

# Aspectos procesales en relación con la investigación de delitos informáticos

JOSÉ M. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ

Presidente de la Sala Contenciosa-Administrativa de la Audiencia Nacional

27

## 1. INFORMÁTICA Y DERECHO PENAL. LOS DELITOS RELATIVOS A LA INFORMÁTICA

El examen de las conductas ilícitas cometidas mediante o con motivo de los sistemas informáticos plantea a los juristas unos problemas básicos que, según mi opinión, se deben analizar de forma prioritaria en la regulación actual de los códigos y las leyes penales.

Efectivamente, el derecho como fenómeno contingente, definido en el tiempo y en el espacio, se nos presenta hasta un cierto punto como un fenómeno socio-cultural. La aparición y la difusión de las nuevas tecnologías en la convivencia diaria de los ciudadanos hace que, muchas veces, los conceptos jurídicos tradicionales sean poco idóneos para interpretar las nuevas realidades. Así, el jurista tradicional —formado con esquemas conceptuales no informáticos— tiene verdaderas dificultades para adaptar la ley y la jurisprudencia a los cambios tecnológicos.

Los medios informáticos como instrumentos para la comisión de un delito, así como la tecnología informática y sus programas como bienes jurídicos que el derecho debe proteger, son difíciles de situar en las categorías jurídicas tradicionales.

El ilustre jurista francés René Savatier, en su obra *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, interpreta el derecho como una obra que exige un esfuerzo constante y prolongado. Actualmente, ante una civilización que se transforma, las personas sienten la necesidad de un derecho que no sea ineficaz ni enloquecido, de un derecho que —a pesar de los cambios sociales— refleje lo que tienen las personas de permanente e intangible.

De hecho, pocas épocas de nuestra historia han soportado una disociación tan radical entre los avances tecnológicos y su proyección consiguiente sobre la convivencia social, por un lado, y los conceptos jurídicos destinados a regularlos, por otro. A continuación pongo algunos ejemplos.

Mientras que en la vida diaria de nuestras ciudades más del 50 % de las tran-

sacciones económicas y comerciales se llevan a cabo por medios electrónicos, nuestros códigos civiles desconocen la figura del negocio jurídico hecho con medios informáticos como fuente de las obligaciones.

Mientras que el dogmatismo tradicional ha elaborado durante siglos —especialmente en Alemania (autores como Ihering, Wincheid y Savigny)— el concepto de acto jurídico y las consecuencias que de éste se derivan para las personas, los juristas modernos tienen serias dificultades para delimitar los efectos de una voluntad consciente y libre proyectada sobre un programa informático.

Asimismo, la definición del dinero como bien fungible se entiende cuando se opera con los sistemas de cambio tradicionales. No obstante, cuando las transacciones económicas se hacen mediante sistemas electrónicos, estas operaciones ya no son fácilmente identificables según el concepto de bienes o cosas.

La propia idea de documento, tradicionalmente unida a un soporte físico como el papel o el cartón, es difícil de aplicar a los discos magnéticos y ópticos en los que cada día más intensamente se almacenan los conocimientos humanos.

Según Frosini, el derecho informático aparece como una nueva especie de la experiencia jurídica, la informática nos ofrece nuevas formas de tratar el fenómeno jurídico. El lenguaje electrónico facilita las comunicaciones, el almacenamiento de datos y la realización en masa de negocios jurídicos.

En el ámbito estricto del derecho penal, el dogma tradicional definía con bastante claridad la naturaleza y los efectos de un documento falso. Hoy en día, no hay unanimidad sobre la calificación jurídica que merece el uso ilegítimo de las tarjetas magnéticas por parte de personas que no están autorizadas para ello.

Los juristas en general, y los jueces, los fiscales y los funcionarios de los cuerpos de policía en particular, tienen que hacer un gran esfuerzo para adaptarse a estas nuevas realidades.

Los medios informáticos y los sistemas electrónicos de almacenamiento y circulación de datos son instrumentos idóneos para la comisión de delitos; pero, al mismo tiempo, son bienes jurídicos —muchas veces de un alto valor económico—, que reclaman la protección del derecho. La informática asociada a la persona y a sus derechos, tanto personales como patrimoniales, se nos manifiesta como un medio delictivo de primera magnitud.

Ante esta situación nos podemos preguntar: ¿cuál ha de ser la actitud del jurista?, ¿cómo deben responder los poderes públicos? Estas preguntas no tienen una respuesta fácil pero, según mi opinión, no es válida la conclusión de algunos autores que aplican el mejor de sus esfuerzos a intentar demostrar la imposibilidad de incluir las nuevas figuras delictivas en los tipos penales clásicos.

Es más recomendable, por ejemplo, la actitud metodológica de Sócrates, el cual, al preguntarse sobre las nuevas realidades que le rodean, acepta la propia ignorancia como medio seguro para acercarse a un conocimiento nuevo y profundo de las cosas.

El Código penal de 23 de noviembre de 1995 ha introducido en nuestro ordenamiento algunas figuras delictivas que prevén estas nuevas realidades.

## 2. EL FRAUDE INFORMÁTICO

### 2.1 La dimensión civil

El dogma jurídico clásico, a la hora de valorar las consecuencias de las conductas ilícitas cometidas por dolo o culpa, diferencia entre los comportamientos antijurídicos civiles y los penales. La ilicitud civil, no supeditada al rigor de la tipicidad penal, conduce la mayoría de las veces a la indemnización de los daños y perjuicios causados. En cambio, el derecho moderno considera los comportamientos ilícitos que se incluyen en el catálogo de los delitos y las faltas penales como conductas graves para la convivencia social, cuya definición legal previa constituye una de las garantías del Estado de derecho.

