

Responsabilidad Penal en Materia de Informática

ENRIQUE RUÍZ VADILLO

*Magistrado del Tribunal Constitucional y Presidente del Instituto
Europeo en España.*

CONSIDERACIONES GENERALES

La criminalidad de los negocios, dentro de la cual se inscribe e inserta la delincuencia informática ha encontrado, al menos desde los años 70, dice el profesor Tiedeman¹, un interés muy particular y casi mundial. Este interés está, en parte, combinado con los derechos socio políticos, sobre todo en vista de un cambio de sistemas económicos o del desarrollo futuro de un nuevo orden económico mundial.

Como bien sabemos, el problema o los problemas que nacen en torno a la informática o Ciencia cibernética son extraordinariamente complejos. Desde el punto de vista jurídico se refieren, entre otros aspectos, al sistema punitivo, a la interpretación de las leyes existentes con vistas a la incorporación a las mismas de la nueva fenomenología, a consecuencia de un mundo absolutamente nuevo, con nuevas tipologías, con unas nuevas referencias al llamado tipo de autor, a la responsabilidad penal de las pesrsonas jurídicas, temas muy de actualidad y al que recientemente se ha referido en distintas ocasiones el Consejo de Europa que en varios de sus Documentos incluyó la delincuencia informática en el marco de la criminalidad de los negocios. Así, en la Recomendación nº R. (81), 12 del Comité de Ministros de los Estados Miembros, en su reunión de 25 de junio de 1981 y en otras varias en cuya preparación, dentro del Comité de Expertos, tuve el honor de participar en representación de España.

■ 1 Citado en Ruíz Vadillo, Enrique: "Tratamiento de la delincuencia informática como una de las expresiones de la criminalidad económica". En "Nuevas formas de criminalidad" Rev. "Poder Judicial" número especial IX. Consejo General del Poder Judicial.

LA INFORMÁTICA Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

Desde hace algunos años, dice el profesor Izquierdo Tolsada², resulta difícil hallar un periódico diario de cualquier país occidental que no contenga alguna noticia sobre condenas por daños y perjuicios. Médicos, Aparejadores, Biólogos, Agentes de Seguros, Procuradores de los Tribunales, Mediadores de Comercio y, a mucha distancia, los Abogados ven en la actualidad el fenómeno de la responsabilidad civil como una servidumbre que les es propia. Las condenas a fabricantes de productos defectuosos se suceden de modo notorio. En los EE UU hay alrededor de 650.000 Abogados especializados exclusivamente en demandas de daños y perjuicios. ¿porqué suben alarmantemente todos los años las primas de seguro de responsabilidad civil profesional?.

Es evidente que la informática que es una fuente de positividad en el desarrollo de las actividades humanas, un factor indiscutible e indiscutido de avances en muchas direcciones, constiuye al mismo tiempo un instrumento generador de responsabilidades civiles y también en ocasiones, penales.

En este sentido Bauza Reilly³, dice que resulta un hecho constatable, y hay jurisprudencia que ya lo ha puesto de manifiesto, que a la intrincada red de productos y servicios con componente internacional informático o telemático se le ha venido agregando en paralelo, y por lógica consecuencia, una no menos complicada trama de responsabilidades jurídicas entre los diversos partícipes de estas actividades.

Si determinadas manifestaciones de contractualidad han dado lugar a los llamados negocios jurídicos o contratos criminalizados, es obvio que el desarrollo de la informática ha generado la aparición de nuevas formas de criminalidad que afecta a muchos campos y a muchas manifestaciones.

El tema ha llegado al Tribunal Constiucional respecto al acceso a ficheros públicos automatizados de carácter personal que dio lugar a la STC 254/1.993, de 20 de julio que incide en derechos fundamentales, objeto de la especial protección de nuestra Ley Fundamental⁴.

- 2 Izquierdo Tolsada, Mariano: "Responsabilidad por daños: pasado, presente y futuro". En Actualidad Informática Aranzadi, (en lo sucesivo AIA) nº 12, julio 1994.
- 3 Bauza Reilly, Marcelo: "Responsabilidad civil en materia de informática". Un tema de reflexión en los países de Mercosur. AIA nº 12, julio 1994.
- 4 González Quinzá, Arturo: "Recurso de amparo sobre el acceso a ficheros públicos automatizados de carácter personal". STC 254/1993, de 20 de julio. En AIA nº 10, enero de 1994.

La contratación civil ha visto como, frente a los sistemas tradicionales, se unían otros, nacidos de la informática que obviamente suponen grandes ventajas pero que de alguna manera originan igualmente nuevos problemas.⁵

A las muchas anécdotas que sobre estas nuevas formas de actuación en muy diversos campos, se han citado, hay que añadir la que el diario "El País" correspondiente al 18 de febrero de 1.995 publicaba bajo el título "Duelo en el ciberespacio" con referencia al hecho de que un especialista había conseguido detener al pirata informático más buscado en todo el mundo.

LA INFORMÁTICA Y LA INTIMIDAD.

