

CÁRDENAS, Claudia. “El lugar de comisión de los denominados ciberdelitos”.

Polít. crim., N° 6, 2008, A2-6, pp. 1-14.

[http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_2_6.pdf]

El lugar de comisión de los denominados ciberdelitos*

Claudia Cárdenas Aravena

Doctor iuris, Universidad de Chile

cardenascl@yahoo.de

Resumen

El trabajo se ocupa del problema de determinar el lugar en que se considerará cometido un delito cometido a través de Internet. Presenta una revisión crítica de los criterios imperantes en doctrina, poniendo de relieve los problemas que se presentan al pretender expandir demasiado la aplicación del principio de territorialidad en aras de una mayor eficiencia en la persecución penal de dichas conductas. Concluye que la interpretación que de haga para determinar cuál se considerará lugar de comisión no puede ser tan extensiva como para que en la práctica los ciberdelitos puedan ser perseguidos universalmente, ya que en la mayoría de los casos de ciberdelitos no se dan los supuestos que fundamentan y justifican la aplicación del principio de universalidad, por lo que no es lícito otorgar el mismo efecto por interpretación extensiva del principio de territorialidad. Además, la aplicabilidad internacional de las excepciones de *ne bis in idem* y litispendencia no están ampliamente reconocidas cuando se ejerce jurisdicción invocando este principio. Esto conlleva un alto riesgo de multiplicidad de persecuciones por un mismo hecho, que, de concretarse, resulta en un menoscabo de los derechos del imputado.

Palabras clave: cibercrimen, lugar de comisión, teoría de la acción, teoría del resultado, ubicuidad.

Zusammenfassung

In der Arbeit geht es um das Problem der Bestimmung des Begehungsortes fuer Straftaten, die durch das Internet begangen werden. Die im Schriftum entwickelten Kriterien werden kritisch erörtert. Insbesondere werden die Probleme betrachtet, die einer exzessiven Dehnung des Begriffs „Begehungsort“ mit sich bringt, auch wenn sie zur Kampf gegen die Straflosigkeit dienen soll. Es wird das Fazit gezogen, dass die Auslegung, die bestimmen soll, wo der Begehungsort liegt, nicht so extensiv sein darf, dass die Straftaten, die mittels des Internets begangen sind, in der Praxis universell verfolgbar sind, denn in der Mehrheit der Fälle wird an einer materiellen Rechtfertigung zur Anwendung einer universellen Gerichtsbarkeit mangeln. Zudem kommt, dass die Anwendung der Prozesseinreden der *ne bis in idem* und anderweitigen Rechtshängigkeit nicht allgemein anerkannt ist, wenn der Staat sich auf das Territorialitätsprinzip beruft, um Gerichtsbarkeit auszuüben. Dies bringt

* Artículo recibido el día 25 de agosto de 2008 y aprobado por el Comité Editorial el día 30 de octubre de 2008. Este Trabajo ha sido realizado dentro del marco Proyecto Fondecyt N° 1060410 titulado “Los nuevos desafíos que las nuevas estructuras sociales imponen al Derecho Penal”, y tiene su base en una ponencia presentada en el segundo Seminario Política Criminal: Nuevas tecnologías y desafíos actuales del Derecho Penal, en noviembre de 2007.

CÁRDENAS, Claudia. “El lugar de comisión de los denominados ciberdelitos”.

Polít. crim., N° 6, 2008, A2-6, pp. 1-14.

[http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_2_6.pdf]

mit sich ein hohes Risiko von mehrere Strafverfolgungen in der selben Sache, was, wenn es soweit kommt, gegen die Rechte des Angeklagten verstoesst.

Schluesselwörter: Cybercrime, Begehungsort, Handlungstheorie, Ergebnistheorie, Ubiquitätstheorie.

Introducción

Si bien el fenómeno de las “nuevas tecnologías” ya no es tan nuevo, los operadores jurídicos suelen no estar familiarizados con su análisis jurídico. Parece imprescindible romper esta tendencia, pues el fenómeno de la informática y los denominados ciberdelitos o cibercrímenes han irrumpido en las ciencias jurídicas sin que se divise una vuelta atrás. Esto conlleva sin dudas una serie de dificultades¹ y desafíos teóricos y prácticos. Este trabajo pretende centrarse en una dificultad cuya superación es central a la hora de perseguir esta clase de delitos habida cuenta de la primacía que históricamente se reconoce al principio de territorialidad como fundamento de la jurisdicción del Estado y de la aplicación del derecho penal nacional: la de determinar su lugar de comisión.

Se reflexiona, a lo largo del trabajo, acerca de algunas particularidades de las interpretaciones que han surgido para determinar el lugar de su comisión de los cibercrímenes. No se tocará el tema investigativo-técnico de cómo se logra detectar al computador desde el cual se llevó a cabo la acción o cual fue el curso de la información, sino más bien a la problemática jurídica de la aplicación de la ley penal en el espacio en los cibercrímenes. Piénsese por ejemplo en una persona que introduce un virus informático altamente dañino en la red en un país, el virus pasa por servidores ubicados en varios países y produce sus efectos devastadores en tantos otros.² ¿Qué derecho se aplica? ¿Quién puede perseguir?

1. Precisiones terminológicas

Antes de entrar al tema de fondo parece pertinente efectuar algunas precisiones en cuanto a la nomenclatura que se utilizará, pues en este campo la terminología no está del todo asentada.³ En este trabajo se entenderá por ciberdelitos a aquellos delitos que para su

¹ Cfr. CONSEJO DE EUROPA. Organised crime situation report 2004: focus on the threat of cybercrime, pp. 162 y ss. En: <http://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/economiccrime/organisedcrime/Organised%20Crime%20Situation%20Report%202004.pdf> [visitado el 03.082008]; MOITRA, Soumyo D. “Developing policies for cybercrime: some empirical issues”. *European Journal of crime, criminal law and criminal justice*. vol. 13/3 (2005), pp. 435-464, 2005, pp. 446 y s.

² Un conocido ejemplo de ello fue el virus I love you de 1999 desde Filipinas causó daños en Europa, América y Asia.

