

## **EFICACIA PRIVADA DE LA PENA DE “DESTIERRO VIRTUAL”, ¿ESTÁN LOS PROVEEDORES DE ACCESO A INTERNET OBLIGADOS A NEGARSE A CONTRATAR CON LOS CONDENADOS POR DELITOS COMETIDOS A TRAVÉS DE LA RED?<sup>1</sup>**

*Ana I. Mendoza Losana*  
*Profesora contratada doctora de Derecho Civil*  
*Centro de Estudios de Consumo*  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

**La sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Huelva de 17 de octubre de 2012 impone a los proveedores de acceso a internet el deber de cancelar el acceso a Internet en el marco de un contrato vigente pero no el de abstenerse de contratar con el condenado por pornografía infantil, ni el de vigilar la conducta de sus eventuales clientes.**

Desde el pasado 21 de febrero y hasta el próximo 31 de marzo del 2013, la web de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) publica un anuncio con una llamativa referencia a la sentencia condenatoria del Juzgado de lo Penal nº 2 de Huelva, que ha suscitado cierto interés mediático. En la información que acompaña al anuncio se explica que “el Juzgado de lo Penal nº 2 de Huelva requiere a los operadores que presten servicio de acceso a Internet o servicio soporte de red que lleven a efecto lo dispuesto en su sentencia condenatoria de 17 de octubre de 2012 (Ejecutoria nº 664/2012, Procedimiento Abreviado nº 217/2012)”<sup>2</sup>.

### **Contenido de la sentencia condenatoria**

---

<sup>1</sup> Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER 2011-28562, del Ministerio de Economía y Competitividad (“Grupo de Investigación y Centro de Investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo”), que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera

<sup>2</sup> El anuncio ha estado unos días publicado en la web de inicio (<http://www.cmt.es>), aunque actualmente se encuentra en el siguiente enlace: [http://www.cmt.es/inicio?p\\_p\\_id=101\\_INSTANCE\\_Y8c2&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&p\\_p\\_col\\_id=column-2&p\\_p\\_col\\_count=1&\\_101\\_INSTANCE\\_Y8c2\\_struts\\_action=%2Fasset\\_publisher%2Fview\\_content&\\_101\\_INSTANCE\\_Y8c2\\_urlTitle=20130221\\_sentencia\\_juzgadohuelva&\\_101\\_INSTANCE\\_Y8c2\\_type=content&redirect=%2F](http://www.cmt.es/inicio?p_p_id=101_INSTANCE_Y8c2&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_count=1&_101_INSTANCE_Y8c2_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_INSTANCE_Y8c2_urlTitle=20130221_sentencia_juzgadohuelva&_101_INSTANCE_Y8c2_type=content&redirect=%2F)

El aséptico anuncio publicado por la CMT se limita a comunicar a los operadores destinatarios que “pueden acceder en la sede de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, a una copia de la Sentencia condenatoria del Juzgado de lo Penal nº 2 de Huelva de fecha 17 de octubre de 2012 (Ejecutoria nº 664/2012 del Procedimiento Abreviado nº 217/2012), así como a una copia de los Oficios del mismo Juzgado de 25 de octubre de 2012 y de 3 de enero de 2013, la cual es de obligado cumplimiento para todos los operadores antes citados”.

Llama la atención la singularidad de este anuncio o más propiamente de la sentencia cuyo contenido es de obligado cumplimiento para los operadores destinatarios. La sentencia, dictada tras un acuerdo de conformidad entre el Ministerio Fiscal y la defensa, declara probado que el acusado accedió con su ordenador portátil como usuario de la red de intercambios “Ares” y “Peer to Peer” de “EMULE” a material pornográfico infantil (fotos y vídeos); descargó este material y almacenó al menos nueve vídeos en una carpeta de archivos compartidos denominada “My Schared Folders”, favoreciendo no sólo su uso personal, sino también el acceso de otros individuos a dichas grabaciones, que fueron encontradas en la memoria del Disco Duro de su ordenador. Estos hechos se califican como delito de corrupción de menores (tenencia y distribución de pornografía infantil del artículo 189.1 b) del Código Penal en su redacción anterior a la LO 5/2010). Por ellos, se condena a una pena de prisión de un año y seis meses, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y además se impone al acusado como deber de conducta, “la cancelación de la contratación de cualquier contrato de acceso a Internet, bien asociado a números de telefonía fija o móvil, durante el plazo de condena, incluidos los actualmente mantenidos por él hasta el momento” y se ordena la comunicación de la prohibición a la Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones, “a fin de que a su vez sea comunicada *a todos los operadores de acceso a Internet registrados ante ella*”.

