

# Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro

---

Volumen 2

---

## Editores

Manuel Cancio Meliá

Mario Maraver Gómez

Yamila Fakhouri Gómez

Pablo Guérez Tricarico

Daniel Rodríguez Horcajo

Gonzalo J. Basso

**UAM**  
Ediciones

**LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR  
DR. AGUSTÍN JORGE BARREIRO**

**EDITORES**

**MANUEL CANCIO MELIÁ  
MARIO MARAVER GÓMEZ  
YAMILA FAKHOURI GÓMEZ  
PABLO GUÉREZ TRICARICO  
DANIEL RODRÍGUEZ HORCAJO  
GONZALO J. BASSO**

**VOL. II**

© del texto, las/os autoras/es, 2019  
© de la edición, UAM Ediciones, 2019

Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Madrid  
Ciudad Universitaria de Cantoblanco. 28049 Madrid  
[www.uam.es/publicaciones](http://www.uam.es/publicaciones) // [servicio.publicaciones@uam.es](mailto:servicio.publicaciones@uam.es)

Reservados todos los derechos. Está prohibido, bajo las sanciones penales y el resarcimiento civil previsto en las leyes, reproducir, registrar o transmitir esta publicación, íntegra o parcialmente (salvo en este último caso, para su cita expresa en un texto diferente, mencionando su procedencia), por cualquier sistema de recuperación y por cualquier medio, sea mecánico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia o cualquier otro, sin la autorización prevista por escrito de Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid.

Diseño de cubierta: Ana Palomo Ramos

ISBN (Volumen II): 978-84-8344-723-9  
ISBN: 978-84-8344-721-5

Depósito Legal: M-33673-2019

Imprime: Solana e Hijos, A.G. S.A.U.

# ÍNDICE

## VOL. I

ABREVIATURAS .....	15
PRESENTACIÓN .....	19
SEMBLANZA DEL PROFESOR DR. D. AGUSTÍN JORGE BARREIRO .....	21
AGUSTÍN JORGE, AMISTAR EL AFECTO DESDE COMPOSTELA .....	29

### I.

#### *Política criminal y principios generales del Derecho penal*

Rafael Alcácer Guirao: <i>Retos para el Compliance penal: Barbulescu, Falciani y el reforzamiento de garantías en el proceso Penal</i> .....	33
Maria João Antunes: <i>Ley penal, Constitución y jurisdicción constitucional</i> .....	47
Juan Carlos Bayón Mohino: <i>Presunción de inocencia y carga de la prueba</i> .....	61
Stefano Canestrari: <i>Los principios del Bioderecho penal y la Ley de 22 de diciembre de 2017, n.º 219</i> .....	77
Eva Carracedo Carrasco: <i>El bien jurídico protegido: una aproximación jurisprudencial</i> .....	85
María Luisa Cuerva Arnau: <i>Actos preparatorios, principio del hecho y ofensividad delictiva</i> .....	99
Antonio Cuerva Riezu: <i>Jueces: ¡dejad el principio de intervención mínima para el legislador!</i> .....	117
Yamila Fakhouri Gómez: <i>¿Justicia transicional en Colombia? Análisis del acuerdo de paz con las FARC a la luz del Derecho internacional</i> .....	133
Jorge de Figueiredo Dias: <i>Sobre la crisis del paradigma penal</i> .....	147
Victor Gómez Martín: <i>Dogmática penal y Sociología jurídica: encuentros y desencuentros</i> .....	165
Juan Antonio Laseurain Sánchez: <i>¿Qué principios?</i> .....	181
María Martín Lorenzo: <i>Prisión provisional y presunción de inocencia: de la adopción a la indemnización por prisión provisional</i> .....	197
Lucía Martínez Garay: <i>Peligrosidad, algoritmos y due process: El caso State v Loomis</i> .....	211
Marina Mínguez Rosique: <i>La imprevisibilidad legal de la pena en Malta: un curioso caso de vulneración del principio de legalidad penal</i> .....	229
Anabela Miranda Rodrigues: <i>Entre la expansión y los límites del Derecho penal económico bajo la influencia del Derecho de la Unión Europea – Los procesos Taricco I y II</i> .....	245
Juan Cesáreo Ortiz Urculo: <i>La seguridad jurídica en el Derecho penal, sustantivo y procesal</i> .....	261
Anneke Petzsche: <i>La referencia a los actos jurídicos de la Unión Europea en el Derecho penal medioambiental del Código Penal alemán</i> .....	275

Daniel Rodríguez Horcajo: <i>¿Límites consecuencialistas a una pena consecuencialista? Una introducción</i> . . . . .	291
Maximiliano Rusconi: <i>¿Crisis de los principios de hecho y de acto en el Derecho penal?</i> . . . . .	307
Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez: <i>El mito de la mecánica aplicación judicial de la ley</i> . . . . .	325
Eduardo Torres-Dulce Lifante: <i>Seguridad jurídica y Derecho penal</i> . . . . .	339

## II.

### *Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*

Miguel Ángel Boldova Pasamar: <i>Análisis de la aplicación jurisprudencial del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas</i> . . . . .	347
Emiliano Borja Jiménez: <i>Delitos de posesión: ¿una respuesta dogmática adecuada para un planteamiento político-criminal inadecuado?</i> . . . . .	361
Mirentxu Corcoy Bidasolo: <i>El consentimiento por representación en la actividad médico-quirúrgica</i> . . . . .	385
Javier de Vicente Remesal: <i>Aspectos esenciales del consentimiento presunto en la práctica quirúrgica, con especial referencia a la determinación del elemento subjetivo de justificación</i> . . . . .	401
Jacobo Dopico Gómez-Aller: <i>Dos interpretaciones contra legem del régimen de exoneración de las personas jurídicas (art. 31 bis, apartados 2 y 4)</i> . . . . .	415
Patricia Faraldó Cabana: <i>Traslado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por modificaciones estructurales. Algunas puntualizaciones sobre el art. 130.2 CP</i> . . . . .	431
David Gallego Arribas: <i>Grave adición y medidas de seguridad. Una aproximación desde el fundamento de la atenuante y el principio de legalidad</i> . . . . .	445
Ana M. Garrocho Salcedo: <i>El deber de cuidado de los jefes militares ante la comisión de crímenes internacionales por sus subordinados</i> . . . . .	459
José L. González Cussac: <i>El plano técnico-jurídico en la responsabilidad penal de las personas jurídicas</i> . . . . .	473
Luis Greco: <i>Vehículos de motor autónomos y situaciones de colisión</i> . . . . .	485
Esther Hava García: <i>La compleja configuración de la imprudencia médica: algunas reflexiones en torno al caso Madrid Arena</i> . . . . .	495
Martin Heger: <i>El error de prohibición en Derecho penal alemán</i> . . . . .	509
Alberto Jorge Barreiro: <i>La cláusula concursal del art. 183 ter del Código Penal (child grooming)</i> . . . . .	529
Fernando Londoño Martínez: <i>El románico en la dogmática penal italiana del siglo XX. Notas al fatto en Delitata, l'azione en Marinucci y la discrezionalità en Bricola</i> . . . . .	553
Diego-M. Luzón Peña: <i>Miedo insuperable: requisitos básicos</i> . . . . .	571
Juan Pablo Mañalich R.: <i>Volenti non fit iniuria. Sobre la función y la estructura del consentimiento como categoría jurídico-penal</i> . . . . .	595