³ MOITRA, “Developing policies”, cit. nota n° 2, pp. 438 y s, 445 y ss.; MAGLIONA, Claudio. “Delincuencia informática en Chile, proyecto de ley”. *Alfa-redi: revista de derecho informático*. N° 50, (2002). En: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1450> [visitado el 03.082008]; ROMEO CASABONA, Carlos María. “De los delitos informáticos al cibercrimen: una aproximación conceptual y político-criminal”, En: ROMEO CASABONA, Carlos María (Coord.). *El Cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Granada: Comares, 2006, pp- 1-42, pp. 6 y ss. Cfr. asimismo

CÁRDENAS, Claudia. “El lugar de comisión de los denominados ciberdelitos”.

Polít. crim., N° 6, 2008, A2-6, pp. 1-14.

[http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_2_6.pdf]

comisión requieren necesariamente de una red de computadores (Internet). Esto abarca un ámbito delictivo bastante amplio, pues Internet se presta como medio para cometer delitos que importan emisión, transferencia o intercambio de información, atentados contra datos protegidos y otros.

No se utilizará la expresión ciberdelitos o cibercrímenes, entonces, como sinónimo de delitos informáticos, que se caracteriza en rasgos generales porque solamente pueden realizarse por medio, en utilización o en contra de un sistema informático.⁴ En Chile están tipificados como tales los de la ley N° 19.223 -tan vilipendiada por insuficiente⁵- que pretende resguardar un bien jurídico propio e independiente: la calidad, pureza e idoneidad de la información contenida en un sistema automatizado para su tratamiento y de los productos que de su operación se obtengan. Sin perjuicio de ello, los cibercrímenes pueden ser al mismo tiempo delitos informáticos, ya que no se trata de categorías excluyentes.⁶

2. Relevancia del tema

La importancia de ocuparse de cuál es el lugar de comisión del delito resulta de que el principio que goza de mayor reconocimiento en cuanto a la aplicación del derecho penal en el espacio es el de territorialidad, y para poder aplicarlo es imprescindible determinar previamente el lugar donde se considerará que el delito se cometió.

Merece la pena el análisis del problema ya que, en aras de evitar lagunas de punibilidad, se han abierto camino interpretaciones extensivas de lo que ha de entenderse por lugar de comisión, llegándose incluso, en algunos casos, a sostener posturas que tienen un efecto práctico que resulta paradójico: sería la jurisdicción territorial del Estado la que fundamentaría una persecución de cualquier ilícito cometido por medio de Internet, en todo el mundo.

CONSEJO DE EUROPA, Convenio sobre Cibercriminalidad. En: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185-SPA.htm> [visitado el 18.08.2008].

⁴ Para otras definiciones cfr. HUERTA MIRANDA, Marcelo; LÍBANO, Claudio. *Delitos informáticos*, Santiago de Chile: Conosur, 1998, pp. 114 y ss. Cfr. respecto de los tipos contenidos en la ley, MAGLIONA, Claudio. “Análisis de la normativa sobre delincuencia informática en Chile”. En: DE LA MAZA, Iñigo (Coord.), *Derecho y tecnologías de la información*. Santiago de Chile: Fundación Fernando Fueyo, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, 2002, pp. 383-396, p. 383 y ss. LÓPEZ MEDEL, Macarena. “Ley 19.223 y su aplicación en los tribunales”. en: DE LA MAZA, Iñigo (Coord.), *Derecho y tecnologías de la información*. Fundación Fernando Fueyo, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, 2002, pp. 397-414.; HUERTA MIRANDA, Marcelo. “Figuras delictivo-informáticas tipificadas en Chile”. *Alfa-redi: revista de derecho informático*. N° 20 (2000). En: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=433> [visitado el 03.08.2008].

⁵ MAGLIONA, “Delincuencia informática”, cit. nota n° 4; MAGLIONA, “Análisis de la normativa”, cit. nota n° 5, p. 386 y ss. LÓPEZ MEDEL, “Ley 19.223”, cit. nota n° 5, pp. 397-414.

⁶ Sobre la relación entre delito informático y ciberdelito cfr. ROMEO CASABONA, “De los delitos informáticos al cibercrimen”, cit. nota n° 4, p. 6 y ss.

CÁRDENAS, Claudia. “El lugar de comisión de los denominados ciberdelitos”.

Polít. crim., N° 6, 2008, A2-6, pp. 1-14.

[http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_2_6.pdf]

En delitos cometidos a través de Internet lo corriente será que se trate de “delitos a distancia”⁷ en los que la conducta no se inicia o no tiene lugar en el mismo Estado que la consumación, o de “delitos de tránsito”, donde tanto la conducta como la consumación tienen lugar en país extranjero, sirviendo el Estado de que se trate solamente de lugar de tránsito (por ejemplo, porque la información pasa por un servidor ubicado allí). En estas clases de delito resulta necesaria una elaboración teórica para determinar cuál o cuáles son los Estados facultados para ejercer su jurisdicción y aplicar su derecho penal sobre el caso.

De esta característica común a los delitos en cuestión surge entonces este problema al que cabe dar una solución jurídicamente fundamentada. Se examinarán las posiciones de la doctrina al respecto, con énfasis en las que favorecen la expansión del ámbito de aplicación del derecho estatal mediante una interpretación extensiva de lo que se entiende por lugar de comisión del delito.⁸

3. Aplicación del principio de territorialidad

3.1. Situación en el derecho chileno

La aplicabilidad espacial del derecho penal chileno se regula en distintos cuerpos legales, siendo los más importantes el Código Penal y el Código Orgánico de Tribunales. Los artículos 5 y 6 del Código Penal determinan la aplicación, como regla general, del principio de territorialidad,⁹ lo que se ve confirmado por los artículos 5 y 6 del Código Orgánico de Tribunales.¹⁰

De una interpretación conjunta de estas normas resulta que para que los tribunales penales chilenos conozcan, conforme a la ley penal chilena, de un delito, este debe haber sido “perpetrado” o “cometido” dentro del territorio de la República,¹¹ salvo que sea de los

⁷ Cfr. POLITOF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre; RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno*, Segunda edición actualizada. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 118; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Obras Completas*. Derecho Penal Parte General, tomo I, segunda edición. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007, p. 404.