Los principios de legalidad y tipicidad de los delitos han alcanzado un rango constitucional en todos los ordenamientos europeos. La Constitución española de 1978 lo reconoce en el artículo 25 y el propio Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, también lo proclama en el artículo 7.

Esta diferencia conceptual entre la ilicitud civil y la penal, que ya tiene carta de naturaleza en los derechos europeos respecto a las conductas tradicionales, también se debe aplicar a los actos humanos con transcendencia jurídica, elaborados por medios informáticos y electrónicos en general.

Con esto quiero insistir en que no todo acto fraudulento o culposo cometido con la ayuda de sistemas informáticos debe tener consecuencias penales. En este sentido, las transferencias electrónicas de fondos entre entidades bancarias originan, la mayoría de los casos, acciones de responsabilidad civil que se traducen en la indemnización de daños y perjuicios.

Así, la Electronic Fund Transfer Act, aprobada en los Estados Unidos el 10 de noviembre de 1978, prevé las consecuencias del incumplimiento de una orden de transferencia (daños directos e indirectos), de los errores en la transmisión de mensajes electrónicos entre entidades bancarias, la responsabilidad por transferencias no autorizadas, etc.

Para el magistrado italiano Ettore Giannantonio, la relación jurídica derivada de la transferencia electrónica de fondos que surge entre el cliente y el banco tiene un carácter abstracto, no causal, independiente de la relación jurídica que la haya podido motivar.

La frecuente intervención de entidades bancarias de Estados diferentes en el cumplimiento de una transferencia electrónica de fondos pone de manifiesto la internacionalización de estos problemas y agrava su tratamiento jurídico penal porque, como se sabe, las leyes penales todavía se rigen por un principio prominente de territorialidad.

Siguiendo con la pura dimensión civil del problema, Mertens de Wilmars —profesor de la Universidad de Bruselas y antiguo presidente de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas—, en los trabajos que presentó en el 2º Congreso del Comité Europeo para la Lex Informatica Mercatoriaque, recuerda que la informática unida a las telecomunicaciones provocará un cambio radical en las economías de producción de servicios.

Ante el nacimiento de un mercado telemático europeo, de conformidad con el mercado único, el derecho y particularmente los juristas tendrán que conciliar —por lo que se refiere a la circulación de datos— aspectos tan diversos como el respeto a la vida privada, el acceso a los sistemas de información, los intereses generales de los Estados, los derechos de autor y su fiscalidad, es decir, todo lo que podríamos llamar estatuto jurídico europeo de los datos informatizados y su libre circulación y transmisión.

## 2.2 La dimensión penal

De acuerdo con la evolución lógica de los razonamientos que he expuesto hasta ahora, en este apartado examinaré la incidencia de los sistemas informáticos en bienes jurídicos que, por su trascendencia para la persona y la sociedad, merecen el calificativo de delitos. El profesor Losano recuerda que todos los ilícitos tradicionales se pueden cometer con un ordenador o también tener como propio objetivo un ordenador.

Las relaciones entre la informática y el delito en general nos obligan a plantearnos si esta nueva técnica de almacenamiento y comunicación de datos —en definitiva, esta nueva forma de escritura— constituye un medio comisivo específico generalizable a todo tipo de delitos.

Por otro lado, la acción delictiva cometida con medios informáticos presenta, según algunos autores, particularidades tan importantes que reclaman una tipificación singular y específica. También se destaca a menudo que el continuo avance tecnológico implica muchas dificultades para reconducir todas las modalidades comisivas a una fórmula típica cerrada.

Para ilustrar y comprender mejor la dimensión penal del fraude informático, distinguiremos una serie de supuestos, sin ánimo de agotar las hipótesis delictivas posibles:

- los delitos informáticos contra la persona y los bienes y derechos de la personalidad: intimidad personal y familiar;
- los delitos informáticos contra la seguridad jurídica: la falsificación de documentos electrónicos;
- los delitos informáticos contra la propiedad: la estafa, el hurto y la apropiación indebida; los fraudes informáticos.

## 3. LOS DELITOS INFORMÁTICOS CONTRA LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR

En muchos países europeos, en los Estados Unidos y en Canadá, hay mucha legislación en relación con la protección de la persona y los derechos fundamentales que le son inherentes contra las posibles injerencias informáticas en su intimidad.

El derecho a la privacidad de los datos personales se ha convertido en un derecho fundamental de la persona; la protección y la defensa de este derecho

ante los poderes públicos se encomiendan a instituciones especializadas. Hoy en día, un sector importante de nuestra doctrina habla —con acierto, a mi entender— del *habeas data* o derecho fundamental a la privacidad y la libertad en el conocimiento de nuestros datos personales por parte de los poderes públicos.<sup>1</sup>

La Ley francesa relativa a la informática, los ficheros y las libertades, de 6 de enero de 1978, proclama acertadamente que la informática debe estar al servicio de los ciudadanos y reconoce a todos el derecho a conocer las informaciones personales almacenadas en bancos de datos, así como su rectificación cuando sean erróneos.

En la misma línea protectora, la Ley de privacidad de los Estados Unidos (1974), la Ley de registros privados de Dinamarca (1978), la Ley austríaca (1978), la Ley de protección de datos del Reino Unido (1984), la Ley noruega (1978), la Ley de protección de datos de Hesse (1986), la Ley canadiense de acceso a los documentos de los organismos públicos y de protección de datos personales (1982), la Ley alemana de perfeccionamiento de la elaboración de datos y su protección (1990) y la Ley española de tratamiento automatizado de datos de carácter personal (29 de octubre de 1992), entre otras normas, han creado una serie de garantías en defensa de la intimidad de la persona que, en síntesis, se pueden resumir de la siguiente manera: proclamar el uso legítimo de los datos personales informatizados, exigir una autorización previa para la creación de bancos de datos personales, prohibir el uso de los datos para fines no autorizados, facilitar el derecho de rectificación de los ciudadanos, prohibir el uso de informaciones que hagan referencia a las ideas religiosas, políticas o al origen étnico, así como evitar el cruce o el traslado de datos personales de unos archivos a otros sin autorización previa.