Carlos Martínez-Buján Pérez: <i>Concepto lógico-gramatical de autor e imputación objetiva en sentido estricto (un estudio a la luz de la concepción significativa y del Código Penal español)</i> . . . . .	609
Elisangela Melo Reghelin, Bárbara Zaffari Cavedon y André Luis Callegari: <i>La imputabilidad penal del psicópata sexual</i> . . . . .	623
Blanca Mendoza Buergo: <i>Autonomía, consentimiento y menores. La pretendida contrarreforma del 2015</i> . . . . .	639
Fernando Molina Fernández: <i>Tentativa irreversible y desistimiento impropio</i> . . . . .	655
Marta Pautaleón Díaz: <i>Responsabilidad penal y civil médica por defectos de consentimiento informado</i> . . . . .	683
Enrique Peñaranda Ramos: <i>El consentimiento en las lesiones y el tratamiento médico-quirúrgico</i> . . . . .	697
Ramón Ragúes i Vallés: <i>Responsabilidad penal corporativa e infracción de deberes de denuncia y reparación: ¿pueden las empresas lavar la ropa sucia en casa?</i> . . . . .	713
Yesid Reyes Alvarado: <i>El concepto social-comunicativo de acción</i> . . . . .	729
Ricardo Robles Planas: <i>La herencia de Karl Binding</i> . . . . .	743
Raquel Roso Cañadillas: <i>¿Las omisiones puras de socorro son absorbidas siempre por el delito comisivo precedente?</i> . . . . .	759
M <sup>a</sup> Angeles Rueda Martín: <i>Una reflexión sobre el desvalor de las acciones de los partícipes en un delito especial: partícipes intranei y extranei</i> . . . . .	773
Jesús-María Silva Sánchez: <i>La legítima defensa que "recae sobre tercero"</i> . . . . .	785

## VOL. II

### III.

#### *Derecho penal. Parte Especial*

María Acale Sánchez: <i>Sobre la materialización del bien jurídico protegido en los delitos ecológicos</i> . . . . .	815
Juan Arrieta Martínez de Pisón: <i>La responsabilidad penal del asesor fiscal</i> . . . . .	831
Silvina Bacigalupo Saggese: <i>Los delitos en el ámbito de la administración concursal</i> . . . . .	849
Enrique Bacigalupo Sapat: <i>Sobre el concepto de violencia en el delito de agresión sexual (comentario de la SAP de Navarra n.º 38/2018, de 20.3.)</i> . . . . .	865
Ignacio F. Benítez Ortúzar: <i>Estafas sobre bienes inmuebles. Especial referencia a las recatas sobre vivienda</i> . . . . .	879
Isidoro Blanco Cordero: <i>Negocios internacionales y responsabilidad penal de la empresa matriz por actos de corrupción cometidos en el extranjero</i> . . . . .	893
Pedro Caeiro: <i>La protección penal del sistema de prevención del blanqueo: observaciones críticas sobre la Ley n.º 83/2017, de 18 de agosto</i> . . . . .	907
Manuel Cancio Meliá: <i>Discurso terrorista y delito de enaltecimiento/humiliación (art. 578 CP)</i> . . . . .	925

Concepción Carmona Salgado: <i>La prevaricación urbanística en el CP español</i>	947
María Camila Correa Flórez: <i>Los delitos de manipulación genética en el Código Penal colombiano</i>	967
Pablo de Lora Deltoro: <i>Sobre el amor (excesivo) a los animales no humanos. Notas críticas sobre el artículo 337 del Código Penal</i>	979
Juan Alberto Díaz López: <i>Selección genética de la "raza" por motivos racistas</i>	993
Julio Díaz-Maroto y Villarejo: <i>Sobre los conceptos de intimidad, morada y domicilio en el delito de allanamiento de morada</i>	1009
Marta García Mosquera: <i>Breves apuntes sobre el concepto penal de secreto de empresa</i>	1023
Juan José González Rus: <i>Concepto penal de "corrupción"</i>	1035
Juan Carlos Hortal Ibarra: <i>El estado de salud del Derecho penal del trabajo: o cómo instrumentalizarlo en el tratamiento ambulatorio de fines improprios</i>	1049
Günther Jakobs: <i>Observaciones no ortodoxas sobre el tipo objetivo de las coacciones</i>	1063
Marióna Llobet Angli: <i>Consentimiento y trabajo sexual: estudio dogmático del proxenetismo no coercitivo</i>	1079
Annalisa Lucifora: <i>Nuevas perspectivas en la protección penal del medio ambiente</i>	1095
Andrea Macía Morillo: <i>Límites penales a la autonomía de la voluntad en la selección embrionaria mediante diagnóstico genético preimplantacional</i>	1111
Elena Marín de Espinosa Ceballos: <i>La problemática de los "delitos culturales" en el Código Penal español</i>	1129
Vincenzo Militello: <i>El tráfico de migrantes en el Mediterráneo: el caso italiano</i>	1143
Fernando Miró Linares: <i>Injuriar es ofender. Apuntes sobre la criminalización de los delitos contra el honor desde el enfoque teórico del daño/ofensa</i>	1161
Mercedes Pérez Manzano: <i>Odio y discriminación en el feminicidio de la pareja o ex pareja</i>	1175
Lorenzo Picotti: <i>Ciberespacio y Derecho penal</i>	1191
Virgilio Rodríguez Vázquez y Natalia Torres Cadavíd: <i>La responsabilidad penal médica por conductas imprudentes. Evolución de la jurisprudencia española en los últimos años</i>	1205
Sergio Seminara: <i>Derecho penal comercial, económico, de la empresa o de los negocios: la difícil elección de una denominación</i>	1219
José Luis Serrano González de Murrillo: <i>Los nuevos tipos de muerte dolosa agravada por ser subsiguiente a delito contra la libertad sexual</i>	1241
Marco Antonio Terragni: <i>Algunas cuestiones sobre Bioética y Derecho penal</i>	1261
Carmen Tomás-Valiente Lanuza: <i>Delitos contra la intimidad y redes sociales (en especial, en la jurisprudencia más reciente)</i>	1275

