva²², dio un paso adelante al proponer convertir a los jueces nacionales en jueces sin fronteras. Se trataría de la aplicación de un Derecho internacional, a fin de alcanzar un sistema de Justicia universal, con lo que quedarían subsanadas las insuficiencias de la Sentencia Shevill. Este informe constituye un ejemplo de cómo debe funcionar hoy en día la Justicia en un ámbito globalizado.

²⁰ Reza la sentencia en su parte dispositiva que “la expresión “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso”, utilizada en el número 3 del artículo 5 del Convenio de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil...debe interpretarse, en caso de difamación a través de un artículo de prensa difundido en varios Estados contratantes, en el sentido de que la víctima pueda entablar una acción de reparación, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado contratante del lugar de establecimiento del editor de la publicación difamatoria, competentes para reparar la integridad de los daños derivados de la difamación, bien ante los órganos jurisdiccionales de cada Estado contratante en que la publicación haya sido difundida y en que la víctima alegue haber sufrido un ataque contra su reputación, competentes para conocer únicamente de los daños causados en el Estado del órgano jurisdiccional al que se haya acudido”.

²¹ Este informe puede verse en www.internet.gouv.fr/

²² También ha sido tomada como ejemplo en las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 19 de septiembre de 1995 y 5 de febrero de 2004.

En cualquier caso, lo que parece bastante evidente es la necesidad de aplicar al ciberdelito el principio de universalidad, dadas sus peculiares características: naturaleza supranacional, y eficacia dispersa en el espacio y en el tiempo. En este sentido, se pueden barajar dos propuestas: ampliar la competencia de la jurisdicción española para conocer del ciberdelito en base al artículo 23.4.g) de la Ley Orgánica del Poder Judicial²³; o bien la creación por parte de la Comunidad jurídica de tribunales *ad hoc* para el enjuiciamiento de este tipo de delitos, que si bien no atacan bienes jurídicos universales si plantean numerosos problemas de persecución²⁴. La primera propuesta sugiere numerosas dudas: ¿pueden los jueces nacionales resolver controversias que tienen una repercusión fuera de su jurisdicción tradicional? ¿Han desaparecido las fronteras tras los procesos de globalización? ¿Sería viable ampliar las competencias de los jueces nacionales convirtiéndolos en jueces del ciberespacio, y crear así una Justicia universal? La segunda propuesta tampoco queda exenta de críticas: la creación de Órganos judiciales internacionales podría entrar en conflicto con las soberanías de las diferentes jurisdicciones nacionales en litigio, que podrían poner resistencia a la pérdida de su soberanía.

Pues bien, lo cierto es que asistimos a una auténtica transformación del Derecho penal. El proceso de globalización se ha extendido a los delitos y a los delincuentes. Como consecuencia de todas las facilidades que ofrece la globalización algunos delincuentes se han internacionalizado y algunos delitos se han globalizado, como es el caso de la ciberdelincuencia. Por otro lado, el Derecho penal tradicional protegía, fundamentalmente, bienes jurídicos individuales, mientras que en esta época de globalización se postula el reconocimiento de bienes jurídicos universales, como es, entre otros, la seguridad en Internet. Además, tradicionalmente las víctimas estaban individualizadas, en cambio en la actualidad se tiende también a su globalización²⁵.

No obstante, a pesar de algunas iniciativas como las de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Crimen organizado (1994-2000), donde se ha acuñado una serie de nociones que pretenden una aplicación universal, hoy en día todavía no podemos hablar de un auténtico Derecho penal de la globalización. Lo que si resulta evidente es que la lucha contra el ciberdelito no se puede lograr desde un ámbito estatal. La cooperación

²³ Como hemos señalado anteriormente, según el artículo 23.4.g) de la LOPJ, la jurisdicción española será competente para conocer...y de cualquier otro delito "que, según los Tratados o Convenios internacionales, deba ser perseguido en España".

²⁴ Otra propuesta novedosa para la resolución de conflictos cibernéticos, al margen del Derecho penal, es la creación de una curia de magistrados virtuales, que desplegaría su función jurisdiccional más allá de su ámbito nacional en procedimientos administrativos como solución similar al arbitraje. Esta parece ser una solución aconsejable para los supuestos cada vez más frecuentes del comercio electrónico. Cfr. MUÑOZ MACHADO, S.: La regulación de la Red. Poder y Derecho en Internet, Madrid, 2000, pp. 222 y 223.

²⁵ Cfr., sobre este particular, FLAVIO GOMES, L.: "Globalización y Derecho penal", en La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro-Homenaje al Prof. CEREZO MIR, Madrid, 2002, p. 336.

policial y judicial internacional se plantea como el modo más eficaz de perseguir los nuevos delitos cibernéticos.

III. 3. LA NORMATIVA COMUNITARIA

En el ámbito europeo, es en la década de los noventa cuando se empieza a tomar conciencia del grave problema de la criminalidad organizada y de su conexión con la alta tecnología²⁶. El “Plan de acción europeo contra la criminalidad organizada”, aprobado en 1997 por el Consejo de la Unión Europea²⁷, constituye un claro ejemplo del compromiso de Europa en la lucha contra el crimen organizado²⁸. En realidad, la más alta institución europea en materia de cooperación en el ámbito penal, el Consejo de Europa, ha asumido el compromiso de luchar contra el uso delictivo de las nuevas tecnologías. Este compromiso se ha mantenido después de la entrada en vigor de la nueva versión del Tratado de Ámsterdam, que asigna una nueva y más amplia cooperación en el sector de la justicia, con la finalidad de conseguir un espacio de libertad, seguridad y justicia en Europa²⁹.