⁸ Cfr., GONZÁLEZ TAPIA, María Isabel. “El lugar de comisión del delito”. En: ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO. *Hacia una justicia internacional: XXI Jornadas de Estudio: 9 a 11 de junio de 1999*. Madrid: Ministerio de Justicia, 2000, pp. 345-373 p. 347. DE MARCO, Estelle. *Le Droit Pénal Aplicable sur Internet*, 1998. En: <http://www.juriscom.net/uni/mem/06/crim01.htm#stricte> [visitado el 03.08.2008], cap. I. Lo señala entre los rasgos característicos de lo que el denomina derecho penal informático PALOMINO MARTÍN, José María. *Derecho Penal y Nuevas Tecnologías*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 66.

⁹ Artículo 5 del Código Penal: “La ley penal chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros. Los delitos cometidos dentro del mar territorial o adyacente quedan sometidos a las prescripciones de este Código”. Artículo 6: “Los crímenes o simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República por chilenos o por extranjeros, no serán castigados en Chile sino en los casos determinados por la ley.”

¹⁰ Artículo 5 del Código Orgánico de Tribunales: “A los tribunales mencionados en este artículo corresponderá el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio de la República”. Artículo 6: “Quedan sometidos a la jurisdicción chilena los crímenes y simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República que a continuación se indican”.

¹¹ Acerca de lo que ha de entenderse por territorio cfr., por todos, NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno: parte general*. Tomo I, tercera edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de

CÁRDENAS, Claudia. “El lugar de comisión de los denominados ciberdelitos”.

Polít. crim., N° 6, 2008, A2-6, pp. 1-14.

[http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_2_6.pdf]

casos explícitamente exceptuados en el artículo 6 del Código Orgánico de Tribunales. Esta disposición contempla, entre otros, un caso que suele ponerse como ejemplo de cibercrimen: el de distribución de material pornográfico infantil, al disponer que queden bajo jurisdicción chilena las conductas del art. 374 bis del Código Penal chileno,¹² cuando el material pornográfico objeto de la conducta hubiere sido elaborado utilizando chilenos menores de dieciocho años.

El mismo parámetro, del lugar de comisión, rige en materia jurisdiccional. El artículo 157 del Código Orgánico de Tribunales dispone que será competente para conocer de un delito el tribunal en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho que da motivo al juicio.

El problema es entonces justamente el de determinar el lugar en el que se ha cometido el delito.¹³ La ley, sin embargo, no contiene parámetros para determinar cuándo un delito ha sido “cometido” o “perpetrado” en Chile.¹⁴

En cuanto a eventuales conflictos positivos de jurisdicción, sólo si los Estados involucrados en un eventual conflicto positivo de jurisdicción son partes del denominado “Código de Bustamante”¹⁵ existe norma expresa para resolver el problema.¹⁶ En los demás casos, la solución dependerá de la interpretación de la voz “perpetrar” y “cometer”.

Chile, 2005, p. 151 y ss. Más resumidamente, dentro de la doctrina nacional, BULLEMORE GALLARDO, Vivian; MACKINNON ROEHERS, John. *Curso de Derecho Penal*, Tomo I, parte general. Segunda edición, aumentada y actualizada. Santiago de Chile: Lexis Nexis 2007, pp. 109 y s. ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. *Derecho Penal*. parte general, Tomo 1, tercera edición revisada y actualizada. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. Reimpresión tercera edición, 2005, pp. 117 y ss.; GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal*, Tomo I, parte general, segunda edición actualizada. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 129 y ss.

¹² Artículo 374 bis del Código Penal: El que comercialice, importe, exporte, distribuya, difunda o exhiba material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.

El que maliciosamente adquiera o almacene material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será castigado con presidio menor en su grado medio.

¹³ Artículo 157 del Código Procesal Penal: “Será competente para conocer de un delito el tribunal en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho que da motivo al juicio. / El juzgado de garantía del lugar de comisión del hecho investigado conocerá de las gestiones a que diere lugar el procedimiento previo al juicio oral. / El delito se considerará cometido en el lugar donde se hubiere dado comienzo a su ejecución.”

¹⁴ Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua española, la voz perpetrar, significa “Cometer, consumir un delito o culpa grave”, la voz cometer, significa, en la acepción más pertinente, “Caer, incurrir en una culpa, yerro, falta, etc.” En: www.rae.es [visitado el 09.08.2008].

¹⁵ Estados partes según la información disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-31.html>, [visitado el 09.08.2008]: Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, Venezuela.

¹⁶ Artículo 302 del Código de Bustamante: “Cuando los actos de que se componga un delito, se realicen en Estados contratantes diversos, cada Estado puede castigar el acto realizado en su país, si constituye por sí solo un hecho punible. De lo contrario, se dará preferencia al derecho de la soberanía local en que el delito se haya consumado.” Garrido remarca que se trata de una norma muy criticada por importar el fraccionamiento del delito, por lo que postula que solamente se entienda aplicable para delitos complejos. Cfr. GARRIDO MONTT, *Derecho Penal*, cit. nota n° 12, p. 137.

CÁRDENAS, Claudia. “El lugar de comisión de los denominados ciberdelitos”.

Polít. crim., N° 6, 2008, A2-6, pp. 1-14.

[http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_2_6.pdf]

3.2. Posibles lugares de comisión del delito a considerar

Se presentará a continuación una síntesis de las variadas posiciones en cuanto a los que, según distintas opiniones doctrinales, pueden ser considerados como lugares de comisión. Se hará mención de las propuestas de que lo sean el ciberespacio, el lugar de la acción, el lugar del resultado y alguno de estos dos últimos, de acuerdo con la teoría de la ubicuidad.¹⁷

3.2.1. El ciberespacio como lugar de comisión

Tratándose de ciberdelitos, podría pensarse que la discusión que pretendemos llevar adelante es estéril y arcaica, porque en ellos, el ciberespacio es el lugar donde se comete el delito.¹⁸

Pero si bien es cierto que la materia que nos ocupa hoy se caracteriza marcadamente por la ausencia de fronteras físicas, no es menos cierto para los efectos de determinar el derecho aplicable y los tribunales competentes hemos de procurar subsumir esta manifestación cultural en la normativa vigente, pues ese es el fin de que se trate de normas generales y abstractas. Lo contrario sería asumir que ciertas conductas delictivas quedan fuera de la jurisdicción de cualquier Estado, lo que no parece defendible. Por lo tanto, se prescindirá en lo sucesivo de la alternativa de considerar el ciberespacio como lugar de comisión, concentrando los esfuerzos en tratar de encontrar el derecho aplicable y los tribunales competentes entre los Estados, que para esta clase de delitos son los llamados a ejercer el *ius puniendi*.