#### **Alcance del deber de conducta: ¿”destierro virtual” o simple cancelación del servicio ya contratado?**

Se impone como deber de conducta la *“cancelación de la contratación de cualquier contrato de acceso a Internet, bien asociado a números de telefonía fija o móvil, durante el plazo de condena, incluidos los actualmente mantenidos por él hasta el momento”*.

El destinatario de este deber de conducta es el acusado y condenado, no los operadores. Pero esto abre algún interrogante: el hecho de que la sentencia se comunique a la CMT, a fin de que a su vez sea comunicada a todos los operadores de acceso a Internet

registrados ante ella, ¿significa que si un operador al que se le ha notificado esta sentencia contrata con el usuario incurre en responsabilidad penal por incumplimiento de la ejecutoria?

La ambigüedad con la que se impone el deber de conducta impide dar respuesta clara a la pregunta anterior. Por definición, sólo se pueden cancelar los “contratos mantenidos ... hasta el momento”. No cabe la cancelación de contratos que están por celebrar. Y el que debe cancelar la contratación es el acusado y no los operadores. La expresión “cancelación de la contratación de cualquier contrato de acceso a internet” debe interpretarse como la extinción de los contratos de acceso a Internet en los que el acusado ya es parte y más concretamente y desde el punto de vista material, la cancelación o bloqueo del acceso a la red.

De acuerdo con esta interpretación, sobraría la extensión de la cancelación a los “incluidos los actualmente mantenidos por él hasta el momento”. El uso de esta expresión y la notificación de la ejecutoria a todos los proveedores de acceso a Internet registrados en la CMT ha hecho pensar que el propósito de la sentencia al imponer el deber de conducta no es sólo la cancelación de contratos, sino el “destierro virtual”, esto es, que el sujeto no tenga acceso a Internet y para ello y como deber accesorio o instrumental se le obliga a cancelar (extinguir) “cualquier contrato” incluidos “los actualmente mantenidos por él hasta el momento” o los que pueda llegar a celebrar en el futuro.

En rigor y si realmente se pretende el destierro virtual, se debería obligar a extinguir (cancelar) los contratos mantenidos hasta el momento y a abstenerse de contratar durante el tiempo de duración de la condena. En otros términos, la sentencia debería obligar a todos los proveedores de acceso a Internet que prestan sus servicios en España o que vayan a prestarlos en el próximo año y medio y que por ello están o estén inscritos en el correspondiente Registro de la CMT a no prestar sus servicios ni facilitar la conexión a la red al condenado durante el tiempo que dure la condena. Aunque algún medio de comunicación, sí ha hablado de la imposición a los operadores de un deber de vigilancia y de un deber de no contratar, la sentencia no lo dice expresamente, limitándose a ordenar la cancelación de los contratos actuales o de los que pudieran celebrarse en el futuro (si es que el condenado contrata). Y es razonable, dadas las dificultades jurídicas y prácticas de imponer un deber de estas características.

### **Dificultades para la ejecución de sentencia cuyo contenido es “abstenerse de contratar”**

*Dificultades para la práctica de la notificación*

Los destinatarios de la notificación son “todos los operadores de comunicaciones electrónicas inscritos en el Registro de Operadores de la Comisión, en las modalidades de prestación de servicios de transmisión de datos y de explotación de redes hábiles para la transmisión de datos en cualquiera de sus modalidades”. En otros términos, los llamados a cumplir el contenido de la sentencia condenatoria son los proveedores de acceso a Internet.