La informática ha alcanzado en la actualidad un nivel de trascendencia social impresionante. En el futuro muy probablemente lo será todavía mayor. Es por ello por lo que los ordenamientos jurídicos necesariamente han de intervenir. Conocidas las características de un grupo más o menos grande, de personas: sus aficiones, sus enfermedades, sus actividades profesionales, sus vicisitudes familiares y profesionales, se canalizan una serie de intervenciones, (entre ellas la publicidad), acaso, no queridas. La información, obtenidos datos muy diversos y muy sofisticados, a veces, conducen a que determinadas personas dominen no solo el mercado sino también a que tengan en sus manos la intimidad y la privacidad de muchas personas.

Transcendental se ha dicho que es la cuestión, así Adolfo Varela Cea⁶, dice que lo es porque se habla de libertades, de intimidades, (ver sus privacidad), de derechos de los usuarios y, en consecuencia, de restricciones o límites al desarrollo económico, al que contribuye de manera directa el tratamiento de datos. El valor añadido de la informática y del tratamiento automatizado de datos hace posible una acumulación de información, prácticamente ilimitada aunque dista mucho de ser neutral. En la práctica, cualquier instrumento abandona su neutralidad teórica en función de la bondad o perversidad de los usos.

- 5 Cavanillas Múgica, Santiago: "Introducción al tratamiento jurídico de la contratación por medios electrónicos" EDI. (Electronic Data Inerchance o Echange de Données Informatiques.) En AIA nº 10, enero 1994. El profesor Alvarez Cienfuegos ha publicado varios y muy interesantes trabajos sobre este tema a los que nos remitimos. Así: "La informática en el ámbito de la Administración de Justicia" Actualidad Informática Aranzadi, 4 de julio de 1.992; "Administración de Justicia y nuevas tecnologías". Actualidad Jurídica. Aranzadi, 14 de enero de 1.993. "La informatización de los archivos judiciales". Idem, 10 de noviembre de 1.994.
- 6 Vareka Cea, Adolfo. "Límites al uso de la informática en el sector privado". AIA nº13, octubre 1994.

Miguel Angel Davara⁷, al referirse a la LORTAD, (Ley Organica 5/1.992 de 29 de octubre) de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, señala que no se trata de proteger solo la intimidad como sino algo de mayor profundidad que en los ordenamientos de ámbito anglosajón se conoce como "privacy" y que nosotros hemos castellanizado como privacidad.

La contratación avanza hoy, como ya dijimos, sobre cauces informáticos⁸, a pesar de lo cual los contratos que soportan las transacciones que se efectúan no suelen tener la calidad jurídica y técnica necesarias. En este sentido, son muchos los autores que han estudiado con extraordinaria profundidad el tema, también muy importante, del intercambio telemático de datos en las contrataciones y su validez jurídica.⁹

La Ley 16/ 1.993 incorporó a nuestro Derecho la Directiva Comunitaria 91/250 CEE de 14 de mayo de 1.991 sobre la protección jurídica de los programas de ordenador, protección que ya existía, aunque fuera insuficiente, en la Ley 22/1.987 de 11 de noviembre de Propiedad Intelectual, (arts 95 a 100 que contemplan los derechos de autor sobre los programas de ordenador.¹⁰

LA INFORMÁTICA Y EL DERECHO PENAL

Son ya muchos los autores que se han referido a este tema y para no repetir ideas ya expuestas me remito como ya dije a mi estudio sobre la delincuencia informática.¹¹

Como dice el profesor Bacigalupo¹², el Derecho penal forma parte de los mecanismos sociales que tienen por finalidad obtener determinados comportamientos individuales en la vida social. Exteriormente considerado, el derecho penal procura alcanzar sus fines declarando ciertos comportamientos como indeseables y amenazando su realización con sanciones de un rigor considera-

■ 7 Davara, Miguel Angel: "La protección de datos en España" AIA nº 13, octubre 1994.

■ 8 Peso Navarro, Emilio del: "La contratación informática". AIA nº 14, enero 1995.

■ 9 Davara Rodriguez, Miguel Angel: "El intercambio telemático de datos en las contrataciones: su validez judicial". AIA nº14, enero 1995.

■ 10 Bondia Román, Fernando: "Comentario a la Ley 16/ 1.993 de 23 de diciembre de incorporación al Derecho español de la Directiva sobre la protección jurídica de los programas de ordenador" AIA nº 12, julio 1.994.

■ 11 Ruiz Vadillo, Enrique: "Tratamiento de la delincuencia informática como una de las expresiones de la criminalidad económica", citada.

■ 12 Bacigalupo Zapater, Enrique: " Principios de Derecho penal Parte General. Akal / Iure. 2ª ed.

ble: sus sanciones son las más rigurosas que se conocen en el sistema social y los comportamientos a los que estos se conectan son, -en principio- los más intolerables para el sistema social.

Pues bien, la tarea que ha de llevarse a cabo ha de consistir, primero en saber que comportamientos realizados a través del ordenador tienen la condición de indeseables, en los términos a los que acabamos de hacer referencia y, después, en determinar si los mismos están ya incorporados a la tipología jurídico penal y en caso negativo proceder a su correspondiente análisis para llevar a cabo su inclusión en el Código penal.