3.2.2. Teoría de la actividad

a) Interpretación tradicional

Según esta teoría será competente el Estado donde se ejecutó la acción, vale decir, el lugar físico donde está presente la persona al llevar a cabo la conducta delictiva.¹⁹ Hay quienes precisan todavía más, señalando que según esta teoría se aplicará el derecho del Estado donde se de principio a la ejecución del delito.²⁰ Entre otras ventajas de considerar a este como lugar de comisión, se cuentan la mayor facilidad del tribunal para recabar y acceder a pruebas y sobre todo el hecho de que da cuenta de mejor manera de que el delito es primer

¹⁷ El defender una teoría u otra está influido también por el derecho positivo de cada Estado. Por ejemplo, en Alemania, el § 9.1 StGB da competencia a la jurisdicción alemana cuando la conducta ha tenido lugar el territorio alemán o el resultado típico ha tenido lugar allí. En Francia, el artículo 113.2 del Código Penal permite aplicar la ley francesa cuando alguno de los elementos del delito se haya manifestado en el territorio del propio país. En el ámbito nacional, en cambio, el criterio rector es el de la perpetración del delito.

¹⁸ Cfr. DE MARCO, *Le Droit Pénal*, cit. nota n° 9.

¹⁹ CORNILS, Karin. “Der Begehungsort von Äusserungsdelikten im Internet”, *JZ* 8/1999 (1999), pp. 394-398, p. 396, SIEBER, Ulrich. “Internationales Strafrecht im Internet. Das Territorialitätsprinzip der §§ 3, 9 StGB im globales Cyberspace”. *NJW* 29 (1999), pp. 2065-2073, p. 2070.

²⁰ Cfr. en el derecho chileno CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal: Parte General*. Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica, 2005, p. 212; BULLEMORE / MACKINNON, *Curso de Derecho Penal*, cit. nota n° 12, p. 111

CÁRDENAS, Claudia. “El lugar de comisión de los denominados ciberdelitos”.

Polít. crim., N° 6, 2008, A2-6, pp. 1-14.

[http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_2_6.pdf]

término una conducta con características de típica, antijurídica y culpable. Como bien señala Bustos, este criterio se centra en el desvalor de acción y la prevención general en el Estado donde se realiza la conducta desvalorada por el derecho.²¹

En las omisiones, parte de la doctrina propone considerar como lugar de comisión aquel en que se encontraba la persona obligada a actuar al momento de omitir²² Empero, eso puede involucrar a países sin ningún interés en perseguir, como el país donde el sujeto activo se encuentre de vacaciones. Por lo tanto, parece más acertada la postura de la parte de la doctrina que estima que se comete el delito en el Estado donde se tenía el deber de actuar.²³

Se ha propuesto el aceptar la fragmentación de la acción en casos de unidad jurídica de acción, vale decir, delitos permanentes, continuados o habituales. Bastaría entonces con que parte de la acción se realice en un Estado para que éste tenga jurisdicción sobre el delito.²⁴ No parece haber inconveniente en aceptar esa postura, ya que si bien en esos casos hay unidad jurídica de acción, en realidad coexisten varias conductas en sentido natural, cada una de ellas punible por sí misma. En este caso no habría entonces propiamente un fraccionamiento de la acción, sino que simplemente será una excepción a la unidad jurídica de acción.

b) *Interpretación extensiva cuando se trata de ciberdelitos*

Este criterio de la conducta, que a primera vista aparece como bastante claro, ha sido objeto de una interpretación extensiva cuando de ciberdelitos se trata.²⁵ Así, para parte de la doctrina, en los delitos de exhibición o difusión, la persona actuaría no solamente en el lugar donde físicamente realiza las operaciones para subir los datos, sino que también en el lugar donde se encuentra el servidor donde deja sus datos a disposición para que otras personas puedan revisarlos.²⁶ Se ha postulado incluso que quien sube datos a Internet no solamente actúa en el lugar donde se encuentra físicamente presente, sino que en todo Estado en el que los datos puedan ser accedidos a través de Internet.²⁷ Esta postura confunde la acción con otros elementos, como sus consecuencias o el objeto sobre el cual recae, en su caso. Así, por ejemplo, si desde Chile se puede manipular un computador en China, se actúa en Chile, no en China. Lo que sucede es que allí está el objeto de la acción.

²¹ BUSTOS RAMÍREZ, “*Obras Completas*”, cit. nota n° 8, p. 404.

²² ROMEO CASABONA, “De los delitos informáticos al cibercrimen”, cit. nota n° 4, p. 33.

²³ JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete, quinta edición, corregida y ampliada. Granada: Comares, 2002, p. 190. En el derecho nacional, cfr. NOVOA MONREAL, *Curso de Derecho Penal Chileno*, cit. nota n° 12, p. 159 (se refiere a “la acción debida”).

²⁴ NOVOA MONREAL, *Curso de Derecho Penal Chileno*, cit. nota n° 12, p. 159.

²⁵ CORNILS, “Der Begehungsort”, cit. nota n° 20, p. 396 y s.

²⁶ En contra se manifiestan SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel; BLANCO CORDERO, Isidoro. “Problemas de derecho penal internacional en la persecución de delitos cometidos a través de internet”. *Actualidad Penal* N° 7 (2002), pp. 165-192, p.171.

²⁷ CORNILS, “Der Begehungsort”, cit. nota n° 20, p. 396.

CÁRDENAS, Claudia. “El lugar de comisión de los denominados ciberdelitos”.

Polít. crim., N° 6, 2008, A2-6, pp. 1-14.