Con fecha 5 de noviembre de 2012 se recibió en el Registro General de la CMT un Oficio del juzgado, fechado el día 25 de octubre de 2012, mediante el cual, y en el marco de la tramitación de la ejecutoria, se remite copia de la Sentencia condenatoria y se requiere a la CMT que comunique la misma “a todos los operadores de acceso a Internet registrados”. Mediante un Oficio posterior, el Juzgado autoriza a la Comisión a practicar la notificación “por correo electrónico con confirmación de recepción”. Dado que el correo electrónico de los operadores de comunicaciones electrónicas es un dato de inscripción voluntaria en el Registro de Operadores, y que en consecuencia no todos lo han notificado a la Comisión, se opta por anunciar el requerimiento en la web de la CMT a modo de notificación complementaria.

Del contenido del anuncio parece deducirse que la CMT ha practicado la notificación vía electrónica, por correo ordinario y “a modo de notificación complementaria” por medio de este anuncio publicado en su web. A pesar de la dificultad para practicar la notificación personalizada (a fecha de 6 de marzo del 2013, hay inscritos más de 1900 proveedores de acceso a Internet en el registro de la CMT), la práctica de esta notificación mediante anuncio publicado en la web tiene como única finalidad la de dar mayor notoriedad y publicidad a la sentencia pero en la medida en la que no permite tener constancia de la recepción, no excluye la notificación personalizada (electrónica o por correo postal) con confirmación de recepción.

Por otra parte, la sentencia ordena a la CMT la comunicación del deber de conducta (cancelación de contratos incluidos los vigentes) a los operadores “inscritos” en el Registro de operadores. En principio, se ha de entender que se trata de los “inscritos” a la fecha de la notificación, pero atendiendo a la finalidad de la sentencia, también se debería notificar a los que se inscriban hasta la finalización del plazo de condena. En otros términos, para garantizar el cumplimiento del contenido del deber de conducta entendido como destierro virtual se impondría a la CMT un deber adicional de comunicar a todo proveedor de acceso a internet que notifique el inicio de su actividad y solicite la inscripción en el correspondiente registro de esta sentencia (y de todas las posibles sentencias) que condenan a un sujeto al destierro virtual. Naturalmente, de generalizarse este tipo de deberes de conducta, su cumplimiento resultaría casi

impracticable (mientras sólo haya una sentencia, analizada por exótica, la dificultad será relativamente fácil de superar).

En cualquier caso, partiendo de que el único destinatario del deber de conducta es el condenado, acreditada la notificación al operador, ¿incurriría éste en responsabilidad penal si mantiene el contrato con el condenado o si celebra otro? A esta y a otras cuestiones se pretende responder en los apartados siguientes.

#### *Dificultades para la ejecución del contenido*

La ambigüedad con la que se define el deber de conducta dificulta la ejecución de la sentencia. Acreditada la notificación, ¿incumple el operador que contrata el acceso a Internet? Conforme lo explicado en los párrafos anteriores, la sentencia no obliga a los operadores a “no contratar” sino a “cancelar” el acceso. Parece deducirse que el propio juzgador es consciente de la dificultad de obligar a todos los operadores inscritos (o que se inscriban los próximos meses) a no contratar. Pareciera que lo que se pretende es preconstituir una orden de cancelación del servicio para el caso de que el operador llegue a contratar con el condenado, de modo que en este caso, la ejecución de la sentencia justificaría exigir la cancelación.

Mediante sentencia judicial se puede obligar a los operadores a cancelar el acceso a Internet, si tuvieran un contrato en vigor (art. 83.6ª Código Penal) o a bloquear el acceso a ciertas páginas de contenido ilícito (art. 11 Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información), pero imponerles un genérico deber de no contratar con el condenado es impracticable, salvo que se el legislador creara una especie de registro de condenados al destierro virtual accesible para los operadores o que se obligara a éstos a exigir a cualquier potencial cliente un certificado de antecedentes penales. Cualquiera de estas soluciones resulta desproporcionada.