Y en este orden de cosas los problemas vienen a ser infinitos: no solo los correspondientes a la tipificación sino también a aquellos que afectan al régimen de penas. La profesora Alastuey Dobón¹³, se muestra contraria a un régimen penal discriminatorio, en el mismo sentido que el profesor Beristain.¹⁴ Coincido plenamente con este punto de vista y me parece peligrosísimo aceptar el contrario. La idea de rehabilitación es muy compleja. Es evidente, en mi modesta opinión, que también, acaso más estos delincuentes necesitan rehabilitación a través de las penas privativas de libertad.

La citada profesora Alastuey entiende que la delincuencia informática patrimonial puede prevenirse más fácilmente que la delincuencia clásica contra el patrimonio. En el mismo sentido Emilio del Peso.¹⁵

En definitiva, muy probablemente, como señala el profesor Romeo Casabona¹⁶, no hay un delito informático sino una pluralidad de ellos con una única nota común: su vinculación con el ordenador.

Parece, pues, preciso, como dice Gómez Peral¹⁷, la determinación de un marco jurídico que defina el ámbito de la actividad cibernética delimitando los supuestos admisibles de aquellos otros rechazables

- 13 Alastuey Dobón, Carmen: "Apuntes sobre la perspectiva criminológica de la delincuencia informática patrimonial". En *Informática y Derecho*. Director: profesor Dr. Valentín Carrascosa López. 4. III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho. Actas, vol. I UNED. Centro Regional de Extremadura. Aranzadi Editorial. Mesa 5ª Delitos informáticos, pg. 453 y ss.
- 14 Beristain Ipiña, Antonio: Eficacia de las sanciones penales frente a la delincuencia económica ". 1. 982 citado por la profesora Alastuey.
- 15 Peso, Emilio del: "Prevención versus fraude. La auditoría informática". *Informática y Derecho*, obra citada.
- 16 Romeo Casabona, Carlos M^º: " Poder informático y seguridad jurídica". Madrid 1.987.
- 17 Gómez Peral, Miguel: " Los delitos informáticos en el Derecho español". En *Informática y Derecho*, obra citada.

Nadie discute, dice Gutierrez Fránces¹⁸, que corresponde al ordenamiento jurídico en su conjunto encauzar y disciplinar esta nueva realidad sin limitar el progreso que la información comporta. Pero, precisamente, el Derecho penal, por su propia naturaleza como instrumento último de control social, está llamado a conocer, sobre todo, de la informática como factor criminógeno.

LA DELINCUENCIA INFORMÁTICA EN PARTICULAR.

Acaso, el empleo de ordenadores, como dice el profesor Morales Prats¹⁹, constituye en nuestros días la amenaza más grave para el derecho a la intimidad de las personas. La entrada en funcionamiento de complejas redes de ficheros electrónicos interconexiónados puede convertirse en un instrumento o vehículo para la comisión de acciones delictivas sofisticadas.²⁰

Ciertamente que la Informática y todo lo mucho y bueno que comporta ha de ser no sólo algo que objeto de respeto sino incluso de potenciación porque ayuda a vivir mejor a la mayoría de los ciudadanos, pero al mismo tiempo tiene que poner límites y restricciones para impedir: la invasión de la intimidad, el espionaje industrial y los ataques al patrimonio aparte de la protección del tráfico jurídico en los términos que enseguida analizaremos.

Concretando más podemos señalar las siguientes figuras:

Robo y hurto de aparatos informáticos, así como de los correspondientes programas. Se trata de bienes muebles y si existe ánimo de lucro ningún problema especial se planteara como no sea la conveniencia o no de tipificar el robo/hurto de uso.

Estafa. Cuando se utiliza el ordenador para defraudar. Tema al que nos referiremos puesto que en la actualidad el hecho entiende la mayor parte de la doctrina que es atípico.

- 18 Gutierrez Frances, Maria Luz: " La criminalidad defraudatoria por medios informáticos en el Anteproyecto de nuevo Código penal de 1. 992". En " Informática y Derecho", obra citada.
- 19 Morales Prats: " La tutela penal de la intimidad". Privacy e Informática. Ed. Destino. Colección "Nuevo Derecho " pg. 325 y " Delitos contra la intimidad" Privacy y reforma penal. Documentación jurídica pg. 576. vol. I 1.993. Ministerio de Justicia.
- 20 Gonzalez-Tablas y Sastre, Rafael: "Informática jurídica. Nociones sobre inteligencia artificial y sistemas expertos". Actualidad y Derecho nº 38, septiembre de 1.988.

Daños a los ordenadores o a los programas. Pueden dar lugar a un delito/falta de daños o a una infracción penal atiene a la competencia desleal. En este capítulo incluimos los supuestos de los llamdos virus informáticos.

Alteraciones u obstrucciones graves en le funcionamiento de un ordenador. Lo mismo.

Reproducción no autorizada de un programa informático o de una topografía, así como violación de los derechos de exclusividad sobre programas informáticos o sobre dibujos protegidos. También los supuestos de acceso o interceptación no autorizada. Afectan a los bienes jurídicos protegidos en la ley de propiedad intelectual o industrial, en ocasiones por la via penal.

Daños afectantes a los datos o programas informáticos. Generalmente incide en el delito de daños.

Falsedades a través de un ordenador. Normalmente constiuirá un delito de falsedad documental.

Espionaje informático. Que es o puede ser un atentado a la seguridad interior del Estado o a la integridad comercial o mercantil de una empresa.²¹

FALSEDADES DOCUMENTALES Y FRAUDE INFORMATICO.

