



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2016/2017

Convocatoria de marzo

**CIBERDELINCUENCIA: PROBLEMAS EN LA DETERMINACIÓN
DE LA JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES
DEL ORDEN PENAL**

**CYBERCRIME: PROBLEMS IN THE DETERMINATION OF THE JURISDICTION
AND CRIMINAL JURISDICTION OF THE CRIMINAL COURTS**

Sofía Beatriz Arocha Vinagre

DNI: 42237750-K

Tutora: Prof. Alicia González Navarro

Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa

Área de Derecho Procesal

RESUMEN

El presente trabajo constituye un análisis de cómo han incidido las nuevas tecnologías en el proceso penal, pues este impacto ha tenido como consecuencia que se susciten múltiples dificultades en el mismo y hace que lleguemos a cuestionarnos el cumplimiento algunos derechos y principios del proceso.

No obstante, nos vamos a centrar en los problemas que han supuesto a la hora de poder determinar la extensión y límites de la jurisdicción española y la competencia territorial de los jueces y tribunales en el marco penal, teniendo en cuenta que tiene sus efectos a nivel nacional, europeo e internacional.

ABSTRACT

The present work constitutes an analysis of how the new technologies have affected in the penal process, because this impact has had the consequence that many difficulties arise in it and causes us to come to question the compliance with some rights and principles of the process.

Nevertheless, we will focus on the problems that have arisen in determining the extent and limits of Spanish jurisdiction and the territorial jurisdiction of judges and tribunals in criminal matters, taking into account that it has its effects at the level National, European and international level.

ÍNDICE

1. Introducción	3
2. Incidencia de la tecnología en el Derecho procesal penal.....	4
3. Algunas nociones terminológicas en relación a la ciberdelincuencia	5
4. Nueva modalidad delictiva: la ciberdelincuencia.....	7
4.1 Concepto	8
4.2. Diferenciación con la delincuencia tradicional.....	9
5. Dificultades para la determinación de la extensión y los límites del orden jurisdiccional penal.....	11
Transnacionalidad	14
6. Determinación de la competencia penal territorial	18
6.1. Teoría de la actividad.....	20
6.2. Teoría del resultado	22
6.3. Teoría de la ubicuidad.....	23
7. Propuestas de solución en el ámbito europeo e internacional.....	25
7.1 El Convenio Europeo sobre la Ciberdelincuencia	27
7.2 Acuerdo de extradición entre UE y EEUU	30
7.3 La Decisión Marco 2009/948/JAI sobre la prevención y resolución de conflictos de jurisdicción penal	30
8. Conclusiones	35
Bibliografía.....	38

1. Introducción

*“La jurisdicción es expresión de la soberanía y el ámbito punitivo se define por la Ley Orgánica del Poder Judicial en aplicación a los criterios de territorialidad, personalidad, protección y justicia universal”*¹. Sin embargo, podremos observar cómo se va a poner de manifiesto, a lo largo de este trabajo, que los tribunales no tienen, aún, unas reglas fijas o unos criterios estables que tener en cuenta a la hora de atribuirse la competencia en el caso de encontrarnos ante hechos deslocalizados.

En efecto, ni siquiera a nivel internacional o en el espacio judicial europeo, ha podido hallarse instrumento jurídico alguno que permita evitar todos aquellos conflictos que pueden surgir entre las distintas jurisdicciones. Ello conlleva que lleguemos a plantearnos la urgencia y necesidad de establecer una regulación basada en criterios que solventen la problemática, pues si un delito es cometido a través del sistema informático y el mismo surte sus efectos no en uno sino en varios Estados, no sabremos en infinidad de ocasiones quién va a ser el órgano competente, y de qué país, para conocer del hecho delictivo.

Así, llegamos a considerar que todo esto no sólo afecta al principio de seguridad jurídica que rige en el ordenamiento jurídico español y el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, sino que hasta podemos plantearnos el hecho de que las normas procesales penales, en materia de ciberdelincuencia, no están siguiendo su carácter imperativo, ya que no se establece una regla exacta de determinación de la jurisdicción en esos delitos, cuya acción se realiza en internet. Por ello, también hallamos un vacío en cuanto a la existencia de criterios que solventen el incumplimiento de ese carácter imperativo.

En cambio, comprobaremos a lo largo de este trabajo que, a pesar de varios intentos de solución y de la aprobación de mecanismos que muchos autores consideraron que resultarían efectivos, seguimos en la actualidad sin haber dado con métodos que solucionen el problema ante el que nos encontramos, ya que todos ellos han resultado ser inviables.

¹ ORTIZ PRADILLO, J.C., Problemas procesales de la Ciberdelincuencia, Cólax, Madrid, 2013, p. 12.

2. Incidencia de la tecnología en el Derecho procesal penal

Hace unos años resultaba difícil comunicarnos a distancia; de hecho, era toda una odisea lograr que llegaran a tiempo las encomiendas o cartas al destino propuesto, de modo que para enterarse de algo debían pasar días e incluso meses.

La causa principal era que el proceso para enviar y recibir una carta era algo engorroso y lento, por lo que te informabas del acontecimiento mucho después de que sucediera. Sin embargo, hoy en día es sólo cuestión de segundos que de un lugar a otro pueda llegar un mensaje, sin necesitar que nos movamos del lugar en el que nos encontramos.

De este modo, gracias a la notable expansión de la tecnología y a su continuo desarrollo podemos comunicarnos desde cualquier sitio manteniendo contacto con personas que se encuentran a distancias sorprendentes, sin dar un paso, de una manera rápida, fácil y económica. De hecho, *“hace cuarenta años, Internet era sólo un proyecto de investigación entre unas cuantas universidades punteras norteamericanas, siendo hoy en día el principal canal de comunicación a nivel global”*².

Aun así, aunque ha supuesto muchos cambios en todos los ámbitos de la vida humana³ de forma positiva, esta expansión, a su vez, ha tenido como consecuencia un uso negativo y perjudicial, pues esa facilidad y rapidez puede surtir efectos a la hora de perjudicar, dañar y, en definitiva, para la comisión de actos delictivos.

Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional estableciendo que las nuevas tecnologías han convertido a los teléfonos móviles en *“herramientas indispensables en la vida cotidiana, con múltiples funciones... susceptibles, según los diferentes supuestos a considerar en cada caso, de afectar no sólo al derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), sino también a los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1 CE), e incluso el derecho a la protección de datos personales (art. 18.4 CE)”*⁴.

² RUBIO ALAMILLO, J., “La informática en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, p. 1, Diario la Ley, nº 8662, Sección Tribuna, 10 de diciembre de 2015, Ref. D-463, Editorial La Ley 7030/2015.

³ DÍAZ GÓMEZ, A., “El delito informático, su problemática y la cooperación internacional como paradigma de su solución: El Convenio de Budapest”, *REDUR* 8, diciembre 2010, p. 169.

⁴ STC 15/2013, de 9 de mayo.

Entendemos, por tanto, que los medios a través de los que se realizan y las facilidades que presentan los mismos, así como su correspondiente conexión a internet, podrían dificultar varios aspectos o, incluso, agravarlos y, por consiguiente, generar muchas dificultades a la hora de la investigación y del enjuiciamiento de los mismos. Por ello, muchos autores han buscado soluciones para determinar la extensión y límites de la jurisdicción española, así como la competencia territorial, en materia de ciberdelincuencia, lo cual no ha sido satisfactorio.

Esta es la razón principal por la que considero tan interesante este tema, pues resulta curioso que ante una situación tan de actualidad en cualquier sociedad – ya que internet es una herramienta que, hoy en día, utilizamos la mayoría de los ciudadanos de cualquier país- aún no se hayan establecido una serie de criterios especiales para determinar la competencia o, incluso, para extender o limitar la jurisdicción penal española, en materia de ciberdelincuencia.

Por tanto, vamos a profundizar un poco qué abarca verdaderamente la ciberdelincuencia para ver si podemos atribuir nuestras normas de jurisdicción y competencia a los delitos que ella incluye. Además, vamos a estudiar las propuestas de solución que se han puesto de manifiesto tanto en la jurisprudencia como en las legislaciones a nivel europeo e internacional. Por último, intentaré proponer una solución a este problema, que como iremos viendo, supone la imprecisión de la jurisprudencia en la delimitación de la competencia en el ámbito de la ciberdelincuencia.

3. Algunas nociones terminológicas en relación a la ciberdelincuencia

Es preciso, antes de comenzar con el objeto central del trabajo, ofrecer unas pequeñas nociones básicas de la materia objeto de estudio. De este modo, al delimitar los conceptos, conseguiremos entender mejor aquellos tecnicismos que, en materia de tecnología, podría ocasionar pequeñas confusiones que hagan la comprensión más complicada.

En principio, hemos de destacar el artículo 18.4 de la Constitución, en el que se establece como derecho fundamental también la limitación de la informática “*para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno*

ejercicio de sus derechos”, a pesar de que se reconoce la libertad de expresión en el artículo 20 de la misma. En cambio, tal y como considera Rubio Alamillo, la legislación española en este ámbito, se encuentra en un escalón inferior con respecto a los avances informáticos. Por ello, puede considerarse que no está regulada atendiendo totalmente a los conocimientos que integra la profesión en sí de los ingenieros informáticos, lo cual puede suponer un grave perjuicio entre los ciudadanos y pensarse incluso que, en esta materia, la ley ha resultado ser “*bastante ambigua y poco clara*”⁵.

Respecto a los conceptos, debemos señalar en primer lugar que la informática es aquel “*conjunto de conocimientos científicos y técnicas que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de ordenadores*”⁶.

Así, un ordenador no debe considerarse como un aparato puramente electrónico sino informático, de modo que las fuentes de pruebas que se obtengan gracias a éste nunca serán pruebas electrónicas, sino informáticas; o, en el caso de referirnos a lo que él integra, podríamos hablar de sistema informático.

Si revisamos la nueva redacción de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 13/2015, nos encontramos con multitud de incorrecciones terminológicas, referidas a incoherencias técnicas⁷.

Su modificación en base a la nueva modalidad delictiva “ciberdelincuencia” no es del todo técnica, cuya causa quizá proviene de los posibles desconocimientos que pueda tener el legislador en relación a términos tecnológicos o informáticos por no haber sido asesorado por profesionales de la materia.