## IV.

## Sistema de sanciones penales y Derecho penitenciario

Mercedes Alonso Álamo: <i>Polisemia del término retribución y pena retributivo-preventiva</i>	1291
Soledad Barber Burusco: <i>Libertad vigilada para imputables y cumplimiento de la pena de prisión</i>	1309
Gonzalo J. Basso: <i>Sobre la incidencia de los fines de la pena en la determinación judicial del castigo</i>	1323
Raquel Benito López: <i>La necesidad de un cambio de paradigma en el sistema penitenciario español: la justicia restaurativa</i>	1339
Bernardo Feijoo Sánchez: <i>Las medidas educativas no privativas de libertad en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores</i>	1353
Wolfgang Frisch: <i>El tratamiento jurídico-penal de autores reincidentes penales</i>	1369
Luis Gracia Martín: <i>A vueltas con el concepto de consecuencias accesorias del delito</i>	1395
Leticia Jericó Ojer: <i>El compromiso de abono de la responsabilidad civil como requisito para la suspensión de la pena privativa de libertad (art. 80.2.3.º CP): especial referencia a la interpretación del TC</i>	1411
Carmen Juanatey Dorado: <i>Límites al consentimiento del paciente en el ámbito penitenciario</i>	1425
Rut Lopera Viñé: <i>Sobre la posibilidad de establecer una teoría unificada de la pena</i>	1443
Mario Maraver Gómez: <i>Algunas reflexiones sobre el sistema dualista de sanciones penales</i>	1461
Nuria Pastor Muñoz: <i>Imputables peligrosos: reflexiones sobre la legitimidad de la reacción jurídico-penal frente a sujetos peligrosos autorresponsables</i>	1477
Miguel Polaino Navarrete y Miguel Polaino Orts: <i>La función preventivo-general de la medida de seguridad</i>	1489
Laura Pozuelo Pérez: <i>¿Pena sine culpa? Cuando las medidas se convierten en penas por el mero transcurso del tiempo</i>	1507
Leopoldo Puente Rodríguez: <i>Implicaciones procesales del "fraude de entidades"</i>	1523
Horacio Roldán Barbero: <i>El sinuoso camino de los enfermos mentales en el sistema penal</i>	1537
Ángel José Sanz Morán: <i>Las medidas de corrección y de seguridad: un balance</i>	1555
Juan María Terradillos Basoco: <i>Peligrosidad social y homosexualidad: en torno a "El ángel de Sodoma"</i>	1575
María A. Trapero Barreales y Miguel Díaz y García Conlledo: <i>La denotación de inhabilitación profesional: una consecuencia jurídica híbrida</i>	1589

V.

Otros estudios

Eusebio Fernández García: <i>El respeto al Derecho</i> .....	1607
Esther Gómez Calle: <i>El ventajismo, nuevo vicio de la voluntad en la propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil</i>	1617
Cristina Izquierdo Sans: <i>Los Protocolos 14 y 15 al Convenio Europeo de Derechos Humanos: los cambios más relevantes</i> .....	1633
José Luis López González y Montserrat de Santiago: <i>Evolución histórica del Derecho constitucional como disciplina académica: de Cádiz a Bolonia</i>	1649
José María Miquel González de Audicana: <i>La indignidad para suceder por atentar contra la vida del causante. Comentario de la sentencia de la Audiencia de Murcia de 19 noviembre 2012</i> .....	1671
Cándido Paz-Ares Rodríguez: <i>Minima de malis eligenda: cinco tesis sobre el art. 213.1 LSC</i> .....	1693
Luis Pérez-Prat Durbán: <i>La confusa controversia sobre la Isla de Perejil</i> ...	1735
Juan Zornoza Pérez: <i>Nota sobre las relaciones entre los procedimientos tributarios y los procesos por delitos de defraudación tributaria</i> .....	1753

## CIBERESPACIO Y DERECHO PENAL

LORENZO PICOTTI\*

I. Al dedicar este trabajo a mi colega Agustín Jorge Barreiro, merecidamente homenajeadó por los logros obtenidos en su brillante carrera científica y académica, no puedo dejar de regresar, en primer lugar, al período de mis estudios en Bolonia, cuando en la segunda mitad de los años 70 del pasado siglo, después de graduarme en Derecho, asistí al instituto "Antonio Cicu" — una prestigiosa biblioteca jurídica que tenía su sede en la Via Zamboni — para realizar una investigación bajo la dirección del fallecido Maestro Franco Briola. Nos reuníamos entonces — junto con otros amigos y colegas de nuestra escuela — durante su estancia en el famoso Colegio de España, intercambiando opiniones y proyectos, pero sobre todo discutiendo del Derecho penal italiano y de su compleja historia. Recuerdo especialmente la agradable sorpresa de encontrarnos unos años más tarde, a principios de los años ochenta, en Erlangen, Alemania, en el famoso Instituto Max Planck de Derecho penal extranjero e internacional. Ninguno de los dos teníamos por entonces una posición segura en la universidad, pero estábamos comprometidos con todas nuestras energías físicas e intelectuales con nuestras respectivas investigaciones, que se abrieron a una perspectiva comparada supranacional y a un intercambio jurídico y cultural. Junto al estímulo que suponía el nivel científico de la sede en la que trabajábamos, bajo la orientación del profesor Hans Heinrich Jescheck, contábamos con el deseo de trabajar con jóvenes penalistas de diversa procedencia, impulsados por la curiosidad común y por la reciproca responsabilidad al diálogo, particularmente entre españoles e italianos, algo que caracterizaba aquella edad y aquella época tan llena de expectativas y de esperanzas. Así, además de las largas horas de estudio que pasábamos en nuestras mesas o entre los estantes de la estupenda biblioteca, aprovechábamos cualquier ocasión para un café, una cena rápida, un almuerzo o un paseo, con el objeto de poder hablar de nuestros temas, de nuestras tesis, de nuestras dificultades, de nuestras ideas, no sólo de las relacionadas con el Derecho penal,

\* Profesor Ordinario de Derecho Penal. Universidad de Verona (Italia). Texto traducido por Mario Maraver Gómez (Universidad Autónoma de Madrid).

red global que condujo a la creación de una web mundial y a la realidad actual del ciberespacio.

En esta nueva dimensión, desarrollada por la incesante evolución de las tecnologías de la información y la comunicación (las denominadas TICs), cada sujeto y cada entidad, individual o colectiva, privada o pública, vive y trabaja de manera permanentemente "conectada" en relaciones de todo tipo (desde lo personal a lo laboral, desde el ocio al turismo, desde la economía al comercio, desde la cultura a la política, etc.), estando disponible en cada momento y lugar, gracias a los nuevos dispositivos móviles, cada vez más evolucionados (*laptops, tablets, smartphones*), y al acceso e intercambio de datos y contenidos de cualquier naturaleza en tiempo "real" (piénsese en particular en el desarrollo y uso de la nube). Frente a esta evolución, caracterizada sobre todo en el plano social por la extensión generalizada de las redes sociales, que se han convertido en los nuevos medios de información y comunicación—incluso pública—, la noción misma de "delito informático" (*Computer crime*) resulta limitada e inadecuada.