Vamos a dedicar una especial atención a este específico problema por ser el que más se presenta en la práctica de los tribunales, sin que ello suponga, con toda obviedad, desconocer los restantes a los que ya hemos hecho referencia.

Sin duda, el tema, como todos, ha de resolverse tomando en consideración el principio de legalidad que, como dicen los profesores Cobo del Rosal y Vives Antón²², comporta como exigencias inmediatas las de claridad y textatividad en la determinación de las conductas prohibidas y de las sanciones aplicables. Claridad y textatividad, siguen diciendo, que son condiciones "sine qua non" de la seguridad jurídica. Pero para que pueda hablarse de seguridad jurídica es preciso, además, que se haya determinado de ante mano que conductas constituyen delitos y cuales no y que penas son aplicables en cada caso y tam-

■ 21 Corcoy Mirentxu y Joshi Ujala: "Delitos contra el patrimonio cometidos por medios informáticos". Rev. Jurídica de Cataluña nº 3. 1.988. Nos remitimos a este muy interesante estudio.

■ 22 Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón, Tomás S.: Derecho penal. Parte general. Valencia 1.987 pg. 49, 2ª Ed.

bién resulta indispensable que esa determinación la lleve a cabo el legislador, pues de lo contrario los ciudadanos quedan a merced de los Jueces y del Gobierno, (cfr. art. 25 de la CE).

A mi juicio, el principio de legalidad, esencia y base de un Estado de Derecho, (sobre todo como límite hacia arriba) debe situarse en términos tales que su existencia impida la descripción equívoca, defectuosa, ininteligible de conductas constitutivas de infracciones penales. Ello, obviamente, no significa que el legislador haya de individualizar hasta términos de minuciosidad la descripción de estas conductas, ni tampoco que no sea aceptable, aunque con las correspondientes reservas, la utilización de las leyes penales en blanco, (cuando ello es inevitable) e incluso, en supuestos muy excepcionales, la utilización de la analogía, como enseguida veremos.

Como acabamos de indicar es cierto que el uso de las llamadas leyes penales en blanco no debe generalizarse y que la analogía está, en principio, proscribida en el Derecho penal, pero a mi modesto entender, lo verdaderamente importante es profundizar en los principios y en los ideales que perseguimos todos de acuerdo con la Constitución. (art. 1.1) para superar aparentes obstáculos que a mi juicio, no deben serlo. Por ejemplo, con todo el respeto que me merecen las opiniones de los demás, imprescindibles siempre en la búsqueda de la verdad y para realizar la justicia, nunca me ofreció duda que quien altera el sistema en que se basa una tarjeta electrónica que permite la introducción en una determinada habitación de un hotel, utiliza una llave falsa, de acuerdo con el art. 510.3 del CP en relación con el art. 509 del mismo texto punitivo y comete por consiguiente un delito de robo con arreglo al art. 504. 4ª: Uso de llaves falsas..., porque lo esencial es la burla del mecanismo que el propietario o titular de las cosas, muebles o inmuebles, ha opuesto para que no pueda acceder a ellas más que el mismo o quienes él autorice, y no un tercero y porque es evidente que la definición del Código permite, sin distorsionar ningún principio, antes bien reafirmando, su inclusión, teniendo en cuenta que en el momento en que el Código penal se redacta ni las mentes más imaginativas podían pensar en este tipo de llaves.

Pues bien, salvando las distancias, y en este orden de cosas, hay que preguntarse que haya de entenderse por documento, a los efectos penales correspondientes a su falsificación por alguno de los caminos establecidos en la legislación penal.

Dice el profesor Muñoz Conde²³ que en un sentido amplio documento es toda materialización de un pensamiento. En este sentido, documento es todo

■ 23 Muñoz Conde, Francisco: "Derecho penal. Parte especial". 9ª edición. pg. 542. Tirant lo blanch. Valencia.

objeto que sea capaz de recoger una declaración de voluntad o un pensamiento atribuible a una persona y destinado a entrar en el tráfico jurídico. En síntesis, entiende que estas son las notas o características de todas las clases de documentos que se incluyen en el Código penal: 1) Por documento se entiende solo el documento escrito. Esto es, la incorporación de un pensamiento por signos escritos, bien usuales, bien convencionales. Es indiferente la materia en que esten fijados los signos escritos: puede ser un papel, una madera, un trozo de tela, una piedra, una pared, etc. El objeto en que se fija el texto escrito ha de ser, sin embargo, idóneo para ser conservado durante cierto tiempo; no son por tanto, documentos los signos escritos en la nieve o en la arena. 2) Es preciso que pueda atribuirse a una persona, aunque no es necesaria su firma. 3) El documento ha de estar destinado a entrar en el tráfico jurídico.

Sobre estos aspectos se me ocurren estas preguntas, entre otras: ¿que sucederá si lo que se escribe en la arena o en la nieve, se fotografía y se obtiene así un carácter de permanencia de lo escrito?. Por otra parte, la destinación al tráfico jurídico de un documento puede producirse "ab initio" o con posterioridad.