De este modo, en la propia ley, por ejemplo, podemos observar cómo se denomina una red de ordenadores como red de comunicaciones electrónicas, en el artículo 588 ter b⁸. Sin embargo, no es lo mismo el ordenador como aparato, que la comunicación que

⁵ RUBIO ALAMILLO, J., “La informática en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, p. 2, Diario la Ley, nº 8662, Sección Tribuna, 10 de diciembre de 2015, Ref. D-463, Editorial La Ley 7030/2015.

⁶ Real Academia de la Lengua Española. Puede consultarse en el siguiente enlace: <http://dle.rae.es/?id=LY8zQy3>

⁷ RUBIO ALAMILLO, J., “La informática en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, p. 3, Diario la Ley, nº 8662, Sección Tribuna, 10 de diciembre de 2015, Ref. D-463, Editorial La Ley 7030/2015.

⁸ RUBIO ALAMILLO, J., “La informática en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, p. 3, Diario la Ley, nº 8662, Sección Tribuna, 10 de diciembre de 2015, Ref. D-463, Editorial La Ley 7030/2015.

pueda realizarse a través de él, ya que ésta sería comunicación informática y no electrónica.

A lo largo del trabajo, a todos aquellos delitos que se realicen a través de los sistemas informáticos los denominaremos “ciberdelitos” o “delitos cometidos a través de internet/ de los medios informáticos” y serán todos aquellos que podrán ejecutarse mediante el uso de un aparato informático, como por ejemplo: el delito de daños informáticos, el delito de estafa o un caso de pornografía infantil.

Aun así, la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, a pesar de que expone con especial relevancia aquellos delitos que pueden ir en contra de los derechos fundamentales del ciudadano que recoge la Constitución Española, deja un vacío en relación a los medios a través de los que puede realizarse el delito y cuándo se considera o no legal; ya que, por otro lado, sí permite estas intervenciones en los casos de investigación cuando se trate de un delito del artículo 579.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

También cabe realizar la distinción entre lo que consideramos el espacio físico y aquel espacio que engloba internet, al que llamaremos “ciberespacio”. Frente a esta diferenciación, tendremos que preguntarnos si podemos servirnos de las mismas reglas que funcionan en los lugares físicos para los segundos, pues debemos afirmar que se trata de un espacio abstracto, que está en todas partes y no tiene una delimitación.

Por otro lado, existen en la actualidad una multitud de dispositivos diferentes, como teléfonos móviles, ordenadores fijos, ordenadores portátiles... y son aparatos que van a surtir diferentes efectos en relación con la delimitación espacial, puesto que no es lo mismo realizar la conexión a través de un dispositivo que se encuentra en constante movimiento si nos estamos desplazando –porque cambia de lugar- a efectuarlo mediante un ordenador de mesa, que se encuentra en el mismo lugar en todo momento.

4. Nueva modalidad delictiva: la ciberdelincuencia

La llegada de la ciberdelincuencia se constituye como una modalidad delictiva que ha obligado a añadir varias novedades en nuestra legislación, sobre todo en lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el modo de investigación de los delitos, tanto por las múltiples novedades que ésta presenta como por la infinidad de

lugares que pueden verse afectados por la comisión de un mismo delito de manera instantánea.

Sin embargo, el objeto principal de este trabajo no es considerar límites para la investigación de los delitos cometidos a través de internet o para buscar soluciones a la hora de poder obtener la prueba informática, lo cual también presenta problemas y dificultades en la práctica. Nuestra tarea consiste en afirmar que no es posible, hoy en día, determinar la extensión y los límites de la jurisdicción española, así como la competencia territorial de los órganos jurisdiccionales españoles, ante el fenómeno de la ciberdelincuencia, en aquellos casos en los que las causas o consecuencias se realizan o desarrollan en más de un lugar.

4.1 Concepto

Siguiendo lo establecido por Ortiz Pradillo, la ciberdelincuencia puede ser definida como aquel *“fenómeno delictivo de rápida propagación bajo el cual se englobarían todos aquellos delitos que puedan cometerse por medio de un equipo conectado a una red informática”*⁹. Por tanto, todo ello se caracteriza por la utilización del ciberespacio como medio comisivo de múltiples actividades ilícitas o, incluso, como medio de ataque a los archivos o programas de los propios sistemas informáticos¹⁰.

Son muchos los delitos que pueden cometerse en el ciberespacio, como, por ejemplo, tipos penales tales como las amenazas, las estafas, el acoso, la difusión de pornografía infantil, etc. Sin embargo, algunos consideran que la utilización de las tecnologías en la comisión de un hecho ilícito *“no cambia ni la naturaleza de éste, ni las reglas tradicionales de vigencia espacial de la ley penal.”*¹¹.

Nos podemos imaginar que un delito de amenazas que se cometa en el ciberespacio y no en el espacio físico siga siendo el mismo delito de amenazas, con el mismo tipo recogido en el Código Penal y con sus mismas consecuencias. Aun así, considero que podrían determinarse varias circunstancias agravantes en el caso de que, por ejemplo, el delito afecte a un conjunto de personas o si el hecho de que se utilice este medio suponga una peor consecuencia que realizarlo con el tipo básico de delito de amenaza.

⁹ ORTIZ PRADILLO, J.C., Problemas procesales de la Ciberdelincuencia, Cólax, Madrid, 2013, p. 17.

¹⁰ ORTIZ PRADILLO, J.C., Problemas procesales de la Ciberdelincuencia, Cólax, Madrid, 2013, p. 18.

¹¹ GUTIERREZ FRANCÉS, M., “Reflexiones sobre la ciberdelincuencia hoy (en torno a la ley penal en el espacio virtual)” podemos encontrarlo en este enlace: <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero3/gutierrez.pdf>

Sin embargo, en derecho penal sólo se suscitarán circunstancias agravantes en el caso de tratarse de un delito de daños informáticos si la acción ha sido llevada a cabo de alguna de las formas que establece el artículo 289.2º del Código Penal.

Por ello, también podemos considerar que este tipo penal puede atacar a un número elevado de víctimas “*desconocidas, ubicadas en distintos territorios de diferentes partidos judiciales, y aun de diferentes países*”¹², derivándose la posibilidad de acumular los delitos, tal y como reconoce el artículo 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Aun así, únicamente se podrá establecer esta condición en los delitos informáticos relacionados con defraudaciones o estafas y no en relación a todos aquellos delitos que se realicen a través de internet, de modo que el delito masa es aquel “*por el cual el sujeto activo, mediante una sola acción o por varias acciones que, consideradas independientemente, constituiría cada una de ellas un delito o falta, pone en ejecución un designio criminal único encaminado a defraudar a una masa de personas*”¹³.

De hecho, el Código Penal, pero únicamente en relación a los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, añade un tipo agravado en el apartado 3 del artículo 510, estableciendo que “*las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas*”.

Entendemos, por tanto, que todos aquellos delitos que vayan en contra de un derecho fundamental, como podría ser un delito contra el derecho a la intimidad¹⁴ (en el caso de hacer pública cualquier circunstancia o situación que afecte a ese derecho de la persona) se considerará agravado si se realiza a través de internet o mediante el uso de cualquier tecnología de la información, ya que esto supone que se difunda a un mayor número de personas.

4.2. Diferenciación con la delincuencia tradicional

¹² VELASCO NÚÑEZ, E., Delitos cometidos a través de Internet. Cuestiones procesales, La Ley, Madrid, 2010, páginas 48 y 49.

¹³ SAINZ CANTERO, J., “El delito masa”, pág. 664. Puede visitarse el documento en el siguiente enlace: <file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-ElDelitoMasa-2785140.pdf>

¹⁴ Constitución Española, 1978, artículo 18.

Para que podamos hablar de ciberdelincuencia, en términos generales, es preciso que los delitos se realicen a través de medios informáticos, por lo que sólo basta con un equipo, ya sea un ordenador u otro dispositivo, y su posible conexión a internet¹⁵. Así, cualquier persona que tenga intención y los conocimientos básicos para hacerlo puede realizar una o varias conductas ilícitas, consecuentemente castigables¹⁶.

Por ello, igual que el derecho penal se ha tenido que adaptar a las múltiples modalidades que aportan estos nuevos medios de comisión de delitos y responder a ellos como una novedad más en nuestros días, es lógico que el derecho procesal también necesita estar al tanto de esta nueva revolución respecto a la competencia territorial de los jueces y tribunales para poder enjuiciar esos delitos.

Aun así, como internet tiene su propio espacio, es muy difícil perseguir un ilícito de estas características, ya que, tal y como establece Velasco Núñez, la delincuencia informática presenta un conjunto de peculiaridades respecto de la delincuencia tradicional. Por ello, es preciso un tratamiento procesal y penal que lo caracterice y diferencie los demás tipos delictivos; de lo contrario, la situación puede llegar a producir una verdadera impunidad, si no se articulan los remedios adecuados¹⁷.

Estas características, entre otras, son: delitos que se cometen a distancia, sin posibilidad de recibir una reacción por parte de la víctima; que se cometen de forma instantánea en el tiempo, además de poder ser delitos masa que, como ya dijimos, pueden afectar a un número elevado de víctimas que normalmente son anónimas y desconocidas. Por último, suelen tener un claro componente internacional, ya que afectan a personas ubicadas en zonas geográficas diferentes, y puede atacarse a múltiples bienes jurídicos protegidos (la seguridad, la intimidad, la dignidad, el patrimonio...)¹⁸.

De este modo, mientras internet se ha convertido en un medio de comunicación mundial, el espacio por el que este se extiende es plurijurisdiccional, repartido entre una multitud de órganos judiciales que desarrollan sus funciones en ámbitos territoriales

¹⁵ Página 6 del presente trabajo.

¹⁶ DÍAZ GÓMEZ, A., “El delito informático, su problemática y la cooperación internacional como paradigma de su solución: El Convenio de Budapest”, *REDUR* 8, diciembre 2010, p. 171.

¹⁷ DÍAZ GÓMEZ, A., “El delito informático, su problemática y la cooperación internacional como paradigma de su solución: El Convenio de Budapest”, *REDUR* 8, diciembre 2010, p. 174.