[http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_2_6.pdf]

3.2.3. Teoría del resultado

a) *Interpretación tradicional*

Conforme a esta teoría será competente el Estado donde se produce el resultado típico que consuma la infracción.

En los delitos de resultado, el lugar en que éste se produce es relativamente fácil de determinar. A favor de la teoría del resultado se alega que el lugar donde se produce el resultado es el lugar más cercano a la víctima, donde tiene lugar la lesión al bien jurídico. Como bien señala Bustos, ésta teoría se fundamenta en el postulado de que el derecho penal existe para cautelar bienes jurídicos, en el desvalor de resultado.²⁸

En contra de la teoría del resultado en su concepción tradicional²⁹ se representan las dificultades que crea en los delitos formales³⁰ o los de resultado que no llegan a consumarse.

b) *Interpretación extensiva cuando se trata de ciberdelitos*

Aparte del entendimiento clásico de este principio también han surgido interpretaciones extensivas respecto de qué ha de entenderse por resultado, que han tenido particular eco respecto de los ciberdelitos. Así, hay sectores que han apoyado, en especial para los delitos cometidos a través de Internet, un concepto más laxo de resultado, entendiéndolo como la afectación del bien o interés jurídicamente protegido³¹, como aquel lugar en que la concreción del verbo rector tuvo lugar³², como todo efecto de la conducta,³³ e inclusive, el lugar en donde existe el peligro abstracto.³⁴ Con ello, todo ciberdelito tendría un resultado, no existirían los delitos formales, como de hecho lo son aquellos que consisten en el hacer accesibles contenidos considerados ilegales.³⁵

²⁸ BUSTOS RAMÍREZ, “*Obras Completas*”, cit. nota n° 8, p. 404. De esta misma fundamentación arranca otra versión, que en ciertos casos puede dar resultados más acotados, de lo que ha de entenderse como lugar de comisión, que localiza la infracción en el primer lugar en que la conducta alcanza al bien jurídico (teoría del efecto inmediato). Cfr. GONZÁLEZ TAPIA, “El lugar”, cit. nota n° 9, p. 354.

²⁹ GARRIDO MONTT, *Derecho Penal*, cit. nota n° 12, p. 137.

³⁰ De ahí que hay autores que dan definiciones más amplias: BULLEMORE / MACKINNON, *Curso de Derecho Penal*, cit. nota n° 12, p. 111: “lugar en que se produce el resultado o se consuma el delito”.

³¹ GONZÁLEZ TAPIA, “El lugar”, cit. nota n° 9, p. 354. En este sentido lo resolvió el Tribunal Supremo Federal alemán en su sentencia de 12 de diciembre de 2000 (1 StR 184/00 (LG Mannheim), publicada en NJW 2001, 624. Un comentario de la sentencia se encuentra en http://marxen.rewi.hu-berlin.de/file.php/inline/Famos_2001_02.pdf?id=47017 [visitado el 03.08.2008].

³² Cfr. SIEBER, “*Internationales Strafrecht*”, cit. nota n° 20, p. 2070 y s.

³³ CORNILS, “*Der Begehungsort*”, cit. nota n° 20, p. 396.

³⁴ CORNILS, “*Der Begehungsort*”, cit. nota n° 20, p. 395, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ / BLANCO CORDERO, “*Problemas de derecho*”, cit. nota n° 27, p. 175.

³⁵ Manifestaciones de una interpretación extensiva se encuentran en parte de la doctrina y jurisprudencia alemanas, suizas, francesas y belgas. Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ / BLANCO CORDERO, “*Problemas de derecho*”, cit. nota n° 27, p. 175, GONZÁLEZ TAPIA, “El lugar”, cit. nota n° 9, p. 359.

CÁRDENAS, Claudia. “El lugar de comisión de los denominados ciberdelitos”.

Polít. crim., N° 6, 2008, A2-6, pp. 1-14.

[http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_2_6.pdf]

En contra de esta interpretación extensiva del criterio se manifiesta de Marco por el hecho de que tantos países potencialmente competentes se puede dar ocasión a una especie de *forum shopping*, en que se busque que persiga el Estado en que con mayor seguridad se vaya a condenar a la persona.³⁶

Una variante interesante de considerar es la que propone el Profesor Sieber³⁷ Para él, en los delitos en que la conducta consiste en dejar disponible una información podrán perseguirse o no en el territorio en que las informaciones son obtenidas dependiendo de la tecnología que se utilizó para el acceso: si se trata de información que está en un servidor extranjero que puede ser buscada desde un país, este no tendría competencia. Si en cambio son enviadas a través de tecnologías “push” (sin ser requeridas por el usuario), el Estado donde es accedida la información sí sería competente.

La interpretación extensiva del lugar del resultado en los ciberdelitos ha recibido diversas críticas, entre las que destacan las siguientes:³⁸

Violenta la dogmática de los delitos de peligro abstracto al asignarles un resultado. En definitiva, lo que se busca es aplicar en todo caso el derecho estatal, pues un efecto, sea como lesión o al menos como peligro, estará presente en la mayoría de los casos.

Siguiendo a esta interpretación, cada Estado tendría jurisdicción sobre conductas desplegadas en cualquier otro Estado pretendiendo fundamentarla en el principio de territorialidad, lo que resulta a lo menos extraño. Con ello, esta interpretación acarrearía reparos desde el punto de vista del principio de prohibición de abuso, según la cual para que un Estado pueda extender legítimamente su jurisdicción sobre un asunto, aparte de mostrar un interés por parte de su administración de justicia, debe respetar los intereses de otros Estados en el mantenimiento de su ordenamiento jurídico y en la protección de sus nacionales.³⁹

Esta interpretación conduce además a una inseguridad jurídica,⁴⁰ porque cada vez que una persona hace accesible información a través de Internet puede estar incurriendo en una conducta punible según el derecho penal de algún país en el que pueda ser accedida.

En los Estados en los que rige el principio de legalidad en materia procesal se verían obligados a perseguir un sinnúmero de casos en los que el éxito de su investigación no es muy probable, causando problemas de utilización eficiente de recursos públicos.