Los profesores Rodríguez Devesa/Serrano Gómez²⁴, definen el documento como el escrito en el que se da cuerpo a un contenido de pensamiento destinado a entrar en el tráfico jurídico. Como ya indiqué, a mi juicio, la entrada o no en el tráfico jurídico es un plus que se puede o no dar. Por ejemplo en la carta de amor que una persona dirige a otra puede contenerse un testamento ológrafo, pero tal vez quien la escribe no lo hace con esta finalidad específica.

Respecto al bien jurídico estos autores citan las opiniones de Liszt y Binding. Para von Liszt son múltiples los bienes jurídicos que pueden ser lesionados o puestos en peligro y no hay otro elemento común que el medio por el que se realiza el ataque. Para Binding el bien jurídico protegido es la pureza de la conducción de la prueba condicionada por la legitimidad y veracidad de los medios probatorios. Direcciones intermedias son aquellas que hablan de un ataque a la discutida "publica fides", (escritores italianos) o contra la seguridad y autenticidad del tráfico jurídico, (Frank). Esta última, dicen, parece la más aceptable, incluso en nuestro Código.

El profesor Orts²⁵, afirma: se puede decir que es mayoritaria la opinión que considera documentos únicamente a cuerpos escritos. Sin embargo, las

■ 24 Rodríguez Devesa, José María y Serrano Gómez, Alfonso: Derecho Penal Español. Parte Especial, 17ª edición. Dykinson. Madrid 1.994.

■ 25 Orts, Enrique: "Derecho Penal. Parte Especial. Obra colectiva de T.S. Vives Antón y otros. Tirant lo blanch. Valencia, pg. 221 y ss.

razones que avalan esta caracterización del documento, siendo solidas no parecen definitivas. Ciertamente, cuando se redactó el actual art. 302 CP era difícil concebir los documentos de modo distinto, (v. Pacheco y Groizard) e, incluso, ahora lo más usual es relacionarlos con instrumentos escritos y que sean estos en los que se plasmen, más con el transcurso del tiempo han ido apareciendo objetos, resultado de nuevas técnicas susceptibles de registrar manifestaciones de voluntad, acontecimientos, etc, de incidir en las relaciones jurídicas y por ende, aspirantes a una aconsejables protección penal. Piensese en cintas magnetofónicas, de video, películas cinematográficas, etc, no en si mismo consideradas, sino como medios de prueba, que, en ocasiones, han merecido ante los tribunales de justicia la consideración de documentos.

LA JURISPRUDENCIA.

Vamos a continuación a recoger dos sentencias del Tribunal Supremo que nos parecen especialmente relevantes.

STS 19 de abril de 1.991, (ref. Aranzadi 2.813. ponente Sr. Soto Nieto): Se declara probado que en fechas no determinadas, anteriores a 1.985, José, siendo empleado de una Sucursal urbana de una Entidad bancaria con la categoría de apoderado, manipulando las cuentas corrientes de diversos clientes, haciendo apuntes inexistentes por vía del ordenador, consiguió incorporar a su peculio las cantidades que se señalan hasta un total de 3.933.312 pesetas, perjuicio sufrido por el Banco que tuvo que reintegrar las cantidades correspondientes, más algunos intereses.

La Audiencia Provincial condenó a José como autor de un delito continuado de falsedad en documento mercantil a la pena de un año de prisión menor y 40.000 pesetas de multa y como autor de un delito continuado de estafa, con la agravante específica de especial gravedad por la cuantía de lo defraudado, a la pena de cinco meses de arresto mayor.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso y dicta segunda sentencia en la condena al procesado como autor de un delito continuado de falsedad en documento mercantil a la pena de un año de prisión menor y 40.000 pesetas de multa,(deja por consiguiente igual esta primera pena) y como autor de un delito continuado de apropiación indebida con la citada agravante, a la pena de cinco meses de arresto mayor, (modifica pues la calificación, no la pena).

En los Fundamentos de Derecho se contiene la siguiente doctrina: Se denuncia que no hubo estafa sino apropiación indebida. Para la consumación del delito de estafa del art. 528 CP se precisa como elemento básico configurador, un engaño precedente o concurrente, espina dorsal, factor nuclear, alma y sustancia de la estafa antes traducido en alguno de los ardides o artificios incorporados al listado de que el Código hace mención y hoy concebido con criterio de laxitud sin recurrir a enunciados ejemplificativos, dada la ilimitada variedad de supuestos que la vida real nos ofrece, fruto del ingenio falaz y manipulador de los que tratan de aprovecharse del patrimonio ajeno. Dicho engaño ha de ser bastante, es decir suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifiesta, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del transpaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a modalidades objetivas como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias del caso concreto. Tal engaño ha de mostrarse como originador o productor de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad por causa de la falacia, mendacidad, fabulación o artificio que le antecede. (Cfr SS 17 febrero, 9 y 27 de mayo y 24 de octubre de 1. 988, 29 de marzo y 6 de abril de 1.990). Como consecuencia de la insidiosa o mendaz actividad del agente se provoca una situación de error esencial, juicio falso, determinante del acto de disposición patrimonial por el sujeto pasivo en íntimo nexo causal con la fingidora maquinación precedente.....