¹⁸ VELASCO NÚÑEZ, E., *Delitos cometidos a través de Internet. Cuestiones procesales*, La Ley, Madrid, 2010, página 47.

concretos y que incluso llegan a alcanzar, como máximo, el espacio del Estado al que pertenecen¹⁹.

5. Dificultades para la determinación de la extensión y los límites del orden jurisdiccional penal

Es obvio que los tribunales españoles no pueden asumir el conocimiento de cualquier tipo de delito que se produzca, ni aun cuando el actor o la víctima sean de nacionalidad española, así como tampoco existen las mismas reglas de determinación de la competencia en el ámbito del proceso civil que en el ámbito del proceso penal.

Con respecto al proceso civil, sabemos que, en la mayoría de ocasiones, rige el principio dispositivo. Esto implica que, en ocasiones, atendiendo a lo establecido en los artículos 55 y 56 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las partes podrán someterse de modo expreso o tácito a otro órgano diferente, si lo desean, para la competencia territorial. Sin embargo, en el proceso penal la competencia es improrrogable, por lo que las normas que regulan los criterios para establecer qué órgano es el competente territorialmente para conocer de un asunto son imperativas y gracias a ellas podremos saber qué órgano va a poder conocer de un hecho concreto.

Esto es así por la predilección en el interés público que se establece en el proceso penal, de modo que las partes tampoco disponen del proceso, siendo quizás más oportuna la actuación de determinados órganos frente a la de otros para así poder garantizar la eficacia de los actos procesales²⁰.

En cambio, en materia de ciberdelitos, podemos llegar a pensar que se abandona de alguna forma dicha característica imperativa del proceso penal, puesto que al no existir reglas o criterios exactos y claros para poder determinar, por ejemplo en este caso, la competencia de los órganos jurisdiccionales para conocer de delitos cometidos a través de internet, se van a tener que buscar soluciones que hayan podido ser aportadas a nivel nacional o internacional.

¹⁹ MUÑOZ MACHADO, S. La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet. Taurus, Madrid, 2.000., p. 221.

²⁰ PÉREZ MORALES, M., “Temas de derecho procesal penal”, p. 10; puede visitarse en el siguiente enlace: <http://ocw.um.es/cc.-juridicas/derecho-procesal/material-de-clase-1/leccion4.derecho-procesal-penal.pdf>

Ahora bien, considero preciso conocer los límites que establece nuestro ordenamiento jurídico en el orden jurisdiccional penal español y para ello nos servimos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en concreto de su artículo 23. El mismo establece que corresponde a los tribunales conocer “*las causas por delitos cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves*”. Al tratarse de la proclamación del principio de territorialidad se configura un fuero general territorial de la competencia, - que es el lugar de comisión del hecho delictivo (fórum loci delicti commissi)-, pero recoge, además, tres fueros extraterritoriales o subsidiarios, determinados por el criterio de la nacionalidad, el de la naturaleza del bien jurídico protegido y el criterio de la jurisdicción universal, con el que se pretende evitar la impunidad de los crímenes cometidos contra la humanidad.

Es cierto que, atendiendo al artículo, solemos encontrar la solución para considerar si un tribunal español tiene la posibilidad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, ya sea en función de la nacionalidad o de los otros muchos factores. Ejemplo de ello son aquellos delitos que han sido cometidos fuera del territorio nacional de los que podrá conocer un tribunal español, siempre que los presuntos responsables fueran o españoles o extranjeros que adquirieran la nacionalidad tras la comisión del hecho delictivo. Además, ha de concurrir alguno de los siguientes requisitos:

“a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización Internacional de la que España sea parte no resulte necesario dicho requisito, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes. b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los Tribunales españoles. c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda”.

En cambio, en relación al tema que nos ocupa, no va a ser tan fácil determinar dicha jurisdicción puesto que cuando nos referimos a internet no contamos con un espacio físico donde poder localizar al actor de los hechos, así como tampoco vamos a saber por dónde se guiará la investigación, que es la primera fase de nuestro proceso penal.

El fenómeno de internet, así, puede generar efectos respecto del principio de territorialidad, el cual se manifiesta no sólo en los aspectos sustantivos del derecho penal, sino también en aquellos aspectos procesales propios de la justicia penal y, con ello, los efectos tanto en el enjuiciamiento de la conducta delictiva como en su sanción y en su consiguiente cumplimiento.

Cabe tener en cuenta también que, cuando se ha iniciado en un Estado una investigación por un presunto delito, a excepción de los casos de extradición, no va a ser entregado a otro Estado que lo reclame para su enjuiciamiento o para que cumpla la condena impuesta²¹.

Por último, atendiendo al apartado cuarto del mismo artículo, el Estado español podrá perseguir en cualquier lugar aquellos delitos que consideramos contrarios a bienes jurídicos primordiales, como en los casos de terrorismo, prostitución, tráfico ilegal de drogas... En definitiva, nos encontramos en el ámbito que se ha denominado como el principio de justicia universal.

En este punto, podríamos tener en cuenta, atendiendo al enfoque en el que nos encontramos, el ciberterrorismo, entendiéndolo como una modalidad de delito dentro de la propia ciberdelincuencia. En este caso, sabríamos que cualquiera que sea el lugar en el que se cometa el mismo, podrá ser enjuiciado por los jueces de España, por entrar dentro de aquellos que atentan contra el principio de justicia universal. Así, serán los Estados los que tratarán de dar cumplimiento al principio de justicia universal por considerar que hay delitos que deben ser conocidos por todos los jueces.

Ahora bien, una vez que ha sido detectado el delito, nos preguntamos: ¿quién es el órgano competente para investigar y enjuiciar el hecho delictivo? ¿A qué autoridad judicial le corresponde resolver y conforme a qué Derecho?²²

No sólo nos interesa añadir la heterogeneidad que existe respecto a las conductas delictivas que se llevarían a cabo a través de internet, sino la forma en que estas se

²¹ En el plano internacional, vid. el art. 8 del Convenio europeo de extradición de 1957, así como el art. 3 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva. Y en el ámbito comunitario, vid. el art. 4.2 de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros.

²² GUTIERREZ FRANCÉS, M., “Reflexiones sobre la ciberdelincuencia hoy (en torno a la ley penal en el espacio virtual)”, podemos encontrarlo en este enlace: <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero3/gutierrez.pdf>.

tipificarían, de modo que hay que diferenciar los distintos delitos para así saber qué criterio podríamos considerar primordial (ya sea el de la acción o el del resultado) o si se precisaría tener en cuenta aspectos como la nacionalidad del autor o el lugar en el que se ha aprehendido.

Así, al no encontrar normas penales que consigan evitar que los delitos informáticos queden impunes, los distintos Estados buscan unas reglas de determinación de la jurisdicción que resulte de carácter extensivo²³, es decir, que puedan afectar a varios ordenamientos.

Transnacionalidad

En el ámbito del derecho procesal penal español, una de las consideraciones más importantes y fundamentales es poder conocer el lugar en el que se cometió el hecho delictivo, para que, de este modo, todos los jueces y tribunales a los que la ley reconoce la competencia para el enjuiciamiento de los delitos puedan procesar a los presuntos infractores conforme a la legislación aplicable²⁴. Además, esto es también condición estrictamente necesaria para determinar el tipo penal, de modo que así pueda condenarse al autor dentro de los márgenes que nuestro derecho permite.

Por ello, podemos hablar de ciberdelincuencia como un tipo de delincuencia transnacional, ya que puede afectar a varios Estados, ya que por ejemplo el delito puede haberse cometido en un país pero tiene consecuencias en otro distinto, o puede cometerse en más de un país, así como realizarlo en uno pero que surta sus efectos en más de uno.

De este modo, si no sabemos el lugar o lugares donde se cometió el delito, no podremos tampoco saber con exactitud el momento en que un país debe aplicar su legislación penal. Para ello, *“se tendrá que analizar e investigar cuántos países, territorios e individuos se encuentran implicados con motivo de la comisión de la conducta penal y si alguno de ellos ha decidido emprender un proceso penal en sus tribunales. Posteriormente, el juez o tribunal tendrá que resolver si se trata de un delito*

²³ ORTIZ PRADILLO, J.C., Problemas procesales de la Ciberdelincuencia, Cóllex, Madrid, 2013, p. 41.

²⁴ VELASCO SAN MARTIN, C, Jurisdicción y Competencia Penal en Relación al Acceso Transfronterizo en Materia de Ciberdelitos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 97.

*federal o estatal*²⁵” y, además, saber si se encuentra facultado para poder aplicar su legislación o si cuenta con recursos para poder llegar a cabo una investigación transfronteriza.

Con esto, *“el carácter transfronterizo del cibercrimen ha condicionado la comprensión por las autoridades estatales de la necesidad de dar una respuesta a dicho fenómeno desde una perspectiva supranacional. La pretensión de acabar con este tipo de delincuencia actuando exclusivamente desde criterios competenciales exclusivamente fundados en la legislación nacional amenaza con convertir en estéril la lucha policial y judicial contra la misma”*²⁶.

Al haberse cometido el delito en el “ciberespacio”, puede conllevar una inseguridad tanto desde el punto de vista del penado -pues no va a saber de antemano qué tribunal y qué país va a perseguirlo-, como para todos los ciudadanos, ya que la existencia de varias jurisdicciones sustancia la posibilidad de que los actores reciban como repercusión una pena menos grave, por tratarse de la forma de enjuiciar de un país distinto.

Por ello, la ausencia de unas pautas que establezcan la competencia judicial internacional en materia de derecho penal, tanto a nivel internacional como a nivel europeo, dificultan poder saber desde un primer momento quién los va a enjuiciar.

Todo ello atenta contra el artículo 24 de la Constitución Española, que establece el derecho al juez predeterminado por la ley (derecho fundamental), el cual *“asiste a todos los sujetos del Derecho a ser juzgados por un órgano jurisdiccional penal ordinario, respetuoso con los principios constitucionales...”*²⁷. Este tiene como fin ser el competente territorial, objetiva y funcionalmente, de modo que las *“normas relativas a competencia penal, a diferencia de la civil, en la territorial puede ser dispositiva, en*

²⁵ VELASCO SAN MARTIN, C., La jurisdicción y competencia sobre delitos cometidos a través de sistemas de cómputo e internet, Tirant lo Blanch, 2010, p. 215-216.