Para la protección efectiva de estos intereses, todos los países citados disponen de unos órganos específicamente competentes en la materia. Así, la Comisión de Informática y Libertades Públicas creada por la Ley francesa, la Comisaría para la Protección de la Vida Privada canadiense, la Comisión para la Protección de la Privacidad norteamericana, el comisario federal para la Protección de Datos en Alemania, la Agencia para la Protección de Datos en España, etc.

Estos organismos son casi siempre colegiados y la mayoría son escogidos por las cámaras legislativas, lo cual a mi entender es positivo porque de esta manera se garantiza más plenamente la independencia del resto de los poderes públicos.

Aparte de una nueva dimensión de la actividad administrativa (hay que recordar que los actos de estos organismos son actos administrativos revisables por los tribunales de justicia), la protección personal de los datos implica la creación de unos tipos penales singulares que castigan las posibles infracciones a los textos legales ya comentados. En concreto, las leyes danesa, norteamericana y francesa, entre otras, prevén delitos específicos cometidos con ocasión de la creación y el uso de registros personales nominativos.

Fruto de esta cultura común en la protección de los derechos fundamentales de la persona ante las injerencias de las técnicas informáticas, el Consejo de

---

1. Ver los trabajos del profesor Pérez Luño sobre esta cuestión.

Europa aprobó el 28 de enero de 1981 un Convenio para la protección de las personas en relación con el tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Este Convenio, que sin duda ya conocen los lectores, constituye a mi entender la muestra evidente del nacimiento de una cultura informática común a todos los países europeos.

Efectivamente, constituye un compromiso definitivo para garantizar en todos los Estados europeos el respeto a los derechos fundamentales de una manera uniforme. Más recientemente, la Directiva 95/46/CE, aprobada por el Parlamento europeo el 24 de octubre de 1995, impone a los Estados miembros nuevas obligaciones en cuanto a la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales y su libre circulación.

Entre los proyectos legislativos elaborados posteriormente al Convenio europeo de 1981 cabe destacar el italiano de 1984, en el que (art. 23-29) se recogen varias figuras delictivas, como por ejemplo: crear bancos de datos personales sin autorización previa, omitir la custodia y la confidencialidad de los datos registrados, permitir la comunicación ilícita de datos personales, omitir las rectificaciones o cancelaciones de datos y violar el secreto de oficio. Para garantizar todos estos derechos, el proyecto concibe la existencia de un organismo de control presidido por un magistrado de la Corte de Casación. Más recientemente, el nuevo proyecto italiano de 21 de julio de 1992 también sanciona como delito ciertas conductas como: la recopilación y la elaboración ilícitas de datos personales, la comunicación y la difusión ilegítimas de datos personales, la omisión de medidas de seguridad en la custodia de datos personales, etc.

Por otro lado, la Ley alemana de 1990 también recoge como infracciones delictivas las siguientes: almacenar, modificar o ceder, sin autorización, datos personales protegidos por esta misma Ley (párrafo 43). También se sanciona la utilización de datos personales para finalidades distintas de las declaradas, así como algunas formas de combinación o cruce de datos personales. La pena prevista, de privación de libertad hasta un año o una multa, se puede elevar hasta dos años en el caso de que se actúe mediante un precio o con ánimo de lucro. Una singularidad de esta Ley alemana es que prevé que el hecho sólo se persigue a instancia de parte.

En cambio, la Ley española 5/1992, de protección de datos, regula varias infracciones incluidas en el ámbito del derecho administrativo sancionador (art. 42 y siguientes). Hasta que no se aprobó el nuevo Código penal no había ninguna figura delictiva que previese la lesión del artículo 18.4 de la Constitución. La intimidad personal, de la forma en que se puede vulnerar mediante la informática, debe ser protegida por el nuevo Código penal porque, a mi entender, la mera protección administrativa no es suficiente.

Como punto de reflexión, sugiero el estudio de un tema de interés: la limitación de las garantías de los derechos fundamentales de la persona en relación con los bancos de datos informáticos, por razones de seguridad nacional, para prevenir y combatir la delincuencia.

Efectivamente, en las sociedades democráticas el ordenamiento jurídico, para salvaguardar sus principios, debe buscar un equilibrio entre los derechos de la

persona y la defensa de la seguridad pública. Como base de este análisis —que a mi parecer debe permitir la libre circulación de los datos requeridos por las autoridades policiales y judiciales europeas—, se puede invocar el artículo 9 del Convenio del Consejo de Europa. En este precepto se admiten excepciones a la publicidad de los datos y al acceso de los ciudadanos a las informaciones registradas, precisamente para reprimir las infracciones penales en una sociedad democrática.

Con una finalidad meramente informativa —porque un examen detallado requeriría un trabajo específico—, cabe recordar que, de acuerdo con las previsiones del artículo 9 del Convenio europeo de 28 de enero de 1981, la Ley española establece un régimen singular —generalmente de disminución de garantías para los ciudadanos— respecto a los ficheros de las fuerzas y los cuerpos de seguridad y de las administraciones públicas.

Desde el punto de vista de las muchas y nuevas formas comisivas que introduce la generalización de la informática, podemos detenernos en algunos delitos que, si bien en su concepción clásica nacieron al margen de los sistemas informáticos, hoy en día se pueden cometer mediante sistemas informáticos, como por ejemplo el descubrimiento y la revelación de secretos.