³⁶ Si bien tal vez el mayor peligro lo constituya el inicio de una multitud de procesos paralelos en distintos países.

³⁷ SIEBER, “Internacionales Strafrecht”, cit. nota n° 20.

³⁸ En la enumeración se sigue la estructura de SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ / BLANCO CORDERO, “Problemas de derecho”, cit. nota n° 27, p. 176.

³⁹ JESCHECK, *Tratado*, cit. nota n° 24, p. 190.

⁴⁰ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ / BLANCO CORDERO, “Problemas de derecho”, cit. nota n° 27, p. 177.

CÁRDENAS, Claudia. “El lugar de comisión de los denominados ciberdelitos”.

Polít. crim., N° 6, 2008, A2-6, pp. 1-14.

[http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_2_6.pdf]

Esta interpretación puede causar problemas bastante concretos a personas determinadas, como las dificultades de defensa de una persona perseguida en todos los países donde se acceden los contenidos que hizo accesibles en la red.⁴¹

En vista de estas dificultades se han ideado criterios limitativos de la interpretación extensiva, que tienden a una reducción teleológica de lo que ha de entenderse por resultado. Se proponen criterios limitativos tanto en el orden subjetivo como en el objetivo.⁴²

En lo subjetivo, el autor debe al menos haber tenido en cuenta la posibilidad de acceso de los datos desde el otro Estado. A este criterio se le critica que las reglas de aplicación de la ley penal en el espacio no pertenecen al tipo del delito y, en consecuencia, no tienen por qué ser captadas por el dolo del autor.⁴³ Además, como criterio limitativo parece no ser muy efectivo, pues al subir contenidos las personas normalmente se representan que se podrán ver en todo el mundo.

En lo objetivo, se han propuesto dos limitantes. Primero, que se establezca como requisito adicional para ejercer la jurisdicción que el hecho tenga algún otro punto de conexión con el Estado que pretende ejercerla (por ejemplo el utilizar el idioma de Georgia, con su alfabeto, o la referencia a nacionales de un Estado). En segundo lugar, se postula que todo Estado debe aplicar oportunidad cuando el delito ya haya sido castigado por otro Estado.⁴⁴

3.2.4. Teoría de la ubicuidad

Para los sostenedores de esta teoría, para que un Estado pueda ejercer su jurisdicción sobre un delito, bastaría con que se haya producido la conducta o el resultado en el Estado respectivo.

Son competentes, entonces, tanto aquel Estado donde se realizó la acción como aquel o aquellos en que tuvo lugar el resultado. Esta teoría de la ubicuidad seguida por la mayoría de la doctrina⁴⁵ y suele ser seguida la jurisprudencia a partir del caso Lotus.⁴⁶ Este amplio respaldo se sustenta en que desde un punto de vista práctico, se superan las lagunas de

⁴¹ “[T]he mere fact of two trials being held simultaneously for the same acts against the same accused is likely to prejudice the rights of the accused as stated in Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights.” *Dukić case, Decision on Preliminary Motions of the Accused*, 26 April 1996 (Trial Chamber). En: JONES, John R.W.D. *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, 2° ed. Nueva York: Transnational (2000), p. 230.

⁴² SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ / BLANCO CORDERO, “Problemas de derecho”, cit. nota n° 27, p. 180 y

s.

⁴³ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ / BLANCO CORDERO, “Problemas de derecho”, cit. nota n° 27, p. 180 y

s.

⁴⁴ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ / BLANCO CORDERO, “Problemas de derecho”, cit. nota n° 27, p. 180 y s.; SIEBER, “Internacionales Strafrecht”, cit. nota n° 20, p. 2067 y s.

⁴⁵ Cfr., en la doctrina nacional, NOVOA MONREAL, *Curso de Derecho Penal Chileno*, cit. nota n° 12, p. 159, GARRIDO MONTT, *Derecho Penal*, cit. nota n° 12, p. 137.

⁴⁶ Caso Lotus, sentencia disponible en http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus/ [visitado el 03.08.2008].

CÁRDENAS, Claudia. “El lugar de comisión de los denominados ciberdelitos”.

Polít. crim., N° 6, 2008, A2-6, pp. 1-14.

[http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_2_6.pdf]

punición⁴⁷ que eventualmente podrían darse si dos Estados tuvieran criterios distintos (por ejemplo, si el Estado del lugar de comisión sigue la teoría del resultado y el del lugar del resultado la teoría de la comisión). Además, se estima que es la teoría que mejor se adecua a las exigencias derivadas del respeto a la soberanía territorial del Estado, ya que a éste le corresponde garantizar la seguridad pública dentro de su territorio, la que se perturba tanto si allí tiene lugar la conducta como si allí tiene lugar el resultado.⁴⁸

Resulta en sí evidente que el alcance de la competencia territorial según el criterio de ubicuidad dependerá de qué se entiende por lugar de la conducta o lugar del resultado, para determinar lo cual entran en juego los criterios desarrollados más arriba. Es así que en doctrina también se observa que este principio de la ubicuidad ha experimentado una evolución tendiente a la expansión⁴⁹ consecuencia de las interpretaciones laxas de lugar de la acción y lugar del resultado.⁵⁰ Sin embargo, mayoritariamente se niega que pueda ser competente un Estado en el que solamente tiene lugar parte del curso causal (aquel donde se encuentra el servidor,⁵¹ por el que pasa la información), sin que ni conducta ni resultado tengan lugar en él, salvo que el mero tránsito implique ya un peligro.⁵²

4. Posición personal

En principio, difícilmente puede sostenerse una posición contraria a la aplicación del principio de territorialidad para la investigación y juzgamiento de algún delito. El problema aquí no está en la aplicación de la territorialidad en cuanto a principio, sino en que – en aras de una mayor eficacia – se hace una interpretación tan extensiva del principio que en definitiva termina desvirtuándolo, llegando a equipararlo, en cuanto a sus resultados, con el principio de universalidad.