A la vista de ello, mal puede concluirse la perpetración del delito de estafa por parte del procesado, al impedirlo la concepción legal y jurisprudencial del engaño, ardid que se produce e incide por y sobre personas, surgiendo en el afectado un vicio de la voluntad por mor de la alteración psicológica provocada. La "inducción" a un acto de disposición patrimonial solo es realizable frente a una persona y no frente a una máquina... Con razón se ha destacado que a las máquinas no se las puede engañar, a los ordenadores tampoco, por lo que en los casos en los que el perjuicio se produce directamente por medio del sistema informático con el que se realizan las operaciones de desplazamiento patrimonial, no se produce ni el engaño ni el error necesario para el delito de estafa. Sin engaño, elemento cardinal de la estafa no puede entenderse producida esta.

En relación con la consideración del hecho como constitutivo de un delito de apropiación indebida,- los fondos le fueron entregados al procesado para su administración-, elemento básico de este delito, se deduce que dicho proce-

sado se apropió del dinero que tenía a su alcance por razón de su condición de apoderado y en cuya administración tiene intervención directa, encaminándose los apuntes falsarios efectuados en el ordenador a justificar formalmente la disminución patrimonial de fondos derivada del hecho de la apropiación. El supuesto ha de subsumirse, pues, en el tipo penal de la apropiación indebida. El art. 535 del CP tipificador de dicha infracción remite al art. 528 en orden a las penas a imponer por los que, aún dándose lugar al motivo, variación del "titulus condemnationis", ello no supone alteración de la pena correspondiente, vigente la apreciación de la circunstancia 7ª del art. 529 CP.

Se dice también que hubo error por calificarse los hechos como constitutivos de un delito de falsedad en documentos mercantil. El concepto de documento señala la STS no puede reservarse actualmente y ceñirse con encluxividad al papel, reflejo y receptor por escrito de una declaración humana, desde el momento que nuevas técnicas han multiplicado las ofertas de soportes físicos capaces de corporeizar y dotar de perpetuación al pensamiento y a la declaración de voluntad: una grabación de video o cinematográfica, un disco o una cinta magnetofónica, los disquetes informáticos, portadores de manifestaciones y acreditamientos con vocación probatoria, pueden ser susceptibles de manipulaciones falsarias al igual que el documento escrito. Una inspiración ampliatoria late en el art. 506 CP al aludir diferencialmente a "papeles o documentos".

En el propio campo de la Administración pública se extiende el uso de nuevas técnicas de llevanza de los Registros. Se impone un concepto material de documento en racional y fundada homologación de los más adelantados y funcionales medios con los sistemas tradicionales imperantes hasta ahora.

Algunos delitos tipificados en el Código sustantivo admiten hoy, su realización con instrumentos diferentes de los naturalmente concebibles al tiempo de su configuración legal, tales como los medios informáticos de generalizada e irreversible utilización, desplazando implacablemente los procedimientos manuales alternativos hasta el extremo y con tal intensidad que difícilmente podrían sobrevivir muchas empresas sin el auxilio de la técnica informática. Esta viene apoyada sobre tres conceptos o manifestaciones que la configuran: grandes ordenadores que albergan considerable información en forma de base de datos, usuarios dispersos que a través de las redes de comunicaciones, acceden a aquella y ordenadores individuales que siguen trabajando y alimentando el ordenador central como terminales del mismo. Es en estos terminales donde pueden llevarse a efecto manipulaciones alteradoras de la verdad real introduciendo movimientos falsos en todo o en parte o eliminando transacciones verdaderas que debieron ser introducidas, todo con correlativo reflejo e incorpora-

ción al soporte material magnético instalado en el ordenador central. Los tradicionales instrumentos de contabilidad han sido transpasados a enunciados mecánicos informáticos y en última sede, al disco o soporte corporeo asentado en el ordenador central, obteniendo sus datos inmediata traducción legible en pantalla, o se resuelven, merced a su instantánea impresión en reproducción escrita en papel.

Admitida la condición de documento de la cinta o disco magnético acumulador o estabilizador de datos, con adecuada perdurabilidad, deviene correcta la calificación de la sentencia. El hecho de que el delito esté ligado a la informática no hace cambiar el carácter de infracción criminal. La condición de mercantil de los documentos contemplados no puede ponerse en duda, atendida la noción jurisprudencial de los documentos mercantiles como aquellos que reflejan una operación de comercio, un acto o derecho de naturaleza mercantil, o que tengan validez o eficacia para demostrar la realización o vigencia de las mismas, o se erijan en instrumento para la cancelación de obligaciones de tal carácter mercantil. (cfr, entre otras las SS de 22 de febrero de 1.987 y 15 de noviembre de 1. 988. (fin de la sentencia)).

