

Jon López Gorostidi

Ciberdelincuencia: Proporcionalidad y bienes jurídicos protegidos

EDITORIAL COMARES

ESTUDIOS DE DERECHO PENAL
Y CRIMINOLOGÍA

dirigidos por

Carlos María Romeo Casabona

JON LÓPEZ GOROSTIDI

CIBERDELINCUENCIA:
PROPORCIONALIDAD Y BIENES
JURÍDICOS PROTEGIDOS

GRANADA, 2022

ESTUDIOS DE DERECHO PENAL
Y CRIMINOLOGÍA

dirigidos por

Carlos María Romeo Casabona

141

© Jon López Gorostidi

Editorial Comares

Polígono Juncaril

C/ Baza, parcela 208

18220 • Albolote (Granada)

Tlf.: 958 465 382

www.comares.com • E-mail: libreriacomares@comares.com

facebook.com/Comares • twitter.com/comareseditor • instagram.com/editorialcomares

ISBN: 978-84-1369-462-7 • Depósito Legal: Gr. 1588/2022

Fotocomposición, impresión y encuadernación: COMARES

SUMARIO

ABREVIATURAS	XI
PRÓLOGO.....	XIII
INTRODUCCIÓN	XVII

PRIMERA PARTE

LAS TENSIONES ENTRE LA CIBERDELINCUENCIA Y LAS BARRERAS DE CONTENCIÓN DEL *IUS PUNIENDI*

CAPÍTULO I

LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD, INTERVENCIÓN MÍNIMA, EXCLUSIVA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS Y LESIVIDAD Y SU IMPACTO EN EL TRATAMIENTO PENAL DE LA CIBERDELINCUENCIA

1. EL TRATAMIENTO DE LOS CIBERDELITOS A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	8
2. EL TRATAMIENTO DE LOS CIBERDELITOS A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA.....	11
3. EL TRATAMIENTO DE LOS CIBERDELITOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE EXCLUSIVA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS Y LESIVIDAD	16
4. REFLEXIONES Y ANÁLISIS CONCLUSIVO: LOS PRINCIPIOS PENALES FUNDAMENTALES ANTE LAS NUEVAS Y MÁS LESIVAS MODALIDADES DE AFECTACIÓN A BIENES JURÍDICOS TRADICIONALES	20

CAPÍTULO II

EVOLUCIÓN Y ESTADO ACTUAL DE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO ANTE LOS NUEVOS RETOS DEL DERECHO PENAL: UNA REFERENCIA PARTICULAR A SU IMPACTO EN EL TRATAMIENTO DE LA CIBERDELINCUENCIA

1. LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO EN LA DOCTRINA CONTEMPORÁNEA: NUEVAS RESPUESTAS A NUEVAS NECESIDADES	24
---	----

2.	EL ESTADO DE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO A LA LUZ DE LOS NUEVOS RETOS DEL DERECHO PENAL	32
2.1.	La incapacidad de la teoría del bien jurídico de dar una respuesta legítima completa al Derecho penal moderno	33
2.2.	Las diferentes propuestas de la doctrina alemana para completar la teoría del bien jurídico	35
2.3.	La cuestionable legitimidad de la utilización preventivo-instrumental de los delitos de peligro abstracto para la protección de bienes jurídicos colectivos en la sociedad del riesgo.	43
3.	REFLEXIONES Y ANÁLISIS CONCLUSIVO: LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO Y OTROS LÍMITES A LA REGULACIÓN DE LOS CIBERDELITOS	49

SEGUNDA PARTE

LA ADECUACIÓN DE LA RESPUESTA PENAL A LA CIBERDELINCUENCIA A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y DE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO

CAPÍTULO III

UN EXAMEN DE LA PROPORCIONALIDAD DE LA RESPUESTA PENAL A LA CIBERDELINCUENCIA ANTE SU SUPERIOR CAPACIDAD LESIVA

1.	LA FÓRMULA DEL PESO COMO HERRAMIENTA PARA LA MEDICIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD EN EL TRATAMIENTO PENAL DE LOS CIBERDELITOS.	59
2.	UN EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD DEL TRATAMIENTO DE LOS CIBERDELITOS A LA LUZ DE SU SUPERIOR CAPACIDAD LESIVA	62
2.1.	Medición de la proporcionalidad en los delitos cibereconómicos.	63
2.1.1.	<i>Estafa informática</i>	63
2.1.2.	<i>Defraudación remota de telecomunicaciones</i>	68
2.1.3.	<i>Hurto de tiempo</i>	70
2.1.4.	<i>Daños informáticos</i>	71
2.1.5.	<i>Ciberdelitos contra la propiedad intelectual e industrial</i>	75
2.1.6.	<i>Espionaje industrial</i>	79
2.1.7.	<i>Blanqueo de capitales</i>	82
2.2.	Medición de la proporcionalidad en los delitos ciberintrusivos	83
2.2.1.	<i>Ciberdelitos contra la indemnidad sexual</i>	83
2.2.2.	<i>Stalking</i>	89
2.2.3.	<i>Quebrantamiento de orden de alejamiento</i>	91
2.2.4.	<i>Descubrimiento y revelación de secretos</i>	92
2.2.5.	<i>Ciberdelitos contra el honor</i>	95
2.2.6.	<i>Ciberdelitos contra la libertad</i>	102
2.2.7.	<i>Ciberdelitos de incitación al odio</i>	106
2.3.	Medición de la proporcionalidad en los delitos de ciberterrorismo	109
3.	DIAGNÓSTICO DE PROPORCIONALIDAD EN ABSTRACTO: LOS FINES DE LA PENA EN EL TRATAMIENTO DE LA CIBERDELINCUENCIA	119
3.1.	El equilibrio entre los fines de la pena en los ciberdelitos: el caso específico de los ciberdelitos agravados por difusión	119
4.	DIAGNÓSTICO DE PROPORCIONALIDAD EN CONCRETO: LOS TRES CARACTERES DERIVADOS DEL ELEMENTO CIBERNÉTICO Y SU IMPACTO EN LA FORMA DE COMISIÓN DE LOS CIBERDELITOS	126

4.1. El elemento cibernético como medio alternativo y facilitador de la consumación del tipo	126
4.2. El elemento cibernético como medio potencialmente más lesivo en los delitos ciberreconómicos	130
4.3. El elemento cibernético como medio de difusión del contenido en los delitos ciberintrusivos y de ciberterrorismo.	132
5. REFLEXIONES Y ANÁLISIS CONCLUSIVO: LA LABOR LEGISLATIVA Y LAS HERRAMIENTAS PARA OBSERVAR EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LOS CIBERDELITOS	136

CAPÍTULO IV

LA DELINCUENCIA EN EL CIBERESPACIO: ENTRE LA DEFENSA DE LOS VALORES TRADICIONALES Y LA TUTELA DE NUEVOS BIENES JURÍDICOS

1. LA NECESARIA REGULACIÓN JURÍDICO-PENAL DEL CIBERESPACIO ANTE LAS PROPUESTAS DE PROTECCIÓN DE NUEVOS BIENES JURÍDICOS.	139
2. UNA VALORACIÓN SOBRE LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS Y PROTEGIBLES EN LOS CIBERDELITOS	150
2.1. El bien jurídico protegido en los delitos ciberreconómicos	151
2.1.1. <i>Estafa informática</i>	151
2.1.2. <i>Defraudación remota de telecomunicaciones</i>	154
2.1.3. <i>Hurto de tiempo</i>	155
2.1.4. <i>Daños informáticos</i>	156
2.1.5. <i>Ciberdelitos contra la propiedad intelectual e industrial</i>	158
2.1.6. <i>Espionaje industrial</i>	161
2.1.7. <i>Blanqueo de capitales</i>	163
2.2. El bien jurídico protegido en los delitos ciberintrusivos	164
2.2.1. <i>Ciberdelitos contra la indemnidad sexual</i>	164
2.2.2. <i>Stalking</i>	166
2.2.3. <i>Quebrantamiento de orden de alejamiento</i>	167
2.2.4. <i>Descubrimiento y revelación de secretos</i>	167
2.2.5. <i>Ciberdelitos contra el honor</i>	175
2.2.6. <i>Ciberdelitos contra la libertad</i>	176
2.2.7. <i>Ciberdelitos de incitación al odio</i>	177
2.3. El bien jurídico protegido en los delitos de ciberterrorismo	178
3. CONCLUSIONES Y TOMA DE POSTURA: SOBRE LA CONVENIENCIA DE LA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS TRADICIONALES TAMBIÉN EN EL CIBERESPACIO	179
3.1. La necesidad de tutela de nuevos bienes jurídicos en el ciberespacio: fundamentos y límites.	179
3.2. Sobre los ciberdelitos en particular	182
3.2.1. <i>El elemento cibernético como canal de acceso al bien jurídico</i>	182
3.2.2. <i>El elemento cibernético como ficción que contiene el bien jurídico</i>	187
3.3. Recapitulación	191
BIBLIOGRAFÍA	195