Aparte de los reparos que la doctrina ha manifestado respecto de la interpretación extensiva del lugar de comisión -y que no serán reiterados en este lugar por haber sido expuestos ya más arriba- resulta imprescindible hacer hincapié en otros dos reparos relevantes. El primero consiste en que siguiendo las interpretaciones extensivas del principio de territorialidad se alcanza -como se ha señalado ya- un efecto de universalidad de la jurisdicción estatal, que implica aplicación universal del derecho interno de cada Estado y torna superfluos los puntos de conexión ordinariamente reconocidos para la aplicación

⁴⁷ JESCHECK, *Tratado*, cit. nota n° 24, p. 190.

⁴⁸ GONZÁLEZ TAPIA, “El lugar”, cit. nota n° 9, p. 354.

⁴⁹ GONZÁLEZ TAPIA, “El lugar”, cit. nota n° 9, p. 358.

⁵⁰ Los tribunales de algunos países europeos (Italia, Francia, Suiza), aplican el principio cada vez que se haya llevado a cabo cualquier movimiento corporal de ejecución típica o haya tenido lugar cualquier consecuencia dañosa del delito. Cfr. GONZÁLEZ TAPIA, “El lugar”, cit. nota n° 9, p. 359.

⁵¹ Cfr. ANARTE BORRALLO, Enrique. “Incidencia de las nuevas tecnologías en el sistema penal. Aproximación al derecho penal en la sociedad de la información”. *Derecho y conocimiento*, vol. 1, pp. 191-257, p. 209. en <http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC01.htm> [visitado el 20.08.2008]. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ / BLANCO CORDERO, “Problemas de derecho”, cit. nota n° 27, p. 171. En contra CORNILS, “Der Begehungsort”, cit. nota n° 20, p. 396.

⁵² Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ / BLANCO CORDERO, “Problemas de derecho”, cit. nota n° 27, p. 170; JESCHECK, *Tratado*, cit. nota n° 24, p. 191.

CÁRDENAS, Claudia. “El lugar de comisión de los denominados ciberdelitos”.

Polít. crim., N° 6, 2008, A2-6, pp. 1-14.

[http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_2_6.pdf]

extraterritorial del derecho (personalidad activa, pasiva, protección, universalidad). Se pasan así por alto los fundamentos que han de justificar la aplicación de la jurisdicción universal, que es excepcional en nuestro sistema jurídico. El segundo es que se obvian al mismo tiempo los resguardos para que los derechos de los imputados que acompañan a la aplicación del principio de universalidad: el respeto al principio de *ne bis in idem* y la litispendencia si otro Estado está persiguiendo o ya decidió el asunto.⁵³

4.1. Universalidad con base fáctica

Si bien es atendible que se busque evitar que eventuales sujetos activos de conductas delictivas busquen ciertos países donde las conductas que pretenden llevar a cabo no están tipificadas como delito para actuar desde allí, la solución de interpretar extensivamente lo que se entiende por lugar de comisión para llegar a tener jurisdicción obre conductas llevadas a cabo en todo el globo no parece satisfactoria.

Aplicando una interpretación extensiva del lugar de comisión, cada país sería competente para la totalidad de delitos cometidos a través de Internet. Con ello se lograría en la práctica un efecto análogo al de la universalidad, pero con base fáctica, burlando el fundamento de la jurisdicción universal.

Si no se dan los supuestos que fundamentan la aplicación del principio de universalidad, no es lícito que se obtenga el mismo efecto torciendo al principio de territorialidad. La aplicación del principio de universalidad es excepcional si se contempla al sistema jurídico en su conjunto. Sólo se justifica materialmente si los delitos a sancionar atentan gravemente en contra de los bienes jurídicos fundamentales del derecho internacional.⁵⁴ Es esto lo que da a esos hechos trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto y justifica la jurisdicción de los Estados individuales. Estos supuestos no se dan en el caso de los cibercrímenes como categoría. Sin perjuicio de que algún delito de derecho internacional pueda cometerse por medio de Internet (como podría serlo la instigación al genocidio), por regla general se trata de delitos de derecho interno, por lo que, a diferencia de lo que ocurre con la aplicación del principio de universalidad, aquí los Estados pretenden aplicar su derecho interno en todo el globo. Esa facultad estatal no se ha fundamentado suficientemente hasta ahora.

⁵³ El que estas dos excepciones procesales puedan invocarse con éxito cuando la jurisdicción se basa en el principio de universalidad es ya ampliamente reconocido. Cfr. CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press (2003), pp. 287 y 320; ENDRIß, Rainer; KINZIG, Jörg. “Eine Straftat-zwei Strafen. Nachdenken ueber ein erweitertes ‘ne bis in idem’”. *Strafverteidiger* (1997), pp. 665-668, p. 666. Cfr. asimismo OEHLER, Dietrich. *Internationales Strafrecht*, 2° edición (1983), número marginal 906.

⁵⁴ BREMER, Kathrin. *Nationale Strafverfolgung internationaler Verbrechen gegen das Humanitäre Völkerrecht*. Schriften zum Europa- und Völkerrecht und zur Rechtsvergleichung. Tomo III, Frankfurt del Meno (1999) pág. 128. Cfr. asimismo BENAVIDES, Luis. “The universal jurisdiction principle: nature and scope”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (2001), pp. 19-96, pp. 38 y 41; MERKEL, Reinhard. “Universelle Jurisdiktion bei völkerrechtlichen Verbrechen”. En: LÜDERSEN, Klaus (ed.), “Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? tomo III . Baden-Baden: Nomos (1998), pp. 237 y ss., p. 244; VAN DER VYVER, J.D. “Universal Jurisdiction under international law. South African Yearbook of International Law 24 (1999), pp. 107-132, p. 115.

CÁRDENAS, Claudia. “El lugar de comisión de los denominados ciberdelitos”.

Polít. crim., N° 6, 2008, A2-6, pp. 1-14.

[http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_2_6.pdf]

4.2. Falta de reconocimiento amplio de las excepciones de *ne bis in idem* y litispendencia al invocar al principio de territorialidad como fundamento de la jurisdicción estatal

Como efecto de la interpretación extensiva del principio de territorialidad – a la que se ha hecho ya repetida alusión – puede darse que varios países inicien y lleven a cabo procesos por los mismos hechos. El riesgo de esta hipótesis es alto si se combina el principio de ubicuidad con las interpretaciones extensivas del lugar de la acción y del resultado. Este hecho de que se lleven a cabo procesos simultáneos, aún sin asumir que algunos de ellos tengan lugar sin garantías para los imputados, implica, conforme a lo resuelto por la jurisprudencia internacional,⁵⁵ una merma en el respeto de los derechos del imputado en su la capacidad de defensa. Además de problemas idiomáticos el imputado se ve sometido, entre otros, a problemas económicos de costear distintas defensas.