La STS de 31 de mayo de 1.991, (Ref, Aranzadi 4.022; ponente Sr. Bacigalupo Zapater) se refiere a la naturaleza de los documentos objeto de la falsificación, sobre si tienen o no el carácter de mercantiles, a los efectos del art. 303 CP sosteniendo la Defensa en apoyo de su tesis que se trata de recibos sin firmar, manuscritos, de carácter informal y de naturaleza privada y confidencial cuyo objetivo era únicamente de índole informativa y particular, (preguntamos ¿ entrarían aquí las anotaciones informáticas?). La sentencia dice que estos listados son documento pero no documento mercantil. Precisamente, la mención de las letras de cambio en el texto legal demuestra que los otros documentos mercantiles alcanzados por la clausura de asimilación contenida en el art. 303 CP deben ser equivalentes a esta. Tal equivalencia, por otra parte, no se puede establecer sobre la base de la simple utilización en el comercio pues ello daría lugar en la práctica a que todo documento de naturaleza privada fuera equiparado a un documento público u oficial, dado que en la actualidad gran parte de esta documentación opera en el comercio. Una aplicación del tipo penal de esta magnitud seria incompatible con la finalidad del legislador que, como se dijo, ha procurado proteger penalmente de una manera más intensa ciertos documentos que se asemejan por la credibilidad que les asignaba la ley, a los documentos oficiales.²⁶

■ 26 V. Manzanares Samaniego, José Luis y Albarca López, José Luis: "Código penal". Comentarios y jurisprudencia. Comares. Granada. Código penal comentado, Akal.

PROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1.994.

Art. 188 dentro del Título IX Delitos contra la intimidad y el domicilio, Capítulo I: Del descubrimiento y revelación de secretos: 2. Las mismas penas, (prisión de uno a cuatro años y multa de 12 a 24 meses) se impondrán al que sin estar autorizado se apoderase de datos reservados, de caracter personal o familiar de otro, registrados en ficheros, soportes informáticos o cualquier otro tipo de archivo o registro, público o privado.

Se impone la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden o revelan a terceros, (los datos antes referidos). Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de 12 a 24 meses el que con conocimiento de su ilícito origen y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior.

4. Si los hechos se realizaran por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, archivos o registros se impondrá la pena de tres a cinco años y si difundieran o relevaren los datos reservados se impondrá la pena de prisión de cuatro a seis años. (A mi juicio, como ya he manifestado en bastantes ocasiones, el abuso de confianzas y los llamados subtipos penales debieran construirse sobre normas de la parte general, y, entonces dejarían de ser tales modalidades agravadas para transformarse en delitos con circunstancias de agravación. El tema de cuando procede o no la multa es de política criminal pero en mi modesta opinión no parecen existir principios generales a los que el legislador se atenga, más bien parece que se utilizan un poco al azar.²⁷

Art. 241, (Capítulo VI, Sección 1ª De las estafas, dentro del Título XII Delitos contra el patrimonio y el orden socio-económico).

2. También se consideran reos de estafa, (pregunto ¿porque esta expresión de "reos de estafa"?), los que con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, (como se ve, se utiliza la analogia) consigan la transferencia, no consentida, de cualquier activo patrimonial, en perjuicio de tercero.

Art. 242. Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años si la cuantía de lo defraudado excediere de 50.000

■ 27 Manzanares Samaniego, José Luis. V. todos sus estudios sobre inhabilitaciones y multas, especialmente interesantes y valiosos.

pesetas. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico ocasionado al perjudicado, las relaciones de este con el defraudador y cuantas otras circunstancias sirvan para individualizar la infracción. (cfr. art. 120.3 de la CE respecto de la motivación de las sentencias).²⁸

Capítulo IX De los daños.

Art. 264. El que por imprudencia grave causare daños en cuantía superior a 50.000 pesetas en un archivo, registro, museo, biblioteca, centros docentes, gabinetes científicos, institución análoga, (¿se incluirán los Centros de Base de Datos?) serán castigados con la multa de 3 a 18 meses.

Título XV. De las falsedades.

Capítulo II. De las falsedades documentales.

Sección 1ª De la falsificación de documentos públicos, oficiales y mercantiles y de los despachos transmitidos por servicios de telecomunicación. Nos remitimos a los arts 367 y ss.

Sección 2ª De la falsificación de documentos privados. Art. 372 y ss a los que nos remitimos.

Ha desaparecido la interpretación auténtica que se daba en el Proyecto de 1.992 del documento en el art. 376: Todo papel o soporte material que exprese o incorpore dato, hechos o narraciones de inmediata o potencial relevancia jurídica o eficacia probatoria.

CONCLUSIONES.

1ª.- Respecto de la realidad social que comporta la Cibernética y que prácticamente se ha introducido en todos los espacios y resquicios de nuestras vidas, es imprescindible plantearse un problema esencial: ¿a consecuencia de su incorporación a la realidad social,(cfr. art. 3.1 del Código civil) es cierto que han aparecido comportamientos gravemente insolidarios, merecedores de reproche penal, por aplicación de los principios de justicia, igualdad y proporcionalidad y que por imperativo insoslayable del principio de legalidad resultan injustifi-

■ 28 V. art. 252. 2 del Proyecto de Código penal de 1.992.

cadamente impunes y, hasta a veces, escandalosamente asentados extramuros de los Códigos penales?.

2ª.- Es evidente que no todo cambio en las tecnologías ha de suponer una modificación de los correspondientes sistemas o subsistemas jurídicos en cualquiera de sus manifestaciones, pensemos en la navegación fluvial y marítima, en los ferrocarriles, en la aviación etc, también en el fluido eléctrico... Solo habrá lugar a determinadas alteraciones cuando ello resulte obligado.