Los comportamientos ilícitos y delictivos que se manifiestan en el ciberespacio van mucho más allá—en cuanto a calidad, cantidad y peligrosidad— que aquellos que se producían antes del citado cambio de los últimos veinte años. Hoy en día es más apropiado hablar de auténticos ciberdelitos, dada la enorme cantidad y variedad de comportamientos ilegales que se cometen en Internet, que van más allá de los delitos informáticos entendidos en sentido estricto, como por ejemplo los accesos no autorizados (que ahora se realizan principalmente de manera remota), las interceptaciones producidas por intrusiones en alguna área de la red (en sus conexiones o en sus dispositivos terminales), los fraudes cometidos por vía telemática, las falsificaciones y manipulaciones de datos con relevancia probatoria o documental (que carecen de una conexión "estable" con un soporte físico determinado), los daños cometidos con algún tipo de malware o la difusión incontrolada de materiales ilícitos (desde la pornografía infantil hasta la propaganda nazi o racista, pasando por las obras musicales o cinematográficas o cualesquiera otras reproducidas digitalmente de manera abusiva, así como datos personales y confidenciales en contra de la voluntad de las personas interesadas y de la normativa específica de la materia).

Actualmente, en el ciberespacio, en el que se incluyen las llamadas Internet profunda e Internet oscura, se cometen igualmente varios delitos "comunes", que pueden ir desde la extorsión hasta el blanqueo de capitales, los delitos de terrorismo o la simple difamación, sin necesidad de que se produzcan las específicas modalidades o los específicos resultados vinculados a los delitos que hacen referencia a determinadas cuestiones técnicas informáticas (TIC). De hecho, desde esta perspectiva mucho más amplia, el Convenio del Consejo de Europa sobre la Ciberdelincuencia, firmado en Budapest en 2001, prevé la obligación de incriminar junto a los delitos in-

sino también de las relacionadas con nuestras vidas y con nuestros planes para un futuro que todavía esperábamos.

Pues bien, en aquellos años no podíamos imaginarnos el nuevo horizonte que se abriría con la era moderna, ni la "revolución cibernética" que se produciría en tan solo unos años, no solo en la sociedad, la economía, la política o las relaciones personales, sino también en el Derecho, y en particular en el Derecho penal, cuestionado por las nuevas amenazas de la delincuencia informática, primero, y de la delincuencia cibernética, después.

Por eso pensé que podría ser significativo, no solo para destacar el tiempo transcurrido, sino también para evidenciar la perenne relevancia de un "problema criminal" que continúa preocupándonos y animándonos a nuevos estudios—por el incesante cambio en la tecnología, la economía y la historia—, ofrecer al Colega que homenajeamos algunos elementos de reflexión sobre un tema que todavía promete muchos desarrollos.

2. En la época a la que me refería anteriormente acababan de aparecer—en el contexto estadounidense, y más tímidamente en el ámbito europeo—, las primeras manifestaciones de los llamados *Computer Crimes*. Solo unos pocos especialistas los habían tratado, pues el impacto social y la jurisprudencia al respecto eran aún limitados, tanto que algunas personas creían que no eran verdaderos problemas para el penalista porque se podían encontrar respuestas adecuadas con la aplicación de la normativa vigente. Lo que no era cierto. Algunos problemas legales importantes ya se habían manifestado claramente. En muchos casos en los que no era suficiente la interpretación evolutiva de los supuestos existentes, y en los que seguía prohibido el recurso a la analogía *in malam partem*, existía la necesidad de introducir nuevos comportamientos específicos que contaban con un desvalor no menor que el de otros delitos comunes análogos, pero que se realizaban a través de computadoras o atacando redes internas de entidades y empresas sujetas a una progresiva informatización, aunque todavía limitada a actividades de gestión y de archivo, en su mayoría meramente "interno".

Sobre la base de investigaciones empíricas, también en Europa, los primeros académicos expertos en la materia formularon algunas propuestas de reforma, y organizaciones internacionales autorizadas, desde la OCDE hasta el Consejo de Europa, así como también otras asociaciones prestigiosas, como la AIDP (*Associazione Internazionale di Diritto Penale*), aprobaron directrices y recomendaciones que muchos legisladores nacionales, incluido el italiano, fueron incorporando gradualmente a sus ordenamientos jurídicos internos, aunque en oleadas sucesivas, con diferencias importantes en el contenido y en el tiempo.

A mediados de los años 90, la apertura de Internet al acceso generalizado supuso, sin embargo, un momento decisivo, transformando las redes telemáticas, gracias a los protocolos de comunicación compartidos, en una



formáticos "clásicos" (acceso ilegal, interceptación ilegal, daños a los sistemas y datos informáticos, falsedades, fraude informático o el delito "paratario" de posesión de los dispositivos necesarios para cometerlos), otros delitos cibernéticos en sentido amplio (producción y difusión de pornografía infantil, incluso virtual, infracciones a gran escala de derechos de autor), dedicando gran parte de las disposiciones a la parte procesal, sobre todo la relativa a la recopilación y uso de pruebas electrónicas, que puede aplicarse a cualquier otro delito común (incluso no relacionado con las TICs), así como la relativa a la cooperación policial y judicial en esta materia, basada en la armonización previa del Derecho penal sustantivo y procesal.

Este desarrollo, por lo tanto, no sólo ha planteado cuestiones hermenéuticas o cuestiones relacionadas con las técnicas de tipificación de los "nuevos" delitos, sino también otros problemas más generales como los presupuestos y el alcance de la responsabilidad (incluida la penal) de los proveedores de servicios de Internet (*Internet Service Providers*), atendiendo al papel cada vez más importante que desempeñan en el desarrollo y la gestión de la red y de los "servicios de la sociedad de la información" (por utilizar la terminología de la Unión Europea), y a su contribución a la investigación y adquisición de pruebas de delitos y de otras actividades ilícitas. De hecho, en el ámbito procesal surge la necesidad de desarrollar nuevas herramientas que aseguren la posibilidad de adquirir en todo el *ciberespacio* la "prueba electrónica" de los delitos, así como su "circulación" y "empleabilidad" más allá de las fronteras nacionales, salvaguardando al mismo tiempo, con las oportunas garantías, los derechos fundamentales de la persona no sólo en el proceso, sino en la misma red.