Son numerosas las iniciativas del Consejo Europeo que han ido sucediéndose en el tiempo, cuyo objetivo es la consecución de un espacio de justicia y de cooperación judicial mediante la erradicación de la criminalidad de alta tecnología. Sin embargo, estas iniciativas, entre las que destacan las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, celebrado el 15 y 16 de octubre de 1999³⁰, han encontrado la objeción de las legislaciones estatales que se resisten a perder soberanía. Esta oposición, junto con las limitaciones e insuficiencias de las jurisdicciones nacionales hacen difícil que pueda emerger un auténtico Derecho penal europeo. No obstante, la tendencia de la normativa

²⁶ Desde tiempo atrás se viene denunciando la evidente conexión entre los fenómenos de crimen organizado y las nuevas tecnologías, así como las nuevas formas de blanqueo de capitales, dada las facilidades que existen para la transferencia electrónica de fondos.

²⁷ Doc. A4 0333/97. Este documento insistía en la necesidad de conocer “las posibilidades de blanqueo de los efectos procedentes de la comisión de delitos a través de Internet...de los fraudes en las transacciones comerciales electrónicas...”.

²⁸ Sin embargo, como señala MILITELLO, V.: “Iniciativas supranacionales en la lucha contra la criminalidad organizada y el blanqueo en el ámbito de las nuevas tecnologías”, en Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías, Madrid, 2001, p. 184, la tradicional reserva de la soberanía nacional sobre el ámbito estrictamente penal ha retrasado durante mucho tiempo una intervención directa de las Instituciones de la Europa unida.

²⁹ Es el denominado “Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia”. Diario oficial C-019, de 23 de enero 1999. Texto disponible en www.europa.eu.int

³⁰ El texto completo se encuentra en la página Web www.europarl.eu.int/dg7/summits/es/tam.htm

comunitaria gira en torno a la búsqueda y convergencia de un espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos, y la necesidad de unificar las herramientas de actuación contra el ciberdelito. Resulta de especial interés la elaboración por el Consejo de Europa de un texto sobre delitos informáticos³¹. En él se insiste en la importancia de establecer una política criminal común contra el ciberdelito, en el marco de una mayor y más rápida cooperación internacional en esta materia.

Otra prueba de la tendencia de la Unión Europea a homogeneizar las armas en la lucha contra el ciberdelito es el amplio número de Convenciones y Planes concretados en determinadas conductas delictivas, entre las que destaca especialmente la denominada criminalidad de alta tecnología. El más reciente es el Plan de Acción del Consejo y la Comisión por el que se aplica el Programa de la Haya sobre refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea (2005/C 198/01). En él se señala, en cuanto a las orientaciones generales, que “el Consejo y la Comisión pretenden que el presente Plan de acción constituya el marco de referencia para sus trabajos en el transcurso de los cinco próximos años, dándose por supuesto que: deberá completarse, además de con otros Planes de acción, mediante la estrategia sobre aspectos externos del espacio de libertad, seguridad y justicia que se presentará al Consejo Europeo en diciembre de 2005; se actualizará a finales de 2006, de modo que el Consejo Europeo pueda establecer las prioridades legislativas y operacionales de la Unión en el ámbito de la justicia y los asuntos de interior.” Este plan de acción concede una especial importancia a la prevención y lucha contra la delincuencia organizada, para ello prevé “mejorar la coordinación y cooperación europeas entre las unidades de los Estados miembros especializadas en delitos informáticos y con el sector privado (Red de inteligencia sobre delitos informáticos), incluido el desarrollo de un Manual europeo sobre delitos informáticos (2006)”.

Como colofón, podemos decir que el objetivo de la Unión Europea es establecer una política criminal común contra el ciberdelito, a través de soluciones extraterritoriales que garanticen una eficaz protección de ciertos bienes jurídicos que actualmente se encuentran amenazados, y de una necesaria cooperación judicial y policial internacional, como es claro ejemplo el denominado Plan Falcone³², dirigido a una acción común en programas de intercambios y cooperación para responsables de la lucha contra la delincuencia organizada. Por el momento, la creación de un Derecho penal supranacional europeo es todavía un hecho futuro e incierto. Tan sólo se puede hablar de un Derecho penal europeo para determinados ámbitos, como es el denominado “Corpus iuris de regulaciones jurídico penales para la protección de los

³¹ Propuesta de convención sobre el ciberdelito, versión nº 25, de 22 de diciembre de 2000.

Este texto puede verse en www.conventions.coe.int/treaty/en/projects/cybercrime.htm

³² Diario Oficial C-080, 16 de marzo 1998.

intereses financieros de la Unión Europea”³³. De ahí que se haya afirmado que el Derecho penal europeo tiene un contenido esencialmente económico³⁴.

³³ Las instituciones comunitarias, así como los Estados miembros, han reconocido la importancia de proteger los intereses financieros comunitarios, y la necesidad de luchar más eficazmente contra el fraude y otras actividades ilegales que afecten a dichos intereses.

³⁴ Cfr. GRACIA MARTIN, L.: “¿Qué es modernización del Derecho penal?”, en La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, cit., p. 380.