²⁶ GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J., “La respuesta procesal a la delincuencia informática: especial atención al convenio sobre cibercrimen (2003)”, podemos encontrarlo en <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/la-respuesta-procesal-la-delincuencia-inform%C3%A1tica-especial-atenci%C3%B3n-al-convenio-sobre-el-cibercrimen>

²⁷ CORCOY BIDASOLO, M. “Problemática para la persecución de los denominados delitos informáticos. particular referencia a la participación criminal y al ámbito espacio temporal de comisión de los hechos”, ISSN 0210-9700, N°. 21, 2007, pág. 31.

*virtud del artículo 24.2 adquieren una gran relevancia constitucional, al integrar el concepto de juez legal*²⁸.

Evidentemente, en el espacio físico, las posibilidades para determinar el territorio donde se produce el delito son, en la mayoría de los casos, más exactas, por tener unos requisitos y limitaciones en los que pueden subsumirse los distintos hechos y cómo han sido llevados a cabo, de modo que no tienen por qué existir siempre problemas a la hora de poder asignar la jurisdicción.

En cambio, las acciones que se realizan a través de, por ejemplo, un ordenador, tal y como establece Díaz Gómez, dificultan poder descubrir y detener a la persona que realiza el delito; en este sentido se tendrán que establecer novedades con respecto a la investigación para paliar este problema de aplicación de las leyes penales en relación al principio de territorialidad de los Estados²⁹.

En el momento en el que se comete un delito a través de los sistemas informáticos (como, por ejemplo, unas amenazas), ya se complica la determinación de la jurisdicción nacional que conocerá y enjuiciará el hecho en concreto, pues puede que entren en juego varios estados, sea por la nacionalidad del actor o de la víctima o por sus ubicaciones, teniendo cada estado una forma de establecer la jurisdicción de sus jueces y tribunales, o una forma concreta de atribuir competencia. Incluso tiene mayor dificultad si el lugar en el que se comete el hecho delictivo *“no posee una legislación actualizada que tipifique como delito tales conductas”*³⁰.

En este punto, es evidente que esta incertidumbre, ante la falta de criterios, supone el incumplimiento del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, recogido en el artículo 24.2 de la Constitución Española y, en términos generales, del principio de seguridad jurídica que recoge nuestro ordenamiento jurídico en el ámbito del derecho constitucional. El mismo se encuentra en el artículo 9.3 de la Constitución Española y podemos entender la seguridad jurídica como aquella *“cualidad del ordenamiento que produce certeza y confianza en el ciudadano sobre lo que es Derecho en cada momento y sobre lo que, previsiblemente, lo será en el futuro”*³¹. De este modo, pretende que sean

²⁸ GIMENO SENDRA, V. Manual de Derecho Procesal Penal, Castillo de Luna, Madrid, 2015, pág. 63.

²⁹ DÍAZ GÓMEZ, A., “El delito informático, su problemática y la cooperación internacional como paradigma de su solución: El Convenio de Budapest”, *REDUR* 8, diciembre 2010, p. 175.

³⁰ ORTIZ PRADILLO, J.C., Problemas procesales de la Ciberdelincuencia, Cóllex, Madrid, 2013, p. 37.

³¹ SAINZ MORENO, F., Temas Básicos de Derecho Constitucional, Tomo 1, Navarra, 2011, p. 353.

conocidas las normas vigentes a través de una estabilidad en nuestro ordenamiento jurídico.

Aun así, podemos tener en cuenta como una posible solución a la hora de determinar la jurisdicción el hecho de establecer una clasificación de los criterios “esenciales” (primarios) o “accidentales” (secundarios), diferenciación que establece Ortiz Pradillo para así delimitar la jurisdicción del Estado³².

Si entendemos la jurisdicción como aquella manifestación de la soberanía del Estado, podemos considerar que la misma contiene tres elementos para delimitar su ejercicio: un territorio a través del cual se ejerza la soberanía, unos derechos y bienes jurídicos que establecen las leyes, las cuales se protegen; y las personas, que debemos encargarnos de no atacar lo dispuesto por aquellas.

Con respecto a ellos, cada Estado se encarga de interpretarlos, considerando unos más importantes (primarios) que otros (secundarios); por ejemplo, dentro del elemento referido al territorio, se tiene en cuenta el lugar en el que se ha cometido el delito, el cual suele ser el elemento principal que utilizan todos los Estados para definir su jurisdicción; y respecto del elemento personal, se utiliza como criterio preferente la nacionalidad del autor.

De este modo, entenderíamos como criterios, por ejemplo, el lugar donde se encuentran las pruebas, donde se aprehende al presunto reo o incluso donde se ubican los sistemas informáticos.

Todo esto es lo que se establece en el ordenamiento español, en base a los artículos 21 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como en los artículos 14 y 15 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal³³.

Por todo lo expuesto, considero que para atender a la conducta delictiva que se realiza a través de la red, a pesar de que existan unas reglas de enjuiciamiento, no siempre nos llevarán a saber de antemano cuál es el órgano al que debemos someternos para ello, ya sea basándose en el lugar en el que se produce el daño o desde dónde se produce.

³² ORTIZ PRADILLO, J.C., Problemas procesales de la Ciberdelincuencia, Cóllex, Madrid, 2013, p. 115.

³³ ORTIZ PRADILLO, J.C., Problemas procesales de la Ciberdelincuencia, Cóllex, Madrid, 2013, p. 116.

Lo único que podemos tener relativamente claro es que, en base al artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las cuestiones de competencia que se susciten entre Juzgados y Tribunales del mismo orden jurisdiccional (entendiendo, en el tema que nos ocupa, que nos encontraríamos ante un conflicto entre dos órganos del orden penal) los resolverá el órgano superior inmediato, común entre ellos. Sin embargo, para esa resolución se precisaría de unas reglas de competencia que no están aún establecidas en materia de delitos cometidos a través de internet.

6. Determinación de la competencia penal territorial

Al haber entendido que determinar la competencia territorial de los jueces y tribunales para que conozcan los delitos a través de internet suscita varios problemas es cuando vamos a tener que plantearnos si podemos llegar a asemejar el mundo virtual con el mundo que consideramos físico para seguir las mismas reglas penales y procesales.

En el apartado segundo del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se establece la competencia territorial para la fase de instrucción a los Juzgados de Instrucción del lugar en el que fue realizado el delito. Sin embargo, en el caso de ser cometido el hecho delictivo a través de internet, este lugar puede que no siempre se conozca.

Podríamos también considerar la aplicación del artículo 15, apartado 1 o, en su caso, el apartado 4 de la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal y, al no saber con certeza cuál es el lugar en el que se ha cometido la infracción, el órgano que será competente territorialmente será aquel en el que, por ejemplo, se hayan podido encontrar las pruebas.

Desde mi punto de vista, a falta de teoría para poder llevar a cabo una solución frente a estos problemas procesales, no queda otra opción que buscar similitudes para poder aplicarlas, ya que no conocemos ningún tipo de reglas exactas o especiales que puedan ser aplicadas a los delitos cometidos en el ciberespacio a través de internet.

Al no existir ninguna razón lógica por la cual debemos considerar que internet está fuera del ámbito jurisdiccional de la regulación nacional y a falta de reglas especiales, tenemos que servirnos de lo que tenemos a disposición, en términos de

similitud, siempre entendiendo que debemos, en primer lugar, conocer el vínculo, para así poder conocer la jurisdicción que más se une a la conducta delictiva.

Como en nuestro país nos encontramos con una diversidad de órganos jurisdiccionales de la misma clase en todo el territorio español, es necesaria una distribución territorial de la competencia entre ellos. A pesar de que la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en sus artículos 14 y 15, establece el lugar de comisión del delito como fuero preferente, así como otros fueros subsidiarios (el lugar de obtención de pruebas o en el que se haya aprehendido al presunto reo), determinar dónde se entiende cometido el delito, en aquellos casos en los que se realizan a través de Internet, no es tan fácil de resolver.

Por ello, para explicar el lugar donde se ha cometido el delito, cuando no podemos servirnos de dichos fueros generales o subsidiarios, existen varias teorías: la teoría de la actividad (según la cual el delito se entiende cometido en el lugar desde el que se realiza la conducta), la teoría del resultado (por la que el delito se comete en el lugar donde se produce el resultado) y la teoría de la ubicuidad o teoría mixta (según la cual el delito se entiende cometido en el lugar desde el que se realiza la conducta, y en el lugar dónde tiene lugar dicho delito, indistintamente).

Si nos planteamos un caso, en el que, por ejemplo, se haya cometido un delito de difusión de pornografía infantil, a través de internet, en el que el sujeto activo haya publicado una serie de fotografías en páginas web y redes de un conjunto de menores, ¿nos serían de utilidad las citadas teorías? ¿Cuál es la que mejor se adapta? ¿Y si nos encontramos con un delito de estafas informáticas?

Cabe destacar en este punto que, tal y como expone Ortiz Pradillo, el Tribunal Supremo ha considerado “*que los delitos continuados se entienden perpetrados en el momento en que se lleva a cabo la última acción agrupada a efectos de la unidad delictiva, por lo que el lugar de comisión lo sería el de la última acción; en los delitos de omisión, se entienden consumados en el lugar donde debió realizarse la obligación exigible; en los delitos de estafa, se entenderá consumado en el lugar donde se produce el desplazamiento patrimonial causado por el engaño; en los delitos de apropiación indebida, en el lugar en que se haya llevado a cabo el apoderamiento del objeto...*”³⁴.

³⁴ ORTIZ PRADILLO, J.C., Problemas procesales de la Ciberdelincuencia, Cóllex, Madrid, 2013, p. 56.

Y así, en el caso de que el delito tenga repercusión en más de un lugar, incluso el Tribunal Supremo ha optado por *“atribuir a cada uno de ellos la competencia para investigar los hechos cometidos dentro de su propio ámbito territorial”*³⁵.

Sin embargo, aunque el Tribunal Supremo ha querido establecer una delimitación de la competencia atendiendo a cada tipo de delito para poder establecer así el lugar de comisión en función del caso concreto, muchos juzgados han planteado cuestiones de competencia ante éste, puesto que hay delitos que han sido cometidos a través de internet, de modo que entendemos que se precisa de analizar las tres teorías.