El tema, por tanto, está relacionado con otros temas de la "modernidad": desde la relación entre Derecho penal y globalización, hasta el más específico "Derecho penal europeo", temas que el penalista deberá tener muy presente en estos y en los próximos años<sup>2</sup>. Se trata de un entramado de cuestiones que son propias de los "desafíos" que plantea al Derecho penal el impenitente desarrollo del mundo contemporáneo, y que no son sólo de

naturaleza tecnológica, dado que interactúan constantemente con el desarrollo social, económico y político, del cual se vienen alimentando.

Volviendo a la cuestión penal, podemos llegar a una primera conclusión: la progresiva deslocalización *on line* o, mejor, en el *ciberespacio* de una gran parte de las relaciones personales, económicas, políticas y legales, ha transferido también a la red los actos ilícitos, los conflictos de intereses y las ofensas, lo que hace necesaria una rápida adaptación de las respuestas legales y penales a esta nueva forma de configurar la realidad social, para prevenir y recomponer tales conflictos, protegiendo los bienes jurídicos — también los que son completamente nuevos — que surgen de este desarrollo y que no parece que sean menos merecedores de protección penal que los que surgen de otros ámbitos más tradicionales.

3. A la luz de este desarrollo, la primera pregunta es si el Derecho penal — aunque preferiría decir la ley en general — realmente puede gobernar la complejidad de Internet, en todas sus diversas y cambiantes articulaciones y en su perenne y rápida evolución, como una realidad global extremadamente dinámica, no solo tecnológica, sino también o, ante todo, "social". La pregunta podría precisarse más planteando si la ley puede tener una función efectiva en el *ciberespacio*, si puede hacer valer e imponer reglas de manera legítima y si es capaz de implementarse, a pesar del dominio evidente de la dimensión tecnológica y de las meras relaciones fácticas (o de fuerza) que se establecen gracias a las nuevas tecnologías y a las concentraciones de poder que se producen, con controles absolutos y ataques clandestinos, así como con las contramedidas correspondientes, en manos de organizaciones legales e ilegales, a menudo ocultas a la *intelligence*, pública y privada, en un incesante "conflicto cibernético" en el que el individuo, la *persona*, con sus derechos e intereses, parece aplastada e indefensa.

Como jurista, creo que debemos dar una firme respuesta *afirmativa* a la pregunta planteada, siendo conscientes de que histórica y políticamente el Derecho ha tenido la función de *regular* las relaciones sociales con resultados públicamente "predecibles", sobre la base de un consenso expresado democráticamente "predecibles", sobre la base de un consenso expresado democráticamente, con el que se deben legitimar las fuentes de producción normativa, resolviendo de manera transparente los conflictos entre los intereses opuestos, protegiendo a quienes merecen y necesitan una protección efectiva frente a cualquier abuso y ofensa. Solo de esta manera se puede preservar el orden *jurídico*, del cual existe una necesidad no menos fuerte en la sociedad globalizada actual, precisamente por la interdependencia estructural de sus muchos componentes, que más allá de las fronteras nacionales, requieren el *fortalecimiento* de los instrumentos de regulación y cohesión, a fin de asegurar al nivel más alto y más efectivo posible la coexistencia pacífica (que depende también de la posibilidad de una mayor extensión de los mercados y los intercambios), en lugar del abandono o la disolución.

<sup>1</sup> Permitirme referirme a mis dos específicas contribuciones relativas a aquel período: PICOTTI, L., "Fondamento e limiti della responsabilità penale dei Service-providers in Internet", *DPP*, 1999, n. 3, pp. 379 y ss.; IDEM., "La responsabilità penale dei Service-providers in Italia", *DPP*, 1999, n. 4, pp. 501 y ss.

<sup>2</sup> Cfr. PICOTTI, L., *Il Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, Padova (CEDAM), 2004, que recoge las actas de la conferencia homónima, teniendo como objeto el texto propuesto al final del estudio comparativo (de seguimiento) coordinado por M. DELMAS-MARTY, M., / VERVAELE, J. A. E., (ed.), *La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les états Membres. Dispositions pénales pour la protection des Finances de l'Europe*, vol. I-IV, Antwerpen (Intersentia), 2000-2001.

En otras palabras: la tesis es que incluso en el *ciberespacio* necesitamos reglas *jurídicas* reconocibles y compartidas, dotadas de efectividad y susceptibles de aplicación coercitiva en caso de no aceptación o de incumplimiento por parte de los destinatarios, con la posibilidad de recurrir también, por lo tanto, a medios formales y coercitivos de sanción, reservados a las autoridades y jueces imparciales, cuya jurisdicción debe ser regulada de conformidad con los principios del Estado de Derecho.

Por este motivo, es necesario dedicar estudio y trabajo, no solo por parte del penalista, a identificar los puntos nodales en los que se debe intervenir para adaptar y fortalecer, sobre la base de análisis documentados y evaluaciones ponderadas, las normas —entre las que se incluyen obviamente las penales—, así como las técnicas y herramientas de control y evaluación que respondan de la manera más efectiva y específica posible a las necesidades de protección que surgen en el *ciberespacio*, sin sacrificar, sino más bien dando pleno reconocimiento en este nuevo contexto a la protección de los derechos fundamentales.

El tema de la lucha contra el *terrorismo* internacional, que debe combatir en la red o incluso desde la red con instrumentos legales y penales (y desde luego también con instrumentos de *intelligence*, así como políticos y culturales), en un contexto de máxima armonización y cooperación supranacional, representa un contexto paradigmático para probar las nuevas herramientas de intervención preventivas y represivas, evaluando el contenido y las limitaciones de las reformas más recientes. En este campo, de hecho, se pone en evidencia de manera dramática y emblemática las tensiones y las fricciones entre la necesidad de anticipar los umbrales de relevancia penal de los actos sancionables, por un lado, para permitir activar los medios de investigación más sofisticados y los poderes coercitivos de prevención, así como para evitar la realización o reiteración de eventos atroces y sangrientos, cumpliendo con la función de prevención general y especial de la manera más efectiva posible, y las garantías de la persona, por otro lado, que deben ser salvaguardadas en un Estado de Derecho, en tanto que son indispensables para la legitimidad del recurso a la fuerza coercitiva de la pena y de los instrumentos propios del sistema penal.

4. El análisis jurídico de estas cuestiones debe partir de los diferentes organismos supranacionales, representados en particular por las Naciones Unidas, el Consejo de Europa y la Unión Europea.

Ya contamos con algunas fuentes precisas —otras son objeto de propuestas y de elaboración— que vinculan a los legisladores y a los jueces nacionales, aunque con diferente intensidad y alcance: fuentes que no deben interpretarse solo en términos negativos como limitaciones de la soberanía y de la discreción político-criminal de los Estados, sino también en términos positivos como un formidable fortalecimiento de la acción común para alcanzar objetivos compartidos que los sistemas legales por sí solos no po-

drían lograr, adaptando las garantías legales más complejas y avanzadas a la realidad global y supranacional a la que nos enfrentamos.