El problema se agrava ante el hecho de que (todavía) no es unánime la admisión de las excepciones de litispendencia o *ne bis in idem* cuando se invoca la territorialidad como fundamento de la jurisdicción estatal.

Es menester estar alerta acerca del peligro de ceder a las tentaciones de interpretación extensiva de las normas que otorgan jurisdicción a un Estado para aumentar la eficacia: no debe perderse jamás de vista el límite de los derechos fundamentales. En la situación en comento debe tenerse en consideración que, a diferencia de lo que ocurre en los casos en los que se aplica el principio de universalidad, en que la capacidad de invocar internacionalmente las excepciones de *ne bis in idem* y litispendencia es ya bastante aceptada, una interpretación extensiva de lo que ha de entenderse como lugar de comisión o perpetración del delito para los efectos de aplicar el principio de territorialidad hace surgir un peligro cierto de persecuciones múltiples y simultáneas.⁵⁶ Esto adquiere importancia si se repara en que entre sus múltiples facetas, el principio *ne bis in idem* es un derecho individual, una garantía procesal que consiste en el derecho de cada individuo a no ser juzgado o castigado más de una vez por el mismo hecho, que se encuentra reconocido en el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8.4 del Pacto de San José de Costa Rica.⁵⁷

Ciertamente, siempre que haya multiplicidad de Estados competentes, los problemas de litispendencia y *ne bis in idem* pueden darse aún sin interpretaciones expansivas del

⁵⁵ Dukić case, Decision on Preliminary Motions of the Accused, 26 April 1996 (Trial Chamber). En: JONES, John R.W.D. *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, 2° ed. Nueva York: Transnational (2000), p. 230.

⁵⁶ Habría consenso en aplicar internacionalmente la garantía *ne bis in idem* sólo cuando la competencia se fundamenta por los principios de aplicación extraterritorial. Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ / BLANCO CORDERO, “Problemas de derecho”, cit. nota n° 27, p. 179.

⁵⁷ Cfr. asimismo el artículo 1.4 del Séptimo Protocolo de la Convención Europea sobre Derechos Humanos. Cfr. igualmente TALLGREN, Immi. “Article 20, *ne bis in idem*”. En: TRIFFTERER, Otto (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*. Baden-Baden: Nomos, (1999), pp. 419 y ss, p. 421 (número marginal 3); BASSIOUNI, M. Cherif; MANIKAS, Peter (eds.), *The law of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*. Nueva York: Transnational (1996), p. 319; BERG, Bradley E., “The 1994 I.L.C. draft Statute for an International Criminal Court. A principled appraisal of jurisdictional structure”. *Case Western Reserve Journal of International Law* 28 (1996), pp. 221-264, p. 246.

CÁRDENAS, Claudia. “El lugar de comisión de los denominados ciberdelitos”.

Polít. crim., N° 6, 2008, A2-6, pp. 1-14.

[http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_2_6.pdf]

principio de territorialidad, pero una interpretación extensiva del principio de territorialidad no hace sino agravarlos exponencialmente.

Conclusión

El problema con los delitos cometidos a través de Internet no está tanto en que éste sea un espacio sin ley, sino en la multitud de pretensiones punitivas concurrentes⁵⁸ y en la dificultad de asegurar el imperio del derecho en la práctica. Se puede observar entonces que, si bien existe consenso en aplicar preferentemente el más tradicional de los principios en materia de aplicación de la ley penal en el espacio, el de territorialidad, la aplicación que se hace de él es crecientemente expansiva. Siendo comprensible que se busque superar las dificultades objetivas que importan la persecución y castigo de los cibercrímenes, existen aspectos jurídicos a considerar que hacen que parezca pertinente llamar la atención acerca de esta evolución.

Son dos los que parecen no haber sido suficientemente desarrolladas hasta ahora: el primero es que con las interpretaciones extensivas del principio de territorialidad se logra una universalidad con base fáctica, sin que se den los fundamentos que justifican y legitiman la jurisdicción universal y haciendo de paso superflua la existencia de los principios ordinariamente reconocidos para la aplicación extraterritorial del derecho penal. El segundo es que esta interpretación extensiva abre la puerta a llevar a cabo múltiples procesos sobre un mismo hecho, incluso simultáneamente, al no estar asentado (todavía) de modo generalizado el reconocimiento internacional de las excepciones de *ne bis in idem* y litispendencia cuando se invoca a la territorialidad como principio en que se fundamenta la jurisdicción estatal.

En la interpretación de la normativa existente para aplicarla a la nueva realidad o en la adaptación que en su caso se haga de ella será necesario, en último término, balancear adecuadamente garantía y eficacia, tarea nada fácil, pues en el esfuerzo de interpretar la legislación vigente o de legislar para superar las dificultades que se presentan en la persecución de estos delitos podría llegarse a una persecución expansiva de los mismos. Parece claro que lo que se da en llamar ciberdelitos no puede sustraerse a toda clase de regulación, el desafío está en cómo regularlos lo más efectivamente posible sin atentar contra las bases del sistema.

Cierto es que la detección, persecución y castigo del denominado cibercrimen tiene particularidades que lo hacen particularmente complejo. Tanto así, que se aventura decir que el sistema de justicia criminal que se aplique no tendrá impacto en el cibercrimen, por las bajas probabilidades que hay en cuanto a su detección, persecución y esperanza de castigo.⁵⁹ Empero, el sistema no se hace mejor si los ajustes que se llevan a cabo para su mayor eficacia dejan de lado la salvaguarda de ciertas garantías fundamentales.

⁵⁸ DE MARCO, *Le Droit Pénal*, cit. nota n° 9.

⁵⁹ MOITRA, “Developing policies”, cit. nota n° 2, p. 463.