ABREVIATURAS

art.	Artículo
arts.	Artículos
AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
CP	Código Penal
CE	Constitución Española
JPI	Juzgado de Primera Instancia
LPI	Ley de Propiedad Intelectual
op. cit.	Opus citatum
p.	Página
pp.	Páginas
StGB	Strafgesetzbuch o Código Penal alemán
TIC	Tecnologías de la Información y la Comunicación
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TC	Tribunal Constitucional
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TS	Tribunal Supremo
<i>vid. infra</i>	<i>Vide infra</i>
<i>vid.</i>	<i>Vide</i>

PRÓLOGO

La obra que el lector tiene entre sus manos «Ciberdelincuencia: Proporcionalidad y bienes jurídicos protegidos» es el resultado de un meticuloso proceso de síntesis de la extensa investigación doctoral que emprendió el Dr. Jon LÓPEZ GOROSTIDI en, su *alma mater*, la Universidad de Deusto. Por nuestra parte, cabe señalar que, quienes suscribimos el presente Prólogo nos encontramos vinculados al Dr. LÓPEZ GOROSTIDI, entre otras razones, por haber intervenido —de distinta manera— en el proceso de investigación que llevó al autor de esta monografía a obtener el grado académico de Doctor en Derecho, tanto con Mención Internacional, como con la calificación de Sobresaliente *Cum Laude*: EJ ARMAZA ARMAZA en condición de Director de la Tesis y CM ROMEO CASABONA en calidad de Presidente del Tribunal que la evaluó*. Ahora bien, resulta pertinente realizar algunas anotaciones, tanto sobre el contenido de este trabajo, como sobre el contexto en el que se ha desarrollado el estudio que hoy prologamos.

En cuando al contenido de esta monografía, es oportuno destacar que el autor agrupa los cuatro capítulos de los que se compone, en dos grandes apartados en los que desarrolla, en primer lugar, un análisis de los aspectos más cercanos a la Parte General del Derecho Penal, para terminar con la aplicación de las indicaciones concluidas a una serie de figuras delictivas que, de modo particular, podríamos incluir dentro de la categoría de «ciberdelito». De esta forma, en la primera parte de la obra, el autor identifica y presenta las tensiones que una forma de criminalidad novedosa y diferente a la tradicional, como es la ciberdelincuencia, puede generar en los principios y elementos fundamentales del Derecho Penal, centrándose, de manera concreta, en el estudio de algunas de las más importantes barreras de contención del *ius puniendi*, así como en la

* Acompañaron al Prof. Dr. Carlos María ROMEO CASABONA, en calidad de Vocales del Tribunal, la Prof. Dra. Demelsa BENITO SÁNCHEZ (Profesora Encargada Doctora de Derecho Penal de la Universidad de Deusto) y el Prof. Dr. Ivó COCA VILA (Investigador Senior del *Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law*).

espinosa cuestión vinculada con la posibilidad de repensar o reinterpretar en alcance de las mismas a la luz de las nuevas características criminológicas que presentan los delitos cometidos en la red. Así las cosas, parece razonable pensar que este análisis, sin duda interesante y que se aborda en profundidad en esta obra, requiere ser llevado a cabo periódicamente en vista del vertiginoso avance que, de manera incesable, experimentan nuestras sociedades (lo contrario nos llevaría, como es lógico, hacia la construcción de un sistema penal, alejado de la realidad, y que no se aproximaría, del modo más eficaz posible, al cumplimiento de sus fines). Por su parte, en la Segunda Parte, encontramos la aplicación de las preceptivas comprobaciones que sugiere la primera parte de la monografía. Si el primer examen referente a las tensiones era importante, este lo es más aún, porque el autor no termina su estudio en los planteamientos teóricos que presenta, sino que da una respuesta lo más completa y argumentada posible por medio del estudio de casos concretos referentes a las figuras típicas en particular. Así las cosas, son dos los principales postulados que utiliza el autor para llevar a cabo este estudio: el principio de proporcionalidad y la teoría del bien jurídico. Todo ello, resulta en un trabajo que combina la Parte General y la Parte Especial del Derecho Penal y que acierta en ser una revisión integral del estado actual de la ciberdelincuencia.