La superación de la dimensión nacional no significa renunciar a las garantías del Derecho penal y del sistema democrático en el que se originan; pero para defender efectivamente estas garantías no podemos permanecer atados a una noción de legalidad entendida en los términos nacionales en los que la concibió, de manera magistral, Beccaria en la época de la Ilustración<sup>3</sup>, haciéndola coincidir rígidamente con la reserva absoluta a las leyes estatales.

Las fuentes actuales de la ley y del Derecho penal están articuladas, como la propia Constitución italiana, en una pluralidad de niveles que interactúan mutuamente para responder a las necesidades complejas de la defensa social en una dimensión transnacional ineluctable. Junto al art. 25 de la Constitución italiana, debemos también tener en cuenta los artículos 11, 12 y 117, que permiten la imposición de limitaciones soberanas y reconocen al mismo tiempo los vínculos derivados de las obligaciones supranacionales, que también operan en materia penal y que sirven para garantizar “paz y justicia entre las naciones”. Además, la naturaleza democrática de este complejo sistema de fuentes está salvaguardada no solo por el hecho de que es el parlamento nacional el que interviene para la ratificación y aplicación de los convenios internacionales, sino también por su papel de control activo durante la fase ascendente del proceso legislativo de la Unión Europea en materia penal, en donde la última palabra permanece en cualquier caso en el Parlamento Europeo, mientras que los parlamentos nacionales buscan cumplir con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y tienen el poder de veto si están en juego principios fundamentales de sus sistemas jurídicos (véase el artículo 83 del TFUE, en particular el apartado 3<sup>o</sup>), así como en la fase descendente de la aplicación concreta de las directivas europeas, vinculantes con respecto a los objetivos que deben alcanzarse pero no en cuanto a las formas o medios para alcanzarlos. Si se tiene en cuenta además el control judicial que lleva a cabo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre todos los actos reconducibles al “espacio de libertad, seguridad y justicia”, a partir del pleno respeto de los Tratados, a los que se asimila la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión (ex artículo 6 TUE), y el de los tribunales constitucionales nacionales, que pueden ejercer un “control” interno de la primacía del Derecho europeo cuando están en juego los derechos y principios fundamentales del ordenamiento jurídico,

<sup>3</sup> Permianame remiirme a este respecto a las contribuciones recogidas en PICOTTI, L. (coord.), *Alle radici del diritto penale moderno: l'illuminismo giuridico di Cesare Beccaria di fronte al potere di punire* (Actas de la sesión penal del Congreso “Attualità e storia di «Dei delitti e delle pene» a 250 anni dalla pubblicazione” — Verona, 24 de octubre de 2014), Nápoles (Edizione Scientifiche Italiane), 2015.

no cabe entender que se pierden las garantías del Estado de Derecho; debiendo tenerse en cuenta además que el recurso individual al Tribunal Europeo de Derechos Humanos frente a las violaciones del Convenio de 1950 y sus protocolos adicionales también está asegurado.

El jurista tiene a su disposición un complejo normativo lleno de principios, normas fundamentales de "justicia" e instancias para mejorar el control y trazar los posibles nuevos caminos de una legislación penal armonizada y equilibrada, así como reglas adecuadas para su aplicación, en condiciones suficientes para responder a los fenómenos en una escala supranacional, cuestionando el trabajo de la jurisprudencia, sabiendo que tanto la europea como la interna, lejos de erosionar la legalidad criminal, pueden suponer una contribución fundamental a la implementación coherente de las distintas normas a la luz del marco supranacional, a partir del método de interpretación conforme, que permite superar posibles discrepancias entre los diferentes niveles de fuentes, según prioridades verificables.

En este proceso, la doctrina tiene un papel muy importante, como hemos podido ver en la experiencia de los últimos años, promoviendo desde hace muchos años, a través del método de comparación jurídica, el diálogo entre los diferentes sistemas, con objeto de desarrollar los criterios para una sistematización coherente del "pluralismo de las fuentes", y ofreciendo las bases conceptuales y dogmáticas necesarias para una mayor elaboración y sistematización de la legislación y de la jurisprudencia, controlando las directrices críticamente (como es su tarea). Por lo tanto, nuestro papel como académicos no es ni inútil ni marginal, aunque es más complejo y es menos delimitado por parámetros concretos que en el pasado. Y la conciliación sobre este papel y esta tarea debe transmitirse a las nuevas generaciones de juristas, que tienen a su vez el deber de formarse en este contexto.

5. Volviendo al contenido específico del Derecho penal de la informática o, mejor aún, del Derecho penal del *ciberespacio*, la evolución que hemos presenciado en pocas décadas es emblemática de la necesidad de salvaguardar los derechos y libertades fundamentales en el nuevo contexto tecnológico, a través de medidas tanto "negativas" (prohibiciones de determinadas conductas por parte de los Estados) como "positivas" (obligaciones de protección efectiva frente a ataques y ofensas de terceros).

Después de la primera aparición de una necesidad de protección jurídico-penal frente a la criminalidad "informática", que empezó a manifestarse entre los años 70 y 80 en los Estados Unidos y en otros países tecnológicamente avanzados, como Alemania en Europa, hemos sido testigos no solo del desarrollo de interpretaciones evolutivas de las modalidades delictivas existentes y de la regulación de nuevas modalidades delictivas específicas, sino también de una reafirmación de los principios y derechos fundamentales que deben salvaguardarse en este ámbito, también desde el punto de vista jurídico-penal.

Desde 1997, por ejemplo, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos<sup>4</sup>, ha declarado que el derecho a la plena libertad de expresión e información en Internet representa un límite frente a los delitos dirigidos a proteger el pudor y la decencia en las comunicaciones entre adultos.

No menos importante fue el reconocimiento del derecho a la privacidad y la seguridad de los datos personales y de los "espacios" propios de información como un derecho fundamental vinculado al libre desarrollo de la personalidad, tanto por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que lo fundamentó en el derecho a la vida privada y familiar del art. 8 del Convenio<sup>5</sup>, como por parte de muchos tribunales constitucionales, especialmente el alemán<sup>6</sup>, que lo incluyó entre los "derechos generales de personalidad" del art. 2 de la *Grundgesetz*, vinculados a su vez a la "dignidad de la persona humana" (*Menschenwürde*) referida en el art. 1.

También es tremendamente significativa la inclusión, en la "Carta de los derechos fundamentales" de la Unión Europea, aprobada en Niza en el año 2000, de un artículo sin precedentes como es el art. 8, que menciona expresamente el derecho a la "protección de los datos de carácter personal", inmediatamente después del derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 7 en términos similares a aquellos con los que ya fue aceptado en la Convención Europea de 1950. También hay que hacer referencia, en relación con las nuevas fuentes normativas, al art. 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que después de proclamar el "derecho a la protección de los datos de carácter personal", en perfecta armonía con el contenido del art. 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales, le reconoce al Parlamento Europeo y al Consejo la facultad de regular, mediante un procedimiento legislativo ordinario, el ejercicio efectivo de este derecho y las normas relativas a la "circulación" de los datos de carácter personal (párrafo 2), con pleno respeto, por lo tanto, de las exigencias democráticas relativas a las fuentes normativas y a la plena participación de los parlamentos nacionales.