El título X del libro II del nuevo Código penal regula los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. El artículo 197 —incluido en el capítulo I, del descubrimiento y la revelación de secretos— equipara los mensajes electrónicos al concepto de documento:

*1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, o intercepte sus telecomunicaciones (...) será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.*

*2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos (...) Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.*

*3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.*

*Será castigado (...) el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realice la conducta descrita en el párrafo anterior.*

*4. Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos (...) se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior.*

Vemos, pues, que por primera vez el Código penal equipara los ficheros y los soportes informáticos a los archivos y registros tradicionales.

En los apartados siguientes del mismo artículo 197 se concretan las circunstancias agravantes de este tipo delictivo:

5. *Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz (...)*

6. *Si los hechos se realizan con fines lucrativos (...)*

34

En el primer caso se trata de datos protegidos especialmente por la Ley 5/1992, de protección de datos, cuyo tratamiento informático requiere un consentimiento expreso de la persona afectada.

Asimismo, en los artículos siguientes se determinan las circunstancias modificadoras de este tipo:

*Art. 198. La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior (...)*

...

*Art. 200. Lo dispuesto en este capítulo será aplicable al que descubriere, revelare o cediere datos reservados de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes, salvo lo dispuesto en otros preceptos de este Código.*

*Art. 201. 1. Para proceder por los delitos previstos en este capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.*

...

*3. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal o la pena impuesta, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4º del artículo 130.*

#### **4. LOS DELITOS INFORMÁTICOS CONTRA LA SEGURIDAD JURÍDICA: LA FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS**

La incorporación de todas estas realidades al mundo del derecho plantea problemas de especial transcendencia. Así, uno de los puntos críticos es el valor jurídico que se atribuye a los actos y los negocios jurídicos incorporados a soportes informáticos (discos magnéticos y ópticos).

Los medios de prueba tradicionales reconocidos en el derecho español<sup>2</sup> y,

---

2. Art. 1.215 del Código civil, art. 47 del Código de comercio y art. 578 de la Ley de enjuiciamiento civil.

especialmente, la prueba de documentos —tradicionalmente unida al soporte papel y a la escritura incorporada— se revelan insuficientes para explicar las nuevas operaciones y los negocios llevados a cabo con medios informáticos. Hoy en día la informática invade el mundo del derecho y transforma sus pautas de conducta y sus modos operativos.

La firma tradicional, garantía de la autenticidad y el contenido del documento escrito, se está substituyendo por la criptografía, los signos y las claves informáticas que permiten asegurar la procedencia y la veracidad de un documento. El documento, en su materialidad, tal y como lo concibe nuestra legislación, no deja de tener un enorme condicionamiento sociocultural.

En todos los instrumentos probatorios hay que distinguir entre la materialidad del soporte —al que se incorpora una manifestación de voluntad o la expresión de un simple hecho— y su contenido. Por ello, podemos afirmar que el concepto de documento, tanto público como privado, que hasta ahora han recogido nuestras leyes se identifica, más que con el documento en sí, con sus manifestaciones históricas. Concretamente, con el papel y la autografía como única manifestación de la expresión simbólica.

Un ejemplo claro de este condicionamiento histórico del concepto de documento son las expresiones utilizadas por el derecho romano clásico: *epistula*, *codex*, *scriptura* y, en sentido más general, *tabula e instrumentum*.

Nuestro derecho tradicional, por influencia del romano, desconoce hasta fechas muy recientes el término de documento. Así, las Partidas utilizan exclusivamente el término *escritura*, que se define como toda carta que se hace a mano por un escribano público de Consejo, o sellada con el sello del rey (partida 3ª, título XVIII, Ley 1). En este mismo texto, al examinar los diversos tipos de escritura, los equipara al término *cartas*.

Nuestro *Diccionario de autoridades*, publicado en el 1739, desconoce la acepción jurídica de la palabra *documento*. Por influencia del derecho clásico, recoge el término *instrumento* que, en una de sus acepciones, se identifica con la escritura u otro papel que sirva para justificar alguna cosa o certificarla.

Carnelutti, cuando habla del documento (de *docere*, cualquier cosa que da a conocer un hecho) pone de relieve, sin duda por razones históricas y culturales, la sinonimia entre documento y escritura, y también entre documento y carta.

Así, se identifica el concepto estricto de un documento con sus manifestaciones materiales, como por ejemplo la carta, el papel, etc., o con los medios a través de los cuales se manifiesta, como el caso de la escritura.

Según R. Clarizia, el lenguaje electrónico cada vez tiene más reconocimiento social ante el lenguaje escrito y los negocios formales, lo que supone un contraste pronunciado entre la difusión del documento electrónico y la falta de instrumentos normativos que disciplinen su eficacia probatoria.

Asimismo, Rocco Borgini manifiesta que el documento electrónico tiene los tres requisitos fundamentales de cualquier documento en papel: la legibilidad, la inalterabilidad y el reconocimiento.

Ettore Giannantonio, cuando se pronuncia sobre el valor jurídico del documento electrónico, advierte que no es difícil prever que en un periodo de tiempo

breve toda la actividad de documentación se hará, salvo casos excepcionales, de manera automatizada, con la consecuencia de que el documento «manual», el documento redactado con la forma tradicional, se substituirá casi completamente por el documento «electrónico».

El profesor Luigi Montesano, de la Universidad de Roma, entiende que el resultado de una operación informática se puede conceptuar como prueba documental no escrita, ya que es insertable en las «representaciones mecánicas» previstas en el artículo 2.712 del Código civil italiano.