Por otra parte, parece extremadamente complicado velar por el cumplimiento de un eventual deber de conducta impuesto a los operadores consistente en no contratar. ¿Quién controlará si efectivamente se ha contratado el servicio con el sujeto condenado? Ni en la CMT, ni en la SETSI, ni en los organismos de consumo existe un registro de contratos celebrados por estos operadores con sus clientes. ¿Habrá un policía vigilando que el condenado no entre en ninguna tienda dedicada a la contratación de estos servicios o que no realice ninguna llamada telefónica para contratarlo? En la esfera estrictamente contractual, tampoco habrá interesados en impugnar civilmente el contrato por vulnerar la sentencia judicial condenatoria. Ni usuario, ni operador tendrán incentivos para impugnar la celebración del contrato.

Por otra parte, ni el deber de cancelar los contratos de acceso a Internet ni tampoco el deber de no contratar en el futuro garantizan la eficacia de este deber de conducta consistente en no acceder a Internet (destierro virtual). Siempre habrá amigos, familiares o conocidos dispuestos a permitir al condenado el uso de su conexión, espacios públicos que faciliten la conexión sin contrato alguno (bibliotecas públicas, zonas wi-fi de centros o espacios públicos...). Por tanto, resulta ineficaz imponer un deber de conducta consistente en no acceder a Internet.

### **¿Es el “destierro virtual” una medida conveniente?**

Más allá de las dificultades de aplicación, -que son numerosas-, cabe cuestionarse sobre la pertinencia de este tipo de deberes de conducta que pueden acompañar a la pena impuesta a los condenados por la comisión de delitos a través del uso de las nuevas tecnologías. Ciertamente, al condenado por un delito relacionado con la circulación de vehículos de motor se le puede privar del permiso de conducir o al que utiliza de forma ilícita un arma de fuego, se le puede retirar la correspondiente licencia de uso. En ambos casos, se trata de supuestos en los que el uso debe ser previamente autorizado tras la correspondiente comprobación de que el solicitante ostenta la cualificación exigida legalmente. Pero no ocurre así para utilizar las nuevas tecnologías. En principio, cualquiera puede usar estas herramientas para comunicarse mediante correo electrónico con amigos o familiares, leer el periódico, acceder a la formación on-line, trabajar a distancia, pedir un certificado a la Administración, presentar una reclamación, concertar una cita con el médico, contribuir con una asociación solidaria o también, como no, para delinquir. ¿Es razonable prohibir a una persona el uso de las nuevas tecnologías por el hecho de haberlas utilizado en alguna ocasión para cometer un delito (por muy reprochable que éste sea)? ¿Sería razonable prohibir la contratación del servicio telefónico al que ha sido condenado por amenazas o injurias proferidas a través del teléfono?

En mi opinión, está totalmente justificado que se ordene el bloqueo del acceso a la web de descarga y almacenamiento de archivos que sirvió para cometer el delito o a otras de contenido similar (art. 11 Ley 34/2002), pero no que se impida al individuo el acceso a una herramienta que tiene otros muchos usos aparte del delictivo. La imposición de este deber de conducta conlleva la imposición de una pena preventiva (en previsión de que se vuelva a hacer un uso delictivo de la red), que podría atentar contra otros derechos de la persona (derecho a la comunicación y a la información, la libertad de expresión, el derecho a la salud, al trabajo, a la educación...) y correlativamente, a la dignidad de la persona (art. 83.6ª CP).



Por otra parte, se sitúa a las empresas en el riesgo de incurrir en responsabilidad penal careciendo de instrumentos adecuados para garantizar el cumplimiento de este tipo de sentencias. Si no hay un registro de sujetos a los que se les haya impuesto esta pena o si los proveedores de acceso a Internet no pueden exigir un certificado de antecedentes penales antes de contratar (creo que esta exigencia sería tildada por todos como desproporcionada), de generalizarse las sentencias de este tipo, su cumplimiento resultaría prácticamente imposible.