<sup>4</sup> Cfr. la famosa sentencia del caso *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997), con la que se anuló la *Communications Decency Act* (CDA), por vulneración de la Primera Enmienda, que garantiza la libertad de expresión (*freedom of speech*).

<sup>5</sup> Para una revisión sistemática al respecto, cfr. *Handbook on European data protection Law* (2014) disponible en la página del Consejo de Europa, que se basa, además de en el citado art. 8 del Convenio, en el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (n. 108), hecho en Estrasburgo, el 28 de enero de 1981, y en los sucesivos protocolos adicionales. Cabe mencionar también la sentencia del TEDH de 18 de diciembre de 2012, *Ahmet Yildirim Turquia*, en la que se planteó la vulneración del art. 10 del Convenio por la suspensión de una página web, por considerarse una interferencia injustificada y limitadora del derecho a la libertad de expresión en Internet.

<sup>6</sup> *Bundesverfassungsgericht*, 27-2-2008, 1 BvR 370/07.

Sobre esta base legal, la Unión Europea ha emitido un Reglamento General para la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales (RGPD)<sup>7</sup>, que sustituye a la Directiva 95/46/CE, así como una nueva Directiva más específica sobre el tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes con fines de prevención, investigación, detección y enjuiciamiento de delitos o la ejecución de sanciones penales<sup>8</sup>.

Estas nuevas disposiciones están estrechamente relacionadas con los importantes desarrollos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que en los últimos años ha tenido la oportunidad de establecer importantes principios para garantizar los derechos fundamentales en el ámbito del tratamiento de datos personales, con resultados muy favorables. Me refiero en particular a las dos sentencias de la Gran Sala de 2014, en las que respectivamente se anula la llamada directiva Frattini sobre *retención de datos* y se reconoce poco después el "derecho al olvido" de las personas interesadas en un tratamiento específico de sus propios datos. La directiva anulada imponía, en efecto, a los *Internet Service Providers* una obligación desproporcionada de recopilar y almacenar "datos de tráfico", que se consideran a todos los efectos datos personales, de cara a las posibles investigaciones de determinados delitos graves, algo que podría estar justificado, pero sólo con el cumplimiento de ciertas garantías<sup>9</sup>. Mientras que en el famoso caso de Google, que tuvo su origen en una cuestión prejudicial (preliminary rule) de un tribunal español, la Gran Sala del Tribunal de Justicia reconoció solemnemente el "derecho al olvido" con respecto a hechos obsoletos, cuya difusión no esté convenientemente justificada por intereses colectivos o de terceros, con la consiguiente obligación del responsable del buscador de excluir su indexación en la red<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Se trata del Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, que establece normas generales para la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

<sup>8</sup> Se trata de la Directiva (UE) D2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos, y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

<sup>9</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), 8 de abril de 2014, C-293/12 y C-594/12. *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications*. Para un comentario al respecto, también a la luz de la jurisprudencia constitucional de diversos tribunales nacionales, vid. Flor, R., "La Corte di Giustizia considera la Directiva europea 2006/24 sulla c.d. "data retention" contraria ai diritti fondamentali. Una lunga storia a lieto fine?", *Diritto Penale Contemporaneo*, 28-4-2014.

<sup>10</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), 13 de mayo de 2014, C-131/12, Google Spain, Google Inc. c. AEPD e Mario Costeja González.

Se ha trazado así una línea de equilibrio importante entre los derechos fundamentales de la persona y la libertad de información, de comunicación y empresarial en el *ciberespacio*, sin que éstas puedan ejercerse a expensas de los primeros, con las consecuentes responsabilidades que, incluso a nivel penal, pueden derivarse de las infracciones correspondientes, sin perjuicio de tomar como referencia la "proporcionalidad" en la evaluación y resolución de los casos concretos.

De ello se deduce que los derechos de la persona, comprometidos por el desarrollo generalizado de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, deben encontrar una protección legal completa y preeminente y que las leyes nacionales también deben proporcionar sanciones penales adecuadas; tal y como la mencionada Convención sobre la *Ciberdelincuencia* de 2001 y la Directiva de la UE relativa a los ataques contra los sistemas de información de 2013 ya le indicó a los Estados.

Pero el camino hacia una protección efectiva es largo y difícil, y ciertamente no puede dejarse a la iniciativa de legisladores nacionales individuales.

6. Estas rápidas referencias confirman de forma paradigmática la firmeza y la importancia del desarrollo "multinivel" de las fuentes en el ámbito del Derecho penal. Con el fin de garantizar que el "Derecho vivo" se adapte a los "desafíos" que se plantean en un contexto global constantemente renovado, debe superarse la idea, de base iusnaturalista, de que existen inmutables y universales principios preconfigurados, con un apriorístico valor absoluto. Al contrario, deben ser reconstruidos y redimensionados de manera cuidadosa y sistemática para ajustarse al nuevo contexto, sobre la base de un equilibrio con los derechos y libertades proclamados por las Declaraciones de derechos fundamentales y los Convenios y tribunales internacionales, según un canon básico de "proporcionalidad" que es necesario para guiar y controlar las acciones concretas de los legisladores, primero, y de los jueces, después.

En este sentido, puede ser útil una consideración crítica, meramente ilustrativa, sobre el trabajo del legislador italiano, que pone de relieve la dificultad de intervenir en este campo con normas penales apropiadas. Para fortalecer los instrumentos de lucha contra el terrorismo, y en el marco de las incisivas medidas requeridas en gran medida por los instrumentos internacionales, el Decreto Ley de 18 de febrero de 2015, n. 7, convalidado, con modificaciones, por la Ley de 17 de abril de 2015, n. 43, introdujo una circunstancia agravante al delito de "entrenamiento para actividades con fines terroristas, aun de carácter internacional", del art. 270 quinquies del Código penal, para el caso en el que "quienes entrenen o instruyan" lo hagan "a través de herramientas informáticas o telemáticas". La *ratio* de esta agravación de la pena no se comprende si se atiende al contenido del tipo básico y al contexto sistemático de los demás delitos terroristas, pues no hay elementos específicos de mayor peligrosidad u ofensividad. Más bien, da la impresión de que se trata de un

“temor” genérico, cuando no de una sospecha, con respecto a la informática o la telemática, vista “en sí misma” como una amenaza general y global, frente a la que se ofrece una respuesta no congruente, porque no distingue entre los diferentes instrumentos tecnológicos, algunos de los cuales pueden limitarse o incluso utilizarse de manera positiva precisamente para combatir el terrorismo; por ejemplo, recabando, cruzando y analizando las pruebas disponibles en el *ciberespacio*. Esa es precisamente la cuestión: si hay una consideración aproximada de los datos técnicos, si hay una subestimación del contenido específico de las actividades que se deben contrarrestar o de los datos que se deben investigar en el espacio cibernético, y de las herramientas más efectivas que se pueden utilizar, está claro el riesgo de que se produzcan intervenciones indiscriminadas que no logren discernir entre diferentes niveles y modos de intervención preventiva o represiva, violando el principio de proporcionalidad, así como la racionalidad sistemática necesaria con carácter general.