Si trasladamos este análisis preliminar a los capítulos en particular, encontramos, en el primero de ellos, una revisión de los principios de proporcionalidad, intervención mínima, exclusiva protección de bienes jurídicos y lesividad a la luz de la ciberdelincuencia —o, lo que es lo mismo, una reflexión sobre la medida en la que tales postulados fundamentales pueden verse tensionados por los caracteres diferenciadores que presentan estos ilícitos—. Como es lógico, en toda previsión legislativa en el ámbito penal deben tenerse presentes, por supuesto, los principios de intervención mínima, exclusiva protección de bienes jurídicos y lesividad; no obstante, es particularmente importante el análisis preliminar que se lleva a cabo, en este capítulo, sobre la vigencia y los posibles problemas que el autor adelanta en relación con el respeto al principio de proporcionalidad penal. De hecho, acierta en dibujar estos planteamientos, tanto en abstracto —como examen de la tarea del legislador a la hora de determinar la consecuencia jurídica aparejada a un supuesto de hecho concreto— como en concreto —en el momento de la individualización judicial de la pena—. En este sentido, a pesar de que ya somos testigos de ello, es probable que aún no seamos del todo conscientes de la magnitud e importancia que pueden llegar a copar los ciberdelitos en el plano delictivo a nivel global y, por tanto, de la necesidad de analizar si las consecuencias jurídicas previstas para las figuras típicas resultan o no proporcionadas al nivel de lesividad que puede llegar a alcanzar el ciberdelito. A continuación, el segundo capítulo complementa el análisis teórico llevado a cabo por el primero, por medio de un estudio centrado en la teoría del bien jurídico, como postulado en el que se fundamenta la protección de los intereses vitales fundamentales del individuo y de la comunidad. En particular, se centra en una revisión de la evolución y, en mayor medida, del estado actual de la dogmática penal construida en torno a dicho concepto, así como en los problemas que presenta a la hora de justificar la previsión penal, no solo de la ciberdelincuencia, sino también de otras formas de

criminalidad —como la económica—. Así las cosas, resulta particularmente interesante el estudio doctrinal que se presenta este apartado —enriquecido con el análisis de la más reciente doctrina alemana— pues permite al Dr. LÓPEZ GOROSTIDI presentar una detallada fotografía de las propuestas más actuales sobre la materia. Finalmente, el autor concluye con una enumeración y explicación de las limitaciones que presenta la regulación actual y posterior desarrollo de los ciberdelitos, siendo estas unas líneas más que útiles para cualquier intento de reforma legislativa que, a futuro, se pretenda abordar.

En el tercer capítulo de la monografía, que corresponde ya a la Segunda Parte, se aterrizan los planteamientos llevados a cabo en los apartados anteriores, precisamente, en los casos concretos que se corresponden con algunas figuras delictivas en particular. Este capítulo, como no podría ser de otra forma, se centra en la valoración del tema objeto de estudio a la luz del principio de proporcionalidad y ofrece una respuesta a la pregunta de si la respuesta que el ordenamiento jurídico-penal español otorga a la ciberdelincuencia es proporcional a la superior capacidad lesiva que esta presenta. El gran valor de esta tarea, ahora bien, reside en el hecho de que el Dr. LÓPEZ GOROSTIDI emprende un exhaustivo análisis jurisprudencial para comprobar que esto ocurre en cada una de las figuras típicas y que es posible dar una respuesta positiva a la pregunta. Así, el capítulo se convierte en una guía de gran valor para el estudio y análisis de cada uno de los ciberdelitos y del recorrido de cada uno de ellos en sede judicial a lo largo de los últimos años. Por último, el cuarto capítulo propone una nueva respuesta a otra gran interrogante, estrechamente relacionada con el análisis de la teoría del bien jurídico llevado a cabo previamente: ¿es necesaria la protección de bienes jurídicos cibernéticos en el ciberespacio? Para ello, se aborda un análisis de las corrientes doctrinales más relevantes para, de nuevo, por cada uno de los ciberdelitos objeto de estudio en el trabajo, poder afirmar cuál es el valor protegido y terminar ofreciendo una respuesta completa a este interrogante, en observancia de principios penales fundamentales como el de exclusiva protección de bienes jurídicos y lesividad.