6.1. Teoría de la actividad

Si atendemos a la teoría de la actividad, por la cual el delito se entiende cometido en el lugar desde dónde se realiza la conducta, y en base a lo establecido por el Tribunal Supremo en el Auto de 12 de marzo de 2009, *“el momento y lugar de comisión del delito sería aquél en que el presunto autor de los hechos que se denuncian pone en marcha, a través del servidor, la concreta información facilitada”*. Aun así, puede que el servidor se encuentre en lugar distinto del equipo desde dónde se comete la ilicitud, por lo que esta vía no nos deja entrever una regla exacta.

Si nos encontramos frente al delito de pornografía infantil, cabría que se tratara de varios imputados los que, a través de varios lugares geográficos, han optado por compartir o publicar las imágenes de menores, lo cual precisaría de atribuir la competencia a todos aquellos juzgados del lugar en el cual se hayan localizado las imágenes.

En este caso, si pudiéramos entender que existe una conexidad entre las acciones, sería más fácil atribuir la competencia, pero el Tribunal Supremo considera que no puede entenderse que exista una voluntad entre los sujetos activos, para la realización de la conducta –lo cual es requisito imprescindible en los delitos conexos. Además, basándonos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, *“la determinación de lugar de comisión del delito en el caso de difusión y tenencia de material pornográfico no se hará con base en la teoría de la ubicuidad o la del resultado sino con base en la teoría de la actividad, y ello porque en este tipo de delitos existe gran dificultad para determinar con precisión el lugar de difusión del contenido pornográfico. De esta*

³⁵ Tribunal Supremo, Auto de 23 de noviembre de 2004.

*forma, decíamos en el ATS de 21/03/2014 (JUR 2014, 95935), con cita de otros, que en los delitos cometidos a través de internet serán competentes los Juzgados del lugar en el que se hayan introducido en la red los contenidos delictivos.*³⁶”

Sin embargo, en estos términos, considero que, en vez de resultar competente para conocer del delito todo órgano en el que se encuentre el sistema informático desde el que se ha enviado o descargado el contenido ilícito, es más viable atribuirlo al órgano del lugar donde fue elaborado el material motivo de delito (entendiendo, en este aspecto, la teoría de la actividad).

Mi opinión respecto de la teoría de la actividad, considerando que nos encontremos ante un delito que podríamos considerar “de publicidad o difusión”, es que resulta muy eficiente pues va a resultar más fácil atribuir la competencia al Tribunal del lugar en el que se encontraba el equipo utilizado para ello (su dirección IP) o la localización del autor de los hechos cuando cometió el delito.

Por ejemplo: si el presunto reo se encontraba en Barcelona en el momento de publicar o compartir las imágenes o vídeos sobre pornografía infantil, será ese el lugar desde el que se realizó la conducta, siendo los tribunales españoles competentes para conocer del delito. En cambio, si se encontraba en Alemania, no serían competentes los juzgados españoles.

Lo entiende así de nuevo el Tribunal Supremo, en su Auto de 19 de septiembre de 2001, cuando establece que “*el momento y lugar de comisión del delito sería aquel (...) que pone en marcha a través del servidor, la concreta información facilitada. Es a partir de este momento cuando la información entra en contacto con el lector o navegador («internauta»), que recibe o está en condiciones de recibir la comunicación presuntamente delictiva. (...) En todo caso hemos de distinguir, el lugar en que se consuma el delito, es decir, se realizan los actos propios integrantes del mismo, de aquel otro en que se reciben sus efectos*”. Por tanto, se considera que el delito se cometió en el lugar desde el que se pone en marcha la información.

También estableció el mismo en el Auto de 18 de enero de 2008 que si el dominio de una página web está en un lugar concreto “*es lógico que desde allí se haya colgado la página en el servidor correspondiente, cualquiera que sea el lugar donde*

³⁶ Tribunal Supremo, Auto de 16 de marzo de 2015

éste radica que permita el acceso a la misma por cualquier usuario, desde cualquier lugar, por lo que conforme con el art. 14.2 LECrim, constando el lugar de comisión del delito, este es fuero excluyente de los demás, por lo que no procede aplicar el principio de ubicuidad a que aluden los juzgados en conflicto”.

Si atendemos al delito de estafa informática, en cambio, determinar el lugar desde el que el autor del hecho tuvo disposición material del dinero es tarea muy complicada, por lo que no solemos encontrar solución, en esta teoría, para delitos relacionados con el patrimonio.

Aun así, entendiendo así la teoría de la actividad, a pesar de que supone una mayor facilidad para los Tribunales en los casos de delitos realizados a través de la publicidad en páginas web o redes sociales, podría llegarse a pensar que los potenciales autores elegirían realizar las acciones desde aquellos países en los que se tipifica en menor medida, o ni se encuentra recogido como delito.

6.2. Teoría del resultado

En el caso de ejemplo que nos estamos planteando, desde el punto de vista de la teoría del resultado, tenemos que considerar que lo más probable es que, respecto del delito de difusión de pornografía infantil a través de internet, se propague en más de un lugar, pues al tratarse de una publicación en cualquier página web, tendrá repercusión en multitud de países. De este modo, podemos considerar que en este ámbito la teoría no resulta muy eficaz.

Sin embargo, si se trata de un delito contra el patrimonio sí, como en el caso de la estafa informática, ya el Tribunal Supremo ha considerado regla general atribuir al lugar en el que se ha producido el perjuicio económico o la lesión en el sujeto pasivo a través del desplazamiento patrimonial que se corresponde, normalmente, con el lugar en el que se encuentra la cuenta corriente desde donde se detrajo el dinero³⁷.

Podemos, entonces, considerarlo un criterio de fácil determinación puesto que será el sujeto afectado el que habrá obtenido un perjuicio en su cuenta corriente y el que irá, por tanto, a interponer una denuncia o querrela ante el Juzgado competente, que supondría el más cercano a él. Esto supone una ventaja, pues le va a permitir personarse

³⁷ Tribunal Supremo, Auto de 28 de octubre de 2010.

en el proceso con una mayor facilidad, para así reclamar la condena del presunto reo, y la reparación del daño. Aun así, desde mi punto de vista, no va a ser tan adecuado aplicar esta teoría en el caso de que nos encontremos con que el delito ha tenido lugar más de un espacio.

Podríamos optar, en ese caso, tal y como establece el autor Ortiz Pradillo, por superar el problema a través de “*la atribución del caso a un órgano centralizado*”³⁸, u optar por atribuir la competencia al juzgado que primero conoció los hechos.

También podríamos tener esta teoría en cuenta en el caso de hallarnos ante delitos que supongan una amenaza a través de internet. Incluso en estas situaciones, el Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto la necesidad de añadir agravantes por el perjuicio que causa el anonimato y porque se considera peor la ofensa a través de medios telemáticos que de la forma convencional.

En un primer momento, sin embargo, la jurisprudencia tenía preferencia por aplicar la teoría de la actividad en estos casos, por el hecho de únicamente tener en cuenta el lugar desde dónde se ha realizado la amenaza o intimidación. Hoy en día, con el uso de las nuevas tecnologías, entiende el Tribunal Supremo que debe entenderse competente el juzgado del lugar donde se recibió la amenaza o donde ésta tuvo sus efectos.

Desde mi punto de vista, resultaría útil la teoría del resultado en el caso de las amenazas si la misma tiene lugar en el lugar de residencia de la víctima o alrededores, para que así pueda sentirse segura. De lo contrario, considero que es más efectiva la teoría de la actividad, atendiendo al lugar en el que se encuentra el aparato desde el que se emite la amenaza, pues es más fácil si incluso coincidiera con el lugar de residencia del denunciado.

6.3. Teoría de la ubicuidad

Por esta teoría, denominada también “teoría mixta”, el lugar de comisión del delito se entiende tanto desde aquél en que se realizó la acción, como donde la misma se produce. Podríamos suponer, en base a lo establecido por el Tribunal Supremo, que se entendería aplicable la teoría de la ubicuidad para considerar competente aquel órgano

³⁸ ORTIZ PRADILLO, J.C., Problemas procesales de la Ciberdelincuencia, Cóllex, Madrid, 2013, p. 72.

judicial en el cuál se hubieran iniciado las actuaciones judiciales por los hechos considerados delito.

Esto quedó consolidado en el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 3 de febrero de 2005, en el cual se adopta esta teoría para hacer frente a la atribución de la competencia en los delitos informáticos. De este modo, *“el delito se comete en todas las jurisdicciones en que se haya realizado algún elemento del tipo. En consecuencia, el Juez de cualquiera de ellas que primero haya realizado las actuaciones procesales, será en principio competente para la instrucción de la causa”*³⁹.

Sin embargo, atribuir la competencia al órgano jurisdiccional por prioridad temporal supondría, desde mi punto de vista, que quede fuera del alcance de los delitos cuya actividad trasciende de las fronteras nacionales. Esto es porque, en el ámbito informático o de Internet, el lugar donde se realiza el delito no suele coincidir con el lugar en el que éste despliega sus efectos.

El Tribunal Supremo se ha puesto de manifiesto eligiendo esta teoría en casos en los que podrían derivarse dilaciones indebidas, que irían en contra del principio de prioridad temporal, de modo que ha establecido que *“este criterio, doctrinalmente conocido por el de la ubicuidad y de uso en múltiples países de nuestro entorno, es respetuoso con el tenor literal del precepto indicado, puesto que se atiene al dato de la realización de actos concretos de ejecución del posible delito en un determinado espacio físico, con lo que evita la arbitrariedad interesada en la fijación de la competencia. Y, muy en particular, impide que se produzcan situaciones de conflicto como la planteada en este caso, en la que la negativa a conocer de algún juez, que podría ser competente para ello determina dilaciones difíciles de justificar, y que aparte el perjuicio que, ya solo por esto, deparan a los afectados, podrían constituirse*

³⁹ Establece así VELASCO NUÑEZ, “Delitos cometidos a través de internet. Cuestiones procesales”, La Ley, Madrid, 2010, p. 56 y 57: *“Ello no implica más que una regla inicial muy operativa para la determinación de una eventual competencia instructora, basada en los criterios de atribución competencial propios de los delitos en los que inicialmente se desconoce el concreto lugar de comisión recogidos en el art. 15 LECrim., y en base a ellos, llegado el caso, si de la investigación e determina el concreto lugar geográfico de comisión, porque se conociera el momento de la inclusión en la red de la información o comunicación origen de la causa –AATS 22/07/2002 y 19/01/2004 (donde está el ordenador que contiene las pruebas del delito, y desde el que se ha realizado la principal acción comisiva)-, cabe la inhibición (art. 15 in fine LECrim.) a favor del juez así determinado, ahora sí, conforme al general criterio de atribución competencia del fórum delicti comisi (art. 14 LECrim.)”*.

en obstáculo para la eficacia de la posible investigación”⁴⁰. Por ello, finalmente, atribuye la competencia al juzgado que comenzó a actuar.