El documento se nos presenta como una materialidad a la que se incorpora una idea, una cosa, un acontecimiento, un indicio que testifica, comprueba, ofrece un testimonio de un hecho; más concretamente, es un objeto simbólico, una porción de la realidad material destinada a expresar, mediante unos signos externos, un significado específico y determinado.

Attili interpreta que se puede admitir pacíficamente que «la electrónica» sea considerada como «escritura» a todos los efectos y que, por tanto, el documento electrónico pertenece a la categoría de los documentos en sentido jurídico.

La Ley reguladora del mercado de valores, de 28 de julio de 1988, crea un mercado único e integrado mediante una interconexión informática que facilite la compensación y la liquidación inmediatas de valores. El artículo 5 permite que los valores negociables puedan representarse por medio de anotaciones en cuenta o mediante títulos tradicionales. Así se potencia la rapidez, la fiabilidad y el control de la información, lo que se convierte en un bien jurídico de primer orden en nuestra sociedad.

Los negocios jurídicos sobre valores representados por medio de anotaciones en cuenta tendrán lugar mediante transferencias contables, que comportarán la inscripción de la transmisión a favor del adquirente (art. 9), los mismos efectos que la tradición de los títulos, y en oposición a terceros.

Para la gestión de todo este nuevo mercado, la Ley prevé la constitución de una red informática, la columna vertebral de un sistema de interconexión bursátil de ámbito estatal. Este sistema lo debe administrar una sociedad llamada Servicio de Compensación y Liquidación de Valores.

En el derecho mercantil actual, el título valor —gracias a la informática— conserva e incluso refuerza las características que con el tiempo le han dotado de su fisonomía peculiar:

*Aunque a primera vista pudiera parecer que una de esas notas, la incorporación del derecho al título (la que con más énfasis suele destacar la doctrina), se ha desvanecido mediante un proceso de desmaterialización del documento, la verdad es que ocurre justamente lo contrario: lo único que ha cambiado en muchos casos es que el derecho no se incorpora a un documento en el sentido tradicional del término, un papel que recoge determinadas manifestaciones de voluntad suscritas por quien las formula, sino a otro medio o soporte de naturaleza informática, pero tan físico como el papel. No en vano la electricidad y la electrónica son disciplinas integradas en la física.*

Por otro lado, la Ley de medidas urgentes para la reforma procesal, de 30 de abril de 1992, cuando se refiere a los títulos que acompañan una ejecución, añade un número nuevo de extraordinaria importancia al artículo 1.429 de la Ley de enjuiciamiento civil; concretamente, reconoce fuerza ejecutiva a los certificados expedidos por las entidades encargadas de los registros con talla respecto de los valores representados mediante anotaciones en cuenta a los que se refiere la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, siempre que se acompañe de una copia de la escritura pública de representación de los valores o, en su caso, de la emisión.

El Real decreto 1.368/1992, de 13 de noviembre, por el que se regula la reforma del Reglamento notarial, ha previsto que el Registro General de Actos de Última Voluntad se haga con procedimientos informáticos (art. 4 del anexo de este Reglamento).

Como consecuencia, la información que los colegios notariales deben remitir periódicamente al Registro General se tiene que enviar en soportes informáticos, con la finalidad de que en su momento se dé paso al sistema de comunicación telemática (Orden del Ministerio de Justicia de 4 de diciembre de 1992).

Para desarrollar esta normativa, la Dirección General de Registros y Notariado ha aprobado mediante una resolución (Circular de 31 de marzo de 1993) las instrucciones necesarias para el envío de los partes testamentarios y los de inicio de las actas notariales de declaración de herederos *ab intestato*. Con esto, al utilizar el soporte informático, se substituye el envío tradicional de la información mediante tarjetas escritas.

Se establecen reglas para la elaboración de la información con el objeto de facilitar su tratamiento informático: el número de identificación del notario o fedatario que autoriza se configura como el elemento básico para el sistema informático; se fijan las características de los soportes magnéticos y del sistema operativo, y también se dan las instrucciones necesarias en cuanto a la forma en que se deben estructurar los datos. Todo ello es para garantizar la compatibilidad y la comunicación perfecta de los sistemas informáticos.

De acuerdo con la línea de informatización progresiva de los registros y las notarías, hay otra reforma del Reglamento notarial y el Reglamento hipotecario, originada por el Real decreto 2.537/1994, de 29 de diciembre, con el objeto de obtener cada día más coordinación entre ambas instituciones, con la evidente consecución de mayor seguridad en el tráfico inmobiliario.

El nuevo artículo 175 del Reglamento notarial impone al notario que antes de autorizar una escritura de adquisición de bienes inmuebles o de constitución de un derecho real sobre éstos, debe solicitar al registro de la propiedad correspondiente la información adecuada, para lo cual puede utilizar el telefax.

Asimismo, el nuevo artículo 249 del Reglamento citado autoriza al notario para enviar por telefax al registro de la propiedad la comunicación relativa a la autorización de escritura susceptible de ser inscrita, que dará lugar al asentamiento de presentación correspondiente.

Por otro lado, el nuevo artículo 354 del Reglamento hipotecario permite al registrador civil enviar su información respecto de la titularidad, las cargas, los

gravámenes y las limitaciones de fincas registrales, cuando lo soliciten las notarías, mediante el telefax. Llama la atención especialmente el hecho de que, de acuerdo con el modificado artículo 418 del citado Reglamento, las comunicaciones de haber autorizado las escrituras públicas, enviadas por las notarías mediante el telefax, se asentarán en el Diario.

La disposición adicional única del Real decreto que estamos comentando impone, en el plazo de un año, la obligación de informatizar el Diario en todos los registros de la propiedad del Estado español.