En otro orden de cosas, y también con el objeto de terminar esta presentación resaltando algunos aspectos de particular importancia en torno al contexto en el que se ha desarrollado el estudio que hoy prologamos, procede señalar que el Dr. LÓPEZ GOROSTIDI ha desplegado una intensa actividad universitaria a lo largo de los últimos años. Así, en el plano estrictamente académico, ha realizado una fructífera estancia de investigación en la Universidad de Friburgo —bajo la tutela del Profesor Michael PAWLIK— lo cual le ha permitido, también, visitar el *Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law*, ha publicado varios trabajos de investigación en reconocidos medios de difusión científica, impartido ponencias en Congresos y Seminarios tanto nacionales como internacionales y participado en varios proyectos de investigación. A ello se suman las labores docentes y de gestión que le han sido confiadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto: En efecto, a lo largo de los últimos años ha impartido las asignaturas «Teoría del delito y de sus consecuencias jurídicas» y «Sistema de fuentes y derechos constitucionales» y ha asumido, entre otras, las responsabilidades de Coordinación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto en su Campus de Donostia-San

Sebastián —lo cual ha llevado a que sea nombrado, recientemente, Vicesecretario de Facultad de Derecho— así como las de Coordinación, tanto del programa de prácticas extracurriculares, como de los programas de movilidad internacional en dicho Campus. Terminamos deseando, por supuesto, que sus investigaciones sobre las nuevas tecnologías y la inteligencia artificial le hayan permitido conocer una apropiada estrategia para la optimización del tiempo y automatización de algunas tareas pues, sin ningún género de duda, su buen hacer, compromiso con la vida universitaria e inagotable inquietud científica le llevarán a estar siempre presente allí donde la *Academia* le necesite. Ojalá que el destino nos siga dando la oportunidad de recorrer ese camino juntos.

En Bilbao, diciembre de 2022

CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA
Catedrático Emérito de Derecho Penal
Universidad del País Vasco UPV/EHU

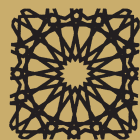
EMILIO JOSÉ ARMAZA ARMAZA
Investigador Ramón y Cajal
Profesor de Derecho Penal
Universidad de Deusto

colección

ESTUDIOS DE DERECHO PENAL Y CRIMONOLOGÍA

Director: CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA

- 129 AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN DERECHO PENAL INTERNACIONAL
Odriozola-Gurrutxaga, Miren
- 130 CORRUPCIÓN Y FRAUDES A CONSUMIDORES
Puente Aba, Luz María (dir.)
- 131 LA PROTECCIÓN PENAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN
LA ERA DIGITAL
Tirado Estrada, Jesús
- 132 DE ROMA A ROMA. UN ENSAYO DE SISTEMATIZACIÓN DE LOS
CRÍMENES DE LESA MAJESTAD, NACIÓN Y HUMANIDAD
Pérez Caballero, Jesús
- 133 LA PROYECCIÓN DE LA CORRUPCION EN EL ÁMBITO PENAL
Puente Aba, Luz María (dir.)
- 134 LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN
EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL
Pérez Machío, Ana Isabel
- 135 TRANSFORMAR LA PRISIÓN DESDE LA ESTRUCTURA
Fernández Abad, Carlos
- 136 MEDIO SIGLO DE DERECHO PENAL EN ESPAÑA
Sánchez-Ostiz, Pablo (dir.)
- 137 LA NECESARIA REFORMA PENITENCIARIA
Mata Martín, Ricardo M. (dir.)
- 138 ASPECTOS BÁSICOS DEL DELITO DE BLANQUEO DE DINERO
González Uriel, Daniel
- 139 GANANCIAS ILÍCITAS Y DERECHO PENAL
Puente Aba, Luz M.^a (dir.)
- 140 LAS PRISIONES ESPAÑOLAS DURANTE LA TRANSICIÓN
Mata y Martín, Ricardo M. (dir.); Andrés Laso, Antonio (Coord.)



COMARES
editorial

ISBN 978-84-1369-462-7



9 788413 694627