Podemos entender, tras haber estudiado las tres teorías, que todas dejan en blanco muchas posibilidades que puedan surgir y que sólo podríamos servirnos de ellas para casos concretos que encajen perfectamente en los supuestos que indican las teorías del Tribunal Supremo.

De hecho, el Tribunal Supremo ya establece, en relación al delito de pornografía infantil, que *“cada persona que distribuye, ofreciendo desde su ordenador la descarga de archivos (...), comete un delito, sin que la mera conexión informática (...) suponga la existencia de conexión delictiva, por lo que deben seguirse procedimientos distintos, correspondiendo la competencia a los Juzgados de los lugares en los que cada imputado haya desplegado su comportamiento”*⁴¹.

El mismo, en ocasiones, ante la falta de certeza basándose en una de las tres teorías, ha optado por el principio de la facilitación de la investigación criminal, *“estimando en principio competente aquel en el que la instrucción puede llevarse con más facilidad o el que inició las investigaciones”*⁴².

7. Propuestas de solución en el ámbito europeo e internacional.

Las cuestiones de competencia, recogidas en el artículo 52 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, son conflictos que pueden surgir entre órganos jurisdiccionales del mismo grado y pertenecientes a un mismo orden jurisdiccional (nos referimos al orden penal, en este caso). De este modo, como en base al principio de *ne bis in ídem* sólo puede ser juzgado una vez, dicho conflicto deberá ser resuelto antes que el propio asunto.

Desde el plano internacional, en cambio, serán dos o más jurisdicciones las que van a entrar en conflicto para conocer de un mismo hecho, por contener un elemento extranjero relevante.

⁴⁰ Tribunal Supremo, Auto de 17 de enero de 2006.

⁴¹ Tribunal Supremo. Auto de 10 de septiembre de 2015.

⁴² Tribunal Supremo. Auto de 25 de noviembre de 2005.

Como la gran libertad para cometer delitos es ilimitada, pues todos los ciudadanos tienen facilidades para acceder a un aparato informático, se pueden originar muchos problemas en relación a la infinidad de Estados que pueden verse afectados por la comisión del mismo delito. De este modo, *“encontramos gran cantidad de supuestos en que determinados actos son punibles con arreglo al derecho penal de un Estado, pero no de otro, dando lugar a obvias desigualdades y zonas de impunidad”*, originándose así una clara laguna en las normas internacionales en relación a la *“jurisdicción competente en materia de delitos informáticos”*⁴³.

Como consecuencia de ello, es evidente que, en este sentido, podría resultar necesaria la actuación conjunta de los Estados para la persecución del delito. Sin embargo, para ello, se precisaría de una cooperación de los países y un entendimiento entre todos ellos, lo cual no es sencillo, así como una armonización internacional de lo que se considera o no ilícito. Por ejemplo, podría considerarse que el criterio de la ubicuidad es aquel que más podría favorecer a la investigación; en cambio, en el caso de que desconozcamos desde dónde se realizó el delito, es conveniente la constitución de una regla con efectos internos para poder determinar la competencia entre todos aquellos órganos jurisdiccionales nacionales⁴⁴.

Por ello, *“las cuestiones de competencia ofrecen siempre una nota de provisionalidad, lo que implica que en un determinado momento del iter procesal e incluso de la propia investigación puede determinarse un cambio procedimental que afecta incluso al ámbito de la pura competencia territorial, ya decidida entre dos órganos jurisdiccionales contendientes, en atención a concretas circunstancias y que después bajo otros presupuestos fácticos presenta diferentes conclusiones jurídicas”*⁴⁵.

Es incluso posible que se deba determinar la competencia judicial internacional de los tribunales, según el autor Ortiz Pradillo, por tres razones:

a) Por el hecho de que la provisionalidad que contiene el hecho de determinar la competencia penal territorial en los primeros momentos de la investigación se trata únicamente de una solución a corto plazo, que puede tener consecuencias en casos de cooperación judicial internacional.

⁴³ DÍAZ GÓMEZ, A., “El delito informático, su problemática y la cooperación internacional como paradigma de su solución: El Convenio de Budapest”, *REDUR* 8, diciembre 2010, p. 175.

⁴⁴ ORTIZ PRADILLO, J.C., *Problemas procesales de la Ciberdelincuencia*, Cóllex, Madrid, 2013, p. 73.

⁴⁵ Tribunal Supremo, Auto de 21 de enero de 1998.

b) Porque aplicar la teoría de la ubicuidad en el plano internacional sólo supone que se susciten conflictos de jurisdicción en el caso de que el delito afecte a más de un país, ya sea porque el Estado en el que se realice la actividad delictiva no fuera el mismo que en donde éste tiene sus consecuencias, o porque las tiene en más de uno. Así, por ejemplo, si se nos atribuye una compra fraudulenta a nuestra tarjeta de crédito, realizada en otro país, los tribunales españoles consideran que será competente para conocer del delito, como ya vimos anteriormente, el lugar en el que se produce el perjuicio patrimonial, es decir, nuestro país. Sin embargo, esto no impide que los órganos de países extranjeros “*puedan reclamar para sí la investigación del hecho*”.

c) Por último, porque a nivel internacional no se establece como solución que conozca el Estado que ha comenzado a investigar el hecho, sino que se deben utilizar otros criterios que lleguen a evidenciar algún vínculo entre el Estado que reclama la investigación del hecho para sí y el delito cometido, consecuencia de la acción realizada⁴⁶.

Podríamos tener en cuenta en este punto el Derecho Procesal Penal Internacional, Díaz Gómez lo define como el conjunto de “*técnicas, medios, facultades, procesos para lograr el efectivo cumplimiento de los diversos tipos delictuales que configura el Derecho Penal informático. Así, podemos referirnos a los procesos de diálogo entre Estados, intercambio de información, negociaciones de extradición (desarrollo particular infra), convenios sobre competencia, asistencia mutua, accesos intrafronterizos, articulación de procedimientos procesales subsidiarios, etc.*”

Para poder llegar a la conclusión de si serviría o no utilizar el Derecho Procesal Penal Internacional para establecer dicha cooperación internacional, en el caso de que se cometa un delito informático, considero necesario atender a las ventajas que esto supone. Podemos, para ello, analizar el Convenio de Budapest, el cual pretende aportar soluciones a los problemas de jurisdicción que suscita la ciberdelincuencia.

7.1 El Convenio Europeo sobre la Ciberdelincuencia

Debemos tener en cuenta que, en el caso de la ciberdelincuencia, a nivel internacional, las iniciativas que pretenden ir en contra de los delitos cometidos a través de internet se han centrado más en conseguir una armonización internacional sobre lo que debe

⁴⁶ ORTIZ PRADILLO, J.C., Problemas procesales de la Ciberdelincuencia, Cóllex, Madrid, 2013, p. 75.

considerarse no lícito que en acabar con los conflictos de jurisdicción que puedan surgir a la hora de perseguir y enjuiciar la ciberdelincuencia⁴⁷.

7.1.1 Concepto

El Convenio sobre Ciberdelincuencia fue firmado en Budapest, en fecha de 23 de noviembre de 2001. Entró en vigor en julio de 2000; sin embargo, no fue ratificado por España hasta el año 2010.

Atendiendo al texto legal y a pesar de ser, a nivel internacional, el único instrumento que podemos encontrar actualmente en relación a los delitos cometidos a través de Internet, no establece ningún criterio para la determinación de la competencia en este tipo de delitos, únicamente alude constantemente a la necesidad de cooperación internacional entre Estados para ir en contra de la delincuencia informática, siendo en su elaboración cuando se discutió sobre la necesidad de reglas que delimitaran la jurisdicción en relación a la comisión de un delito informático.

Únicamente encontramos una pequeña referencia a nuestro caso en el artículo 22, en el que se establece un criterio de atribución de la competencia, refiriéndose al principio de territorialidad, en el sentido de infracciones cometidas en el territorio o a bordo de una nave que se encuentre en ese país; y al de personalidad activa, cuando una infracción es punible penalmente en el lugar en el que se cometió, o si no perteneciera a la competencia territorial de ningún Estado⁴⁸. Sin embargo, tampoco hace especial hincapié sobre la cuestión de qué sucede cuando un delito es cometido en el territorio de un Estado.

También el artículo 22 establece que *“las partes interesadas celebrarán consultas, siempre que sea oportuno, con miras a determinar cuál es la jurisdicción más adecuada para las actuaciones penales”*.

Entendemos así, que sea criticado por la doctrina, pues no es, quizás, la solución más procedente para resolver quién es el tribunal que deberá instruir y enjuiciar un delito, *“porque no establece criterios objetivos y a priori que determinen qué Estado es*

⁴⁷ ORTIZ PRADILLO, J.C., Problemas procesales de la Ciberdelincuencia, Cóllex, Madrid, 2013, p. 75.

⁴⁸ ORTIZ PRADILLO, J.C., Problemas procesales de la Ciberdelincuencia, Cóllex, Madrid, 2013, p. 77.

*el competente para conocer de un hecho delictivo, sino que la solución dependerá de que sea oportuno*⁴⁹.

De este modo, “*se sufre de una considerable aleatoriedad en la solución de esta problemática*”⁵⁰, con todos los efectos de gran importancia que esto podrá tener en relación a la pena aplicable, y, como consecuencia, la condena que se le imponga al presunto autor del delito⁵¹.

7.1.2 Ámbito de aplicación

En base a lo establecido en el artículo 37 de este Convenio podrán adherirse a éste todo Estado que no pertenezca al Consejo de Europa, como en el caso de Canadá, Estados Unidos, Sudáfrica y Japón, que participaron en sus negociaciones.