Por último, por lo que se refiere a los órganos judiciales, éstos pueden enviar por telefax al registro de la propiedad competente las resoluciones judiciales que puedan causar un asentamiento registral, el día de su firma o el día hábil siguiente.

Como podemos ver, los profesionales de la Administración de justicia hemos llegado tarde a esta nueva cultura informática, ya que hace muy pocos años las oficinas de los juzgados y tribunales vivían de espaldas a estos nuevos sistemas. Hoy en día, superados los interrogantes de fiabilidad, garantía, exactitud y veracidad, cuando ya todos los sectores sociales operan con estos métodos, los jueces, los abogados y los procuradores hemos de hacer un gran esfuerzo colectivo para mejorar, mediante estas técnicas, nuestro servicio a la ciudadanía.

Recientemente, como ya hemos visto, en nuestro ordenamiento jurídico privado ha habido unas reformas con una significación especial; nos referimos a la modificación de la configuración material y la organización de los registros de la propiedad: el Real decreto de 30 de marzo de 1990 modifica el Reglamento hipotecario de cara a una informatización integral de los registros de la propiedad.

En este sentido, la reforma prevé la creación de un Índice general informatizado de las fincas y los derechos inscritos, para lo cual el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad ha de enviar periódicamente en soportes magnéticos al Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria la información relativa a las transmisiones escritas (art. 398.c)). Igualmente, el artículo 418.b), que ya hemos citado, permite utilizar la telecopia o un procedimiento parecido para enviar al registro competente los datos necesarios para efectuar el asentamiento de presentación adecuado.

La transformación de los métodos operativos en los sectores público y privado ya es irreversible. La Circular 13/1992, de 26 de junio, publicada en el BOE el 11 de julio de 1992, da un paso definitivo en la consolidación del sistema nacional de compensación electrónica. Anteriormente, la Circular 1/1990, de 2 de febrero, establecía como sistema de comunicación para la liquidación del sistema general de cheques y pagarés de cuenta corriente el telefax y el fax. Pues bien, a partir de la nueva Circular, las comunicaciones entre las entidades asociadas y el servicio de liquidación del Banco de España se efectuarán ordinariamente a través de un proceso automatizado que permitirá el diálogo directo entre el Centro de Procesos del Banco de España y los centros de las entidades participantes en el Sistema Nacional de Liquidación.

De esta manera, la constatación de las liquidaciones interbancarias se incorpora totalmente a sistemas informatizados. La prueba misma del incumplimiento de una obligación derivada de una relación jurídica mercantil, concertada con los

medios tradicionales, se condiciona a la existencia de un diálogo electrónico entre una entidad bancaria asociada y el Centro de Procesos del Banco de España, donde se anotan informáticamente miles de operaciones cada día con una eficacia resolutoria plena.

Este fenómeno —que, sin duda, constituye un paso decisivo en la consolidación de los medios electrónicos de prueba— culmina con una declaración impensable ahora hace unos cuantos años: a partir de ahora, el fax y las terminales télex, el último reducto en que aparecía el papel como soporte físico de la liquidación de una obligación, sólo se podrán utilizar con carácter extraordinario cuando el Centro de Procesos de Datos del Banco de España o de alguna de las entidades asociadas no puedan usar el sistema ordinario que desde hoy ya es la comunicación electrónica.

39

Como fruto de esta progresión conceptual en el reconocimiento y la circulación de los documentos elaborados por medios electrónicos, la Circular de la Comisión Nacional de Valores, de 8 de octubre de 1992, establece un sistema de codificación de valores negociables (acciones de sociedades anónimas, obligaciones, participación en fondos de inversión, pagarés, etc.), con el objetivo de normalizar su operatividad en un mercado dominado por las transacciones electrónicas. No obstante, la Circular advierte que la asignación de estos atributos alfanuméricos no supone pronunciamiento alguno sobre la regularidad del instrumento codificado, en cuanto a su naturaleza, el mecanismo de circulación o la legalidad de su emisión.

Este sistema, que seguramente se extenderá muy de prisa a otras áreas del tráfico jurídico, especialmente a los sectores de la Administración pública, constituye un reconocimiento más del valor probatorio del documento electrónico.

Es previsible que el futuro sistema de comunicaciones entre los tribunales europeos se base en unos principios parecidos: la homologación de documentos y el establecimiento de un sistema de codificación universal que permita identificarlos, sin ningún riesgo de error, en cualquier lugar de Europa.

Con el análisis de la realidad que acabamos de describir, podemos afirmar que el proceso informático por el que se crean, modifican y extinguen relaciones jurídicas es un proceso *creíble y probable*. El jurista no puede desconocer la realidad social —en palabras del profesor Hernández Gil—; el derecho, como el lenguaje, es un producto de la cultura y un sistema de comunicación entre los seres humanos.

En el campo del derecho público, la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, ha reconocido plenamente, en cuanto a los actos de la Administración, su posibilidad de manifestarse y documentarse por medios informáticos con valor probatorio a todos los efectos.

También hay que citar, en relación con el reconocimiento del documento elaborado electrónicamente, el artículo 45 de esta misma Ley:

1. Las Administraciones Públicas impulsarán el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su activi-

*dad y el ejercicio de sus competencias, con las limitaciones que a la utilización de estos medios establecen la Constitución y las Leyes.*

...