El esfuerzo del penalista, en cambio, debe ir más allá de reconocer los principios existentes en los instrumentos internacionales para relacionarlos, implementarlos e interpretarlos correctamente, partiendo incluso de una competencia técnica que complementa la competencia jurídica, tanto en el caso del legislador como en el caso de los jueces, de manera que estos principios se puedan aplicar a la realidad concreta en términos adecuados a la evolución global y se puedan identificar también correctamente los límites entre lo que es lícito y lo que es ilícito.

Con esta finalidad, debemos evitar posiciones absolutas (de rechazo genérico o de adhesión acrítica a las nuevas metodologías y posibilidades técnicas ofrecidas por la informática) y respetar los principios básicos del Derecho penal de un Estado de Derecho, garantizando siempre la proporción entre los instrumentos disponibles para la consecución de ciertos objetivos y los derechos que pueden limitarse, ya que la necesidad “general” de contrarrestar el terrorismo u otras formas de delincuencia grave que se manifiestan en el *ciberespacio* no puede legitimar la vulneración de estos últimos<sup>11</sup>.

7. Y, a este respecto, dos perfiles problemáticos específicos merecen una atención especial: por un lado, el papel que debe asignarse a los *Internet Service Providers* y a la cooperación que pueden o deben garantizar para la seguridad y la lucha contra la delincuencia en el *ciberespacio* (la llamada *ci-*

<sup>11</sup> Sobre un asunto paradigmático en el que recientemente surgió la necesidad de trazar un límite entre la protección de la privacidad y los modernos sistemas de investigación que van mucho más allá del mero “aprovechamiento ambiental”, a través del uso del llamado “sensor electrónico”, vid. Sentencia de la Corte de Casación, sección 1ª, de 1 de julio de 2016 (28-4-2016), n. 26889/2016. Sobre el amplio debate desarrollado al respecto, véase Picotti, L., “Spunti di riflessione per il penalista dalla sentenza delle Sezioni unite relative alle intercettazioni mediante captatore informatico”, *Archivio penale*, 2016, p. 2.

*berseguridad*), en la que parece esencial una colaboración leal entre las autoridades públicas y las empresas privadas; por otro, la cuestión relativa al castigo del llamado *software de doble uso*, que se plantea en el contexto más amplio de la incriminación de los “actos preparatorios” de los delitos graves que pueden cometerse en el *ciberespacio* mediante la tecnología informática.

Estos son temas que requieren conocimientos técnicos e informáticos adecuados, ya que solo sobre esta base es posible abordar un análisis correcto de las situaciones que se plantean y de las directrices aplicables para, partiendo de las sanciones vigentes, sugerir cambios o novedades. Por otro lado, para cumplir los principios básicos del Derecho penal, que marcan los límites en un Estado democrático, es necesario ajustar las categorías de la teoría general del delito al enfoque hermenéutico y al Derecho supranacional: el principio de ofensividad requiere la identificación previa de los bienes jurídicos que en cada caso merecen y necesitan protección penal frente a las nuevas formas de delincuencia; mientras que el principio de *última ratio* o subsidiariedad del Derecho penal, en comparación con otros instrumentos alternativos que pueden garantizar una eficacia similar, requiere colocar en el centro el principio de responsabilidad penal personal y el correspondiente principio de culpabilidad, cuyo cumplimiento es una condición esencial para la legitimidad de la sanción penal, que no puede ser instrumentalizada para meros fines de prevención general o de políticas securitarias.

Añado una última notación. La creciente importancia de la cuestión de la delincuencia informática o, mejor, de la *ciberdelincuencia*, de su articulación en múltiples subsectores, que van desde los anteriormente mencionados delitos informáticos en sentido estricto, ya previstos expresamente en los Códigos penales, como los fraudes, las falsificaciones, los daños, los accesos ilícitos o las escuchas telefónicas, pasando por los delitos informáticos en sentido amplio, presentes principalmente en la legislación especial, en particular con respecto al tratamiento de datos personales y la protección de los derechos de autor, hasta las nuevas manifestaciones de delitos informáticos, relacionados sobre todo con la delincuencia en línea —como el *phishing*, el ciberlavado, la pornografía infantil, el *child grooming*, el ciberacoso a través de las redes sociales, el ciberterrorismo o incluso la ciber guerra—, nos hacen sentir la necesidad de un intercambio más intenso y sistemático de investigaciones, opiniones, ideas y materiales, lo que precisamente posibilita posible el desarrollo tecnológico descrito.

En el *ciberespacio* surgen cada vez más sitios específicamente destinados al Derecho penal, y existen diferentes instrumentos para mantener y desarrollar relaciones científicas y académicas con colegas de todo el mundo, con los cuales compartir temas comunes y proyectos futuros<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> En el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Verona hemos creado el “Osservatorio Cybercrime” (<https://www.cybercrime.dsg.univr.it>), como un sitio

LORENZO PICOTTI

Estoy convencido de que el esfuerzo por transmitir e intercambiar la experiencia y el trabajo científico, que ya hemos experimentado como un factor esencial del crecimiento personal y académico desde el comienzo de nuestro viaje, como mencioné al principio de esta contribución en homenaje al colega que ahora honramos, puede continuar y ampliarse con las nuevas vías que el desarrollo de la sociedad contemporánea nos ofrece y que las nuevas generaciones de juristas y académicos saben muy bien aprovechar y hacer avanzar, en el intento común de mantener y actualizar constantemente los conocimientos propios del Derecho penal (no solo en relación con la informática), e incluso para mantener vivos y actualizados los principios de garantía y legitimidad democrática que deben presidirlo.

dinámico en la web, en el que se comparten experiencias y conocimientos sobre el tema y desarrollamos una red de relaciones y membresías académicas, profesionales, judiciales, técnicas, empresariales, sociales, etc., que nos permite compartir nuevas contribuciones, referencias y experiencias, no sólo jurídicas o doctrinales, sino también operativas, aplicativos, de diseño, etc., tanto a nivel nacional como internacional.

ISBN 978-84-8344-723-9



9 788483 447239 >