También otros países, sin adherirse a él de forma oficial, han realizado cambios en su legislación, como Costa Rica, Argentina, Chile, la República Dominicana, entre otros⁵².

7.1.3 Finalidad

El Convenio integra varias disposiciones, en referencia a la armonización internacional para tipificar los delitos, a las facultades de investigación y búsqueda de pruebas del delito, para que sean similares, y, por último, la cooperación internacional y asistencia entre los distintos Estados.

Su finalidad, recogida en el artículo 39 del mismo, es “*completar los tratados o acuerdos multilaterales o bilaterales aplicables entre las partes...*”⁵³. Por tanto, no se trata de una sustitución de otros tratados internacionales, sino que completa algunos ya existentes, de modo que se seguirá la normativa internacional que regule el aspecto de interés con mayor exactitud, sobre todo en materia de concurrencia de jurisdicciones⁵⁴.

⁴⁹ PÉREZ CEBADERA, M^a. A., “El problema de jurisdicción en el ciberespacio”, Revista General de Derecho Procesal 20, 2010, p. 5.

⁵⁰ GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J., “La respuesta procesal a la delincuencia informática: especial atención al convenio sobre cibercrimen (2003)”, podemos encontrarlo en <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/la-respuesta-procesal-la-delincuencia-inform%C3%A1tica-especial-atenci%C3%B3n-al-convenio-sobre-el-cibercrimen>.

⁵¹ ORTIZ PRADILLO, J.C., Problemas procesales de la Ciberdelincuencia, Cóllex, Madrid, 2013, p. 77.

⁵² Convenio sobre Cibercrimen, firmado en Budapest, en fecha de 23 de noviembre de 2001, artículo 23.

⁵³ Convenio sobre Cibercrimen, firmado en Budapest, en fecha de 23 de noviembre de 2001, artículo 39.

⁵⁴ ORTIZ PRADILLO, J.C., “Problemas procesales de la Ciberdelincuencia”, Cóllex, Madrid, 2013, p. 79.

A pesar del intento de cooperación internacional, que supone que todos los Estados se unan para hacer frente a todos aquellos delitos que sean cometidos fuera de sus fronteras, debemos tener en cuenta que, en materia de ciberdelitos, quizás no en todos ellos se castigan las conductas de la misma manera, o sencillamente ni se castigan. Así, no podremos considerarlo una solución para determinar la competencia de los Estados.

7.2 Acuerdo de extradición entre UE y EEUU

Atendiendo a otras leyes internacionales, nos encontramos con el Acuerdo de Extradición entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América, de 2003. El mismo fue firmado entre ellos con el fin de establecer mecanismos ante las solicitudes de extradición.

Para la determinación de la competencia acudimos al artículo 3.b) , en el que se establece que un delito dará lugar a extradición “*con independencia de que el delito sea de aquellos respecto de los cuales las leyes federales de los Estados Unidos reconocen la jurisdicción competente sólo cuando se demuestre la existencia de un transporte de uno a otro Estado o la utilización de los correos u otros servicios que afecten al comercio exterior o interestatal, al ser estos aspectos tan sólo pertinentes para establecer la competencia de un Tribunal federal de los Estados Unidos*”⁵⁵.

Además, en el artículo 10 se establecen varias reglas para hacer frente a los conflictos de jurisdicción y, en base a este, el principio de territorialidad constituye, para la determinación de la competencia, la del Estado que tendría a su favor el reclamo del autor del delito investigado.

A pesar de las pautas, seguimos sin encontrar una distribución jerárquica que nos afirme quién es el competente para su conocimiento, por lo que tras el análisis de este acuerdo nos damos cuenta de que, en el ámbito internacional, no observamos ninguna medida para hacer frente al problema que planteamos.

7.3 La Decisión Marco 2009/948/JAI sobre la prevención y resolución de conflictos de jurisdicción penal

⁵⁵ Acuerdo de Extradición firmado entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América, del año 2003.

Para poder resolver los problemas relacionados con la concurrencia de jurisdicciones penales sobre unos mismos hechos, en el ámbito europeo, se han presentado iniciativas como la del *Corpus Iuris de 1999*, que establece una serie de iniciativas en relación a la determinación de la jurisdicción competente a través de algunos criterios, como por ejemplo “*el Estado de residencia o nacionalidad del acusado*” o aquel en el que “*se encuentre la mayor parte de las pruebas*”⁵⁶.

Lo que sucede es que, en el caso de tratarse de un delito cometido a través de un sistema informático, no encontramos en la Unión Europea ningunas reglas de distribución de la competencia judicial de ámbito penal, entre los Estados que son miembros, ni de forma específica en el caso del enjuiciamiento de los delitos informáticos, ni tampoco con carácter general en materia de derecho penal, por lo que podríamos decir que no hallamos un “*verdadero territorio judicial europeo equiparable a lo previsto por el Reglamento 44/2001 en el ámbito civil.*”⁵⁷

En consecuencia, a pesar de todas las iniciativas que se han establecido para solucionar el problema no se ha llevado a cabo la redacción de un texto jurídico que establezca reglas claras distribuidas de forma jerárquica para poder saber qué Estado miembro es el que va a tener que conocer de estos delitos.

Por ello, la Decisión Marco del año 2009 no ha contentado a muchos, e incluso la han llegado a calificar como “decepcionante”⁵⁸, por únicamente proponer la necesidad de que entre los Estados se realicen consultas, sin llegar a establecer tampoco ese mecanismo que podría solucionar los problemas que se ponen en práctica a diario en la red⁵⁹. Por otro lado, tampoco lo hace el Informe Anual del año 2003 de Eurojust, a pesar de todos los criterios que recoge, que tienen únicamente fines orientativos, estableciendo únicamente que el procedimiento penal deberá iniciarse y seguirse en

⁵⁶ ORTIZ PRADILLO, J.C., Problemas procesales de la Ciberdelincuencia, Cóllex, Madrid, 2013, p. 84

⁵⁷ QUINTERO OLIVARES, G., “La unificación de la justicia penal en Europa”, Revista penal, nº 3, 1999, p.59. Por su parte, PRADEL, (“Vías para la creación del espacio judicial europeo único”, Revista Penal, nº 3, 1999, p. 42) defiende la existencia de dos espacios judiciales penales europeos: el del Consejo de Europa y el de la Unión Europea.

⁵⁸ Memoria de la Fiscalía General del Estado, año 2010, p. 1118. Puede visitarse en el siguiente enlace: https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/memorias_fiscalia_general_estado/

⁵⁹ ORTIZ PRADILLO, J.C., Problemas procesales de la Ciberdelincuencia, Cóllex, Madrid, 2013, p. 87

aquél Estado en el que se produjeron la mayoría de los delitos, o en aquel en el que estos tuvieran la mayoría de consecuencias⁶⁰.

Por esta falta de criterios o jerarquía surge la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la creación de la Fiscalía Europea, de 17 de julio de 2013, que introduce numerosas novedades acerca de los problemas que suscita que un hecho delictivo tenga consecuencias en más de un Estado y todos ellos quieran conocer del mismo. Así, en el artículo 27 del mismo encontramos como se establece que sea el Fiscal Europeo el que deba elegir *“la jurisdicción del proceso”* y determinar *“el órgano jurisdiccional nacional competente, en estrechas consultas con el fiscal europeo delegado que presente el caso, teniendo en cuenta la correcta administración de la justicia y considerando los siguientes criterios: a) el lugar donde se cometió el delito o, si se trata de varios delitos, donde se cometieron la mayoría de ellos; b) el lugar donde resida habitualmente el acusado; c) el lugar donde estén situadas las pruebas; y d) el lugar donde residan habitualmente las víctimas directas”*⁶¹.

Sin embargo, esto no es más que una propuesta, que deberá ir forjándose y mejorando su forma y estructura interna, para poder tenerla en cuenta de forma firme a la hora de querer resolver problemas de determinación de la jurisdicción penal.

Así, al leer todos los criterios que se establecen en los distintos Convenios y Decisiones Marco, podemos reiterar que en ningún momento se establecen fueros precisos o distribuidos jerárquicamente entre los distintos órganos jurisdiccionales. Únicamente se habla de cooperación internacional, pero no encontramos una jerarquía establecida o un órgano supranacional que pueda resolver las controversias que se susciten en materia de jurisdicción y competencia.

Normalmente, entre todos esos Estados que se ven afectados por la comisión del hecho delictivo, se busca un consenso o una cooperación entre todos ellos, incluso la posibilidad de asistir a órganos de consulta para buscar una postura común. Debemos

⁶⁰ Informes Anuales de Eurojust, pueden consultarse en el siguiente enlace: <http://eurojust.europa.eu/doclibrary/corporate/eurojust%20Annual%20Reports/Annual%20Report%202003/Annual-Report-2003-ES.pdf>.

⁶¹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Agencia Europea de Cooperación en materia de Justicia Penal (Eurojust) de 17 de julio de 2013, puede consultarse en el siguiente enlace: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0234+0+DOC+XML+V0//ES>

distinguir, aun así, los casos en los que el delito ha tenido consecuencia en el plano internacional, o en el espacio europeo:

A) Con respecto al ámbito internacional, siempre se ha buscado una serie de criterios fijos plasmados en un Tratado Internacional, ya sea con el fin de ir en contra de la ciberdelincuencia, o como búsqueda de soluciones a quién debe enjuiciar los delitos que integra esa modalidad delictiva.

Es evidente que a nivel internacional los Estados pueden decantarse por unas reglas flexibles que puedan dejar abierta la elección de unas u otras atendiendo al caso en concreto.

Uno de los ejemplos más representativos sobre este tema es el *caso Megaupload*, que supuso la detención de varias personas que no superaban los 40 años y con distintas nacionalidades, acusados por delitos tales como fraude, blanqueo de dinero y conspiración, al subir a la plataforma virtual no sólo películas y series protegidas por copyright, sino también archivos procedentes de multitud de países. Todo ello supuso el cierre de la página web por parte del FBI.

Este caso nos muestra el interés nacional que existe de perseguir los delitos que se cometen a través de un sistema informático, sin tener en cuenta el lugar donde se encuentran los presuntos autores, sus nacionalidades o el lugar en el que se cometió el supuesto delito.