*5. Los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las Administraciones Públicas, o los que éstas emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, la integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por ésta u otras Leyes.*

40 Asimismo, el nuevo artículo 230 de la Ley orgánica del poder judicial establece, entre otros apartados, que:

*1. Los Juzgados y Tribunales podrán utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, con las limitaciones que a la utilización de tales medios establece la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, y demás leyes que resulten de aplicación.*

*2. Los documentos emitidos por los medios anteriores, cualquiera que sea su soporte, gozarán de validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales.*

Finalmente, el Real decreto 263/1996, de 16 de febrero, regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas en la Administración general del Estado. En el artículo 3 se define el documento como «entidad identificada y estructurada que contiene texto, gráficos, sonidos, imágenes o cualquier otra clase de información que se pueda almacenar, editar, extraer e intercambiar entre sistemas de tratamiento de la información o usuarios como una unidad diferenciada».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1991, por la que se condenó al apoderado de un banco —que manipuló las cuentas corrientes de varios clientes haciendo apuntes inexistentes— como autor de un delito continuado de falsedad en un documento mercantil, hace las afirmaciones siguientes en cuanto a los documentos elaborados con medios informáticos:

*El concepto de documento, actualmente, no puede reservarse y ceñirse en exclusividad al papel reflejo y receptor por escrito de una declaración humana, desde el momento en 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 vídeo, o cinematográfica, un disco o una cinta magnetofónica, los disquetes informáticos, portadores de manifestaciones y acreditaciones, con vocación probatoria, pueden ser susceptibles de manipulaciones falsarias al igual que el documento escrito.*

Esta Sentencia es de una importancia excepcional para entender un tratamiento nuevo de los supuestos de falsedad contenidos en los antiguos artículos 302 y 303

del Código penal; nos hace pensar —sin necesidad de extensiones analógicas proscribas en el ámbito penal— en un nuevo concepto material de documento, de acuerdo con una homologación racional y fundamentada con los medios más avanzados y funcionales que se utilizan actualmente. En este sentido, continúa la Sentencia comentada en su fundamento jurídico quinto:

*Los tradicionales instrumentos de contabilidad han sido traspasados a enunciados mecanismos informáticos y, en última sede, al disco o soporte corpóreo asentado en el ordenador central. Sus datos obtienen inmediata traducción legible en pantalla o se resuelven, merced a su instantánea impresión, en reproducción escrita en papel.*

Para acabar esta referencia jurisprudencial, la Sentencia liga al relato fáctico las consecuencias jurídicas previstas en los artículos 302 y 303, apartados 1 y 4, porque entiende que se tiene que admitir la condición de documento de la cinta o el disco magnético acumulador o estabilizador de datos, con una perdurabilidad adecuada. El hecho de que el delito esté relacionado con la informática no hace cambiar el carácter de la infracción criminal.

Por esto, la reforma del Código penal alemán de 15 de mayo de 1986, destinada a luchar contra la criminalidad económica, regula —al lado de las figuras tradicionales de falsificación y uso de documentos falsos— varios casos de falsificación de datos:

- La falsificación de datos con valor probatorio (§ 269): «aquél que con ánimo de provocar un engaño en el tráfico jurídico registre o altere datos con valor probatorio, de manera que si son perceptibles constituirían un documento inauténtico o falso, o utilice esta clase de datos registrados o alterados, se debe castigar con la pena privativa de libertad de hasta cinco años o con pena de multa».
- La falsedad ideológica (§ 273) también se castiga porque se incluyen los datos junto a los libros, documentos o registros.
- La destrucción de datos (§ 303): «aquél que ilícitamente cancele, oculte, inutilice o altere datos, se debe castigar con pena privativa de libertad de hasta dos años o con pena de multa».

Por otro lado, el artículo 462-5 del Código penal francés castiga la falsificación de documentos informatizados: «aquél que de cualquier manera falsifique documentos informatizados, con intención de causar perjuicio a un tercero, se debe castigar con prisión de uno a cinco años y multa de 20.000 a 2.000.000 de francos».

Igualmente, el Código penal portugués —reformado en el 1982— sanciona la falsificación de lo que llama anotaciones técnicas, siempre que se elaboren con intención de causar un perjuicio a otra persona o al Estado, o para obtener para sí mismo o para un tercero un beneficio ilegítimo (art. 230). El Código penal portugués define una anotación técnica como: «La anotación de un valor, de un peso o una medida, de un estado o del decurso de un acontecimiento hecho a través de un aparato técnico que activa, total o parcialmente, de manera automática, que permite reconocer sus resultados a las personas o a un círculo determinado de

personas y que se destina a la prueba de un hecho jurídicamente relevante, con independencia de que este destino le sea dado en el momento de su realización, o posteriormente».

Como tema de reflexión, podemos citar las muchas posibilidades de ilicitud, tanto civil como penal, que pueden generar las tarjetas de crédito (su estudio exigiría un análisis mucho más profundo, ya que la tarjeta puede tener una triple función: como instrumento de pago, como garantía y como medio de crédito). Por ejemplo, Romeo Casabona cita las posibilidades siguientes: el titular puede extraer dinero superando el límite autorizado, falsificar la tarjeta, alterar los datos de la tarjeta propia para que se carguen las deudas en otra ajena, acceder a un cajero mediante la utilización de la tarjeta por un tercero, etc.

La calificación jurídica de muchos de estos comportamientos, sobre todo cuando la tarjeta la utiliza el titular legítimo de acuerdo con el procedimiento establecido pero superando el límite de disposición, se debe situar en el ámbito puramente civil, con el trato propio de un incumplimiento contractual. Hoy en día, los contratos de uso de tarjetas —meros contratos de adhesión— en los que la posición dominante de la entidad bancaria es manifiesta, aconsejan no calificar como ilícitos penales estos hechos.

En cambio, en el uso fraudulento del titular o de otra persona, en general convergen a menudo situaciones de concurso entre falsedad y estafa. Sobre esta cuestión, nos podemos plantear: ¿es posible calificar como falsedad documental la alteración de la banda magnética de una tarjeta?