En mi modesto entender, no es aceptado que situaciones que tienen ya cabida en los correspondientes ordenamientos jurídicos puedan dar lugar a la aparición de nuevos sistemas jurídicos. Ello, acaso, supondría una falta de tino en la descripción de las conductas o comportamientos. Por ejemplo, los llamados conductores suicidas. Quién con los ojos vendados conduce un vehículo de motor, si produce una muerte actúa con dolo eventual y comete un delito de homicidio del art. 407 del CP.

La certeza y con ella la continuidad de las normas jurídicas es un dato positivamente bueno.

3ª.- El análisis de la aparición de la informática ha de hacerse desde la perspectiva del Derecho penal en función de tres distintos niveles: a) la protección de la intimidad que puede verse atacada por la presencia de sistemas de acumulación de datos personales o familiares. b) la protección de los sistemas mismos informáticos, analizando si procede o no la sanción del robo/hurto de uso de los ordenadores. c) la protección de determinados bienes jurídicos que pueden quedar ayunos de la misma. Así, las falsedades producidas en los ordenadores y el llamado fraude informático, sin olvidar los problemas de los también llamados "virus" informáticos.

4ª.- Paralelamente, hay que examinar si estos problemas inciden o no en un tratamiento nuevo, desde el punto de vista de la responsabilidad civil subsidiaria, (art. 22 CP).

5ª.- Probablemente, los temas más importantes surjan alrededor a) de las falsedades documentales debiéndose estimar, a mi juicio, que los soportes informáticos constituyen documentos o, si no es así, la ley debe decirlo expresamente y b) de los fraudes informáticos porque con la definición del art. 528 actual, la estafa a través de un ordenador es un hecho atípico porque el sujeto pasivo del engaño no puede ser una máquina o un ordenador.

6ª.- En efecto, respecto de la falsedad documental ha de analizarse muy cuidadosamente, como ya hemos indicado, que ha de entenderse por documento a estos efectos, (pensemos que el documento tiene y puede tener distintas significaciones en el campo del Derecho, así nos remitimos al art. 849.2 de la LECrim. a efectos del recurso de casación, por error de hecho basado en documentos que demuestren la inequívoca equivocación del juzgador en la instancia).

A mi juicio, por documento a efectos de falsedad o falsificación, es decir a efectos penales, debe entenderse cualquier entidad capaz de contener datos y exteriorizarlos, sea de la misma manera que los capta o bien llevando a cabo determinados procesos de selección como sucede con determinados programas de ordenador.

Por ello, las alteraciones: adiciones, supresiones, cambios en un disquete, en un soporte magnético, en un compactdisc, (que puede por ejemplo, contener un mensaje) son delitos de falsedad documental pública o privada, si se dan los demás requisitos exigidos por el Código penal especialmente en lo relativo al elemento subjetivo o culpabilidad.

Pensemos que seguramente no está lejos el día en que no habrá actas de juicio al estilo tradicional, sino captación en un soporte magnético de imagen y sonido de lo acontecido en dicho acto de lo que dará fe el Secretario Judicial como autenticador del mismo con lo que los recursos de apelación en el ámbito penal especialmente, alcanzarán una absolutamente nueva dimensión.

Por otra parte: ¿por qué no dar validez al testamento otorgado en estas condiciones?. Hace ya muchos años lo propuse en un trabajo sobre esta modalidad testamentaria.

Por ello, es indispensable que, si razonablemente ofrece duda la incorporación de estos comportamientos al campo penal se incluyan expresamente como hizo el Proyecto de Código penal de 1992 y no hace el de 1994.

7ª.- En orden a los fraudes informáticos, siguiendo la definición del Proyecto de 1994 proponemos esta definición: También cometen estafa, (suprimiendo la expresión "se consideran reos de estafa" que no termino de entender) los que con ánimo de lucro se valgan de cualquier tipo de manipulación informática o artificio semejante, (la apelación a la analogía, a veces, es imposible de evitarse aunque hay que procurar utilizarla lo menos posible) consigan un desplazamiento patrimonial no consentido por la persona o personas afectadas (pueden ser varias).

8ª.- A mi juicio, sería bueno que el Código penal se simplificara todo lo posible. Viene esto a cuento porque en mi opinión los tipos penales debieran figurar obviamente en la parte especial y en cambio, los que ahora se denominan subtipos penales, (que casi siempre son modalidades agravadas) se integrarían de acuerdo con la parte general: ser funcionario público, actuar con abuso de confianza, producir perturbación especial en los servicios públicos, especial gravedad, etc. o en último término en lo que podemos llamar parte general de determinadas familias de figuras delictivas.

9ª.- Ello contribuiría a la clarificación del sistema penal. En este sentido me parece que en muchas ocasiones se dan excesivas e innecesarias complicaciones, por ejemplo en sede de los llamados delitos complejos que afortunadamente desaparecen en el Proyecto.

10ª.- En todo caso es innegable que caminamos hacia sistemas de justicia más perfecta porque esta aparece como más humana, más equilibrada y más proporcional.

Es obvio y por ello no hay necesidad de recordarlo que el enjuiciamiento de todos estos comportamientos, como todos sin excepción, ha de estar sometido a los principios constitucionales con la presencia activa de todas las garantías y con plena vigencia del principio acusatorio.²⁹

■ 29 Ruiz Vadillo, Enrique: "El principio acusatorio". Desde la perspectiva de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Actualidad Editorial. Madrid 1.994.