Así, pudiendo decir que ninguno de los supuestos responsables es de nacionalidad estadounidense ni han actuado desde dicho Estado, se le atribuyó la competencia a los Tribunales de EEUU por ser el lugar en el que se halla el material utilizado para la difusión ilícita y porque dicha actividad supuso un daño de casi 600 millones de dólares a algunas empresas estadounidenses⁶².

Es más, desde el punto de vista internacional, aunque en todo caso se pretenda una distribución jerárquica de los criterios para poder determinar la jurisdicción, se puede determinar por un “estándar de razonabilidad”⁶³, el cuál trata de barajar las

⁶² ORTIZ PRADILLO, J.C., Problemas procesales de la Ciberdelincuencia, Cóllex, Madrid, 2013, p. 105.

⁶³ BENNER, S. W. / KOOPS, B. J., “Approaches to teaching, learning and assessment and subject area competences”. Citado por ORTIZ PRADILLO, J.C., Problemas procesales de la Ciberdelincuencia, Cóllex, Madrid, 2013, p. 105.

distintas posibilidades de forma flexible, para que ninguno de los Estados sea determinante, siempre respetando las exigencias de razonabilidad y previsibilidad.

B) En referencia al espacio judicial europeo, la Unión Europea ha puesto de manifiesto también la necesidad de establecer mecanismos de cooperación penal internacional para poder ir en contra de la ciberdelincuencia, estableciendo criterios jerárquicos para determinar la competencia judicial internacional en materia de derecho penal, así como la jurisdicción competente, en el caso de que se suscite un delito que se haya cometido a través de Internet.

En este sentido, el Parlamento Europeo y el Consejo tienen la garantía de poder adoptar, atendiendo al procedimiento legislativo declarativo ordinario, “*medidas tendentes a prevenir y resolver los conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros*”⁶⁴.

⁶⁴ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, artículo 82.1.b); puede ser visitado en el siguiente enlace: <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>.

8. Conclusiones

La relación entre derecho y sociedad, al ser el primero aquél orden normativo institucional que rige las relaciones humanas, es motivo y necesidad de adaptación a todos los avances y novedades que van surgiendo con el desarrollo del tiempo.

A lo largo de este trabajo, hemos podido ver y entender que, en el caso que nos ocupa, la rama del derecho procesal penal no ha conseguido realizar dicha adaptación para atender a la competencia y jurisdicción de los tribunales cuando nos encontramos ante hechos y conductas punibles que se realizan de modo deslocalizado.

Por ello, a falta de criterios, hemos tenido que poner en juego los mecanismos que ya conocemos -y utilizamos en la práctica- ante acciones típicas en las que no se encuentra la utilización de internet de por medio. Sin embargo, comprobamos como todos ellos quedan escuetos, ya que no nos encontramos en las mismas circunstancias; no va a resultar viable, por tanto, que utilicemos las reglas previstas para hechos localizados o que, según el supuesto de hecho y el delito que se cometa, se atribuya la competencia a un tribunal u otro, ya sea el del lugar desde el que se realizó, donde tuvo sus efectos o donde se inició su tramitación.

También hemos observado que no sólo es un problema sin solución a nivel nacional, ya que desde un punto de vista internacional existe el mismo problema y se halla aún sin resolver, a pesar de todos los intentos y propuestas que se han puesto de manifiesto.

De este modo, es lógico que todos lleguemos a sentirnos, en parte y atendiendo a dicha situación, desprotegidos judicialmente, no sólo por no tener a menudo clara la vía que utilizar cuando el hecho se ha cometido o ha tenido repercusión en más de un país, sino porque incluso, en ocasiones, en los casos de cuestiones de competencia no va a poder dictarse sentencia hasta que se resuelva dicha cuestión; como consecuencia, hasta que no se obtenga la resolución que establezca qué juez o tribunal podrá conocer del delito, no puede iniciarse el proceso que versa sobre la conducta punible. Esto además, podría tener como consecuencia el incumplimiento del artículo 24 de la Constitución Española que reconoce el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Tampoco podemos olvidar que todo esto no cumple con el carácter imperativo que rigen las normas penales, e incluso puede acarrear una inseguridad jurídica, por no

conocer la certeza del derecho en este ámbito, ya que no se han establecido disposiciones legales exactas a seguir.

Con esto, tras haber desarrollado todo este trabajo y haber leído las conclusiones del autor Ortiz Pradillo, mi propuesta es priorizar la teoría de la actividad para todos los niveles (nacional, europeo e internacional), por varias razones:

En primer lugar, cabe tener en cuenta que el ejercicio del *ius puniendi* del Estado pretende evitar, mediante el castigo, que en su territorio se cometan acciones ilícitas por parte de los ciudadanos. Por ello, entendemos que lo lógico es que el propio ordenamiento jurídico castigue la conducta de su país, es decir, desde dónde ésta se ha realizado.

En segundo lugar, y como ya se ha puesto de manifiesto durante el trabajo, el delito puede desplegar sus efectos en multitud de jurisdicciones, por lo que obviamente va a resultar más sencillo atribuir la competencia al país o lugar desde el que se realizó la conducta y no en todos aquellos en los que pudo producirse el resultado.

Lo preciso sería siempre priorizar el lugar desde el que se ha realizado la acción en sí, o el ataque, que debería coincidir con el lugar en el que se encuentran los presuntos culpables, siendo este hecho castigable conforme a las normas jurídicas de ese país. Aun así, a falta de regulación penal, considero que siguen quedando múltiples vacíos en casos como, por ejemplo, que el hecho se realice desde más de un país.

En tercer lugar, la teoría de la actividad también solventa las situaciones en las que se produce una acción y, por causas como tentativa, la misma no da lugar a un resultado. Así, en el caso que se hayan producido actos preparatorios también resulta más fácil castigar la conducta pues, al no haberse desplegado los efectos de la misma, tendrá que considerarse competente el juez o tribunal del lugar desde el que se realizó la acción.

Por último, tenemos que poner de manifiesto que incluso muchas legislaciones a nivel europeo e internacional, como la Decisión Marco 2005/222 o la *Propuesta de Stanford de 2000*, han priorizado esta teoría, porque consideran que el autor de la infracción la comete estando físicamente presente en un territorio concreto, y hay que tomar ese lugar como el clave para atribuir la competencia a un órgano jurisdiccional.

Por todo esto, y aunque teniendo en cuenta las situaciones del caso concreto las facilidades las puede aportar mejor una u otra teoría, considero que la teoría de la actividad engloba de forma más genérica una solución más rápida e igualitaria, ya que va a ser más fácil tener en cuenta el lugar dónde se encontraba el autor de los hechos en el momento en que cometió la infracción, que atender a uno de tantos dónde produjo sus resultados, o el órgano que inició las actuaciones, sea para aprehender al autor de los hechos o para recabar las pruebas.

Es impactante ver cómo, frente a algo que está tan presente en nuestras vidas, que utilizamos a diario y que ya no es ninguna novedad, no se han aprobado reglas que palien la duda de saber de antemano qué órgano será el competente para tramitar el hecho denunciado. Y es que, ni siquiera la jurisprudencia del Tribunal Supremo en este ámbito, deja de ser casuística, lo que conlleva, en ocasiones, que la misma parezca muy teórica o, incluso, un poco arbitraria.

Bibliografía

- Constitución Española, 1978.
- CORCOY BIDASOLO, M. Problemática para la persecución de los denominados delitos -informáticos. Particular referencia a la participación criminal y al ámbito espacio temporal de comisión de los hechos.
- Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros.
- DÍAZ GÓMEZ, A., “El delito informático, su problemática y la cooperación internacional como paradigma de su solución: El Convenio de Budapest”, *REDUR* 8, diciembre 2010.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J., “La respuesta procesal a la delincuencia informática: especial atención al convenio sobre cibercrimen (2003)”, podemos encontrarlo en <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/la-respuesta-procesal-la-delincuencia-inform%C3%A1tica-especial-atenci%C3%B3n-al-convenio-sobre-el-cibercrimen>.
- GUTIERREZ FRANCÉS, M., “Reflexiones sobre la ciberdelincuencia hoy (en torno a la ley penal en el espacio virtual)” podemos encontrarlo en este enlace: <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero3/gutierrez.pdf>
- Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva
- Ley de Enjuiciamiento Criminal
- Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la ley de Enjuiciamiento Criminal
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
- Memoria de la Fiscalía General del Estado, año 2010, p. 1118. Puede visitarse en el siguiente-enlace: https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/memorias_fiscalia_general_estado/
- MUÑOZ MACHADO, S. La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet. Taurus, Madrid, 2.000.
- ORTIZ PRADILLO, J.C., Problemas procesales de la Ciberdelincuencia, Cólax, Madrid, 2013.
- PÉREZ CEBADERA, M^a.A., “El problema de la jurisdicción en el ciberespacio”, *Revista General de Derecho Procesal* 20, 2010.

-PÉREZ MORALES, M., “Temas de derecho procesal penal”; puede visitarse en el siguiente enlace: <http://ocw.um.es/cc.-juridicas/derecho-procesal/material-de-clase-1/leccion4.derecho-procesal-penal.pdf>

-PRADEL, “Vías para la creación del espacio judicial europeo único”, Revista Penal, nº 3, 1999.

-QUINTERO OLIVARES, G., “La unificación de la justicia penal en Europa”, Revista penal, nº 3, 1999.

-Real Academia de la Lengua Española. Puede consultarse en el siguiente enlace: <http://dle.rae.es/?id=LY8zQy3>

-RUBIO ALAMILLO, J., “La informática en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, Diario la Ley, nº 8662, Sección Tribuna, 10 de diciembre de 2015, Ref. D-463, Editorial La Ley 7030/2015.

-SAINZ CANTERO, J., “El delito masa”, pág. 664. Puede visitarse el documento en el siguiente enlace: <file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-ElDelitoMasa-2785140.pdf>

-SAINZ MORENO, F., Temas Básicos de Derecho Constitucional, Tomo 1, Navarra, 2011.

- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

-VELASCO NÚÑEZ, E., Delitos cometidos a través de Internet. Cuestiones procesales, La Ley, Madrid, 2010.

-VELASCO SAN MARTIN, C., Jurisdicción y Competencia Penal en Relación al Acceso Transfronterizo en Materia de Ciberdelitos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.