El nuevo Código penal hace una definición de documento en consonancia con la descripción conceptual que hemos analizado:

*Art. 26. A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica.*

Por esto, entendemos que las falsedades documentales que contiene el título XVIII del libro II son aplicables a los documentos elaborados con medios informáticos, electrónicos y telemáticos.

## **5. LOS DELITOS INFORMÁTICOS CONTRA LA PROPIEDAD**

La doctrina científica de nuestro país ha dedicado una especial atención a las conductas delictivas eventuales cometidas a través de medios informáticos, con resultado lesivo para el patrimonio de las personas. No obstante, el esfuerzo más significativo se ha hecho para explicar la imposibilidad de encajar los delitos cometidos mediante sistemas informáticos en los tipos delictivos del título XIII del antiguo Código penal.

El profesor Juan José González Rus, en su trabajo sobre el tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos, analiza varios comportamientos ilícitos referidos a la materialidad de los ele-

mentos «físicos» del sistema como objetos corporales del mundo exterior que, sea cual sea su calificación jurídica, son susceptibles de apoderamiento material. Por ello, admite la posibilidad del delito de hurto del artículo 514 del Código penal, así como el hurto de uso que consiste en utilizar «tiempo-máquina» con el que se obtiene un uso indebido de la computadora, aunque para castigarlo exigiría la existencia de un tipo específico.

Igualmente admite la existencia del delito de robo, mediante el apoderamiento violento de los elementos del sistema, y el delito de apropiación indebida, sobre todo cuando el apoderamiento físico es hecho por los encargados del sistema informático, analistas, programadores, operadores, etc.

Por otro lado, Romeo Casabona, en su trabajo *Poder informático y seguridad jurídica*, analiza detenidamente los delitos de hurto, estafa, apropiación indebida, así como las falsedades documentales, desde la perspectiva de su comisión con medios informáticos. En cuanto al delito de hurto, en que el objeto material de la acción recae sobre una cosa mueble, de acuerdo con la doctrina alemana, se niega este carácter a las manipulaciones de dinero contable mediante ordenadores. En relación con el delito de estafa, en el que concurren —según el autor— elementos objetivos como la conducta engañosa, el error, el acto de disposición patrimonial, el perjuicio patrimonial y la relación de causalidad entre los anteriores, y también elementos subjetivos como el dolo y el ánimo de lucro, entiende que para que fuese estafa la actividad llevada a cabo con medios informáticos faltarían los dos elementos siguientes: el engaño y el error, concebidos para producir sus efectos en personas pero no en máquinas. El engaño y el error subsiguiente deben recaer y originarse sucesiva y exclusivamente en un individuo.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1991 —citada anteriormente— interpreta que no se puede concluir bien la perpetración de un delito de estafa por parte del procesado, porque lo impide la concepción legal y jurisprudencial del engaño, porque se produce e incide sobre las personas, y surge en el afectado un vicio de voluntad por razón de la alteración psicológica provocada. La «inducción» a un acto de disposición patrimonial sólo es realizable ante una persona y no ante una máquina, implica una dinámica comisiva con un substrato ideológico pronunciado. 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 que el perjuicio se produce directamente por medio del sistema informático, con el cual se hacen las operaciones de desplazamiento patrimonial, no se produce ni el engaño ni el error necesarios para el delito de estafa. Sin engaño, el elemento cardinal de la estafa, no se puede entender que se haya producido.

No obstante, sí que se produce el elemento básico del tipo delictivo de apropiación indebida en aquel que, ostentando la condición de apoderado de un banco, administra unos fondos determinados que se le han entregado, porque —como refiere la Sentencia— el inculpado se apropia del dinero que tenía a su alcance por razón de su condición de apoderado de la entidad bancaria y en cuya administración tenía intervención directa, y los apuntes falsos efectuados en el ordenador iban encaminados a justificar formalmente la disminución patrimonial de fondos derivada del hecho de la apropiación.

Por su parte, el Código penal alemán prevé la estafa informática en el § 263: «aquel que con la intención de conseguir una ventaja patrimonial ilícita, para sí mismo o para otro, cause un perjuicio patrimonial a un tercero, influyendo sobre el resultado de una elaboración de datos incorrectos o incompletos, mediante la utilización no autorizada de datos, o influyendo en la elaboración a través de una intervención ilícita, se debe castigar con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con pena de multa».

La Ley austríaca de 22 de diciembre de 1987, modificadora del Código penal, establece que incurre en estafa informática aquel que con dolo se enriquezca a sí mismo o a otro ilícitamente, y cause un perjuicio patrimonial a un tercero, influyendo sobre el resultado de una elaboración de datos automática, a través de la confección del programa, por la introducción, la cancelación o la alteración de datos o por actuar sobre el curso del proceso de datos (§ 148).

El Código penal español, en cuanto a los delitos contra la propiedad utilizando las formas comisivas relacionadas con la informática, recoge varias figuras, como:

- El concepto de *llave falsa*, en relación con el delito de robo. El artículo 239 establece que:

*A los efectos del presente artículo, se consideran llaves las tarjetas, magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia.*

- El delito de estafa informática, previsto en el artículo 248.2:

*También se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero.*

- Para la figura delictiva de daños, el artículo 263 establece:

*El que causare daños en propiedad ajena no comprendidos en otros Títulos de este Código, será castigado con la pena de multa de seis a veinticuatro meses, atendidas la condición económica de la víctima y la cuantía del daño, si éste excediera de cincuenta mil pesetas.*

- El artículo 323 se refiere a los delitos contra el patrimonio histórico:

*Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses el que cause daños en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos.*

*En este caso, los Jueces o Tribunales podrán ordenar, a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado.*