

Montevideo, 13 de marzo de 2023.

Sr. DIRECTOR DEL INSTITUTO URUGUAYO DE DERECHO PENAL Y  
CRIMINOLOGIA.

Profesor Titular Dr. Germán Aller Maisonave.

Tengo el agrado de dirigirme a Ud. a fin de hacerle llegar algunas consideraciones sobre el Proyecto de Ley de Ciberdelitos que se encuentra a estudio de la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración; integrada al efecto con la Comisión Especial de Innovación Ciencia y Tecnología.

En primer lugar debo decir que es más que necesario legislar en torno a los llamados “delitos informáticos”. Ello porque en las últimas décadas, el avance de la tecnología, en especial en materia informática, ha revolucionado al mundo, y conductas que lesionan gravemente determinados bienes jurídicos (no sólo la propiedad sino también la intimidad y la libertad entre otros) no encuentran adecuada tipificación en las normas penales.

Quienes ejercemos la materia penal en forma particular (en mi caso hace 32 años) sabemos que existen un número alarmante de casos en los que, aprovechándose de herramientas tecnológicas, son usadas muchas veces incluso desde el anonimato, para cometer conductas reprochables, generalmente, contra las personas más vulnerables.

Sin perjuicio de ello, algunas conductas podrían además afectar bienes jurídicos muy importantes como la seguridad del Estado, redes de suministro de materias primas básicas, organismos públicos, etc. pudiendo causar daños gravísimos a las personas en particular o al país en su conjunto.

Ello conlleva a que muchas de estas conductas, que lesionan o ponen o peligro gravemente bienes jurídicos son impunes por no existir un tipo penal al que se adecuen. O lo que es peor, algunos operadores del proceso, en el afán justamente de que ello no ocurra, intentan adecuar a la fuerza dichas conductas con tipos penales existentes violando muchas veces principios básicos del derecho penal.

El proyecto en sí, si bien obedece como decíamos a una necesidad reconocida y porqué no, urgente, no cumple a mi humilde entender, con los parámetros que una legislación moderna y apoyada en los principios básicos del Derecho Penal debe atender.

En primer lugar, el principio de legalidad, con fundamento legal, Convencional y Constitucional, obliga al legislador a dictar leyes que además de ser escritas y de aplicación a conductas posteriores a su entrada en vigencia, deben ante todo ser “estrictas” es decir, claras y de fácil entendimiento para todos los ciudadanos y no sólo los expertos.

El Proyecto plantea un número importante de tipos penales que no cumplen con esa garantía básica del principio de legalidad por cuanto su lectura y comprensión se muestra confusa, de difícil estudio y por tanto, también de difícil aplicación.

Por ejemplo, el inciso que se agrega al artículo 288 del Código Penal, parecería ya estar incluido en el tipo penal de violencia privada.

La segunda parte que resulta novedosa incorpora en el literal A como elementos típicos lo siguiente:

*Vigile, persiga o busque cercanía física, estableciendo o intentando establecer contacto con una persona...*

Todos estos conceptos más que no resultar claros, son muy confusos. Y ello no es menor, puesto que una persona realice “acoso” a través de algunas de estas conductas estaría nada más y nada menos que judicializando una situación y atentando contra la libertad de las personas.

Que no se malentienda. Como dijimos al principio, estamos de acuerdo en tratar estos temas y dándoles la importancia que hoy día merecen todas estas conductas. Pero no a costa de echar un manto de duda y poco claro respecto de cuáles serían exactamente las conductas prohibidas.

Los términos allí usados por la ley como decíamos, son muy amplios y podrían dar a lugar a demasiadas dudas e interpretaciones, que como decía BECCARIA en De los Delitos y las Penas, es el peor enemigo de la justicia.

Por su parte el agregado al artículo 273 genera una contradicción legal llamativa.

Se agregaría el inciso 4 como *grooming o acercamiento físico o virtual al delito de atentado violento al pudor.*

Los delitos sexuales quedaron redactados a partir de las incorporaciones realizadas por la ley N° 19.580 también de forma confusa, superfetando tipos penales y entrando en contradicción con otras normas. Es que a veces no se debe confundir la protección de bienes jurídicos (principal función de la ley penal) con una función moralizante, mediante la cual un grupo o grupos de presión de la sociedad quiere imponer a otro (incluso a la mayoría) sus creencias religiosas, morales o filosóficas acerca de un tema.

*El agregado castigaría con una pena de hasta 4 años, al que contacte con un menor de dieciséis años, ya sea de forma directa o mediante un tercero, a través de internet, teléfono o cualquier otro medio telemático, independientemente del soporte tecnológico, proponiendo concertar un encuentro de naturaleza sexual, pornográfico o exhibicionista*

Un artículo más arriba, en el abuso sexual la ley presume la violencia cuando el acto de naturaleza sexual se efectúa:

- 1. Con una persona menor de quince años. Esta presunción no regirá si se tratare de relaciones consensuadas entre personas de trece años cumplidos y no exista entre ambas una diferencia mayor de ocho años.*

A su vez, el artículo 272 (violación) en términos similares legisla en cuanto a las presunciones de violencia:

- 1. Con persona del mismo o diferente sexo, menor de quince años. No obstante, se admitirá prueba en contrario cuando la víctima tuviere trece años cumplidos y no exista entre ella y el sujeto activo una diferencia de edad mayor de ocho años.*

En otras palabras. No es lícito mantener relaciones sexuales con una persona menor de 13 años no importando la edad de la otra.

Pero sí es lícito y sin lugar a dudas, mantener relaciones con una persona mayor de 13 años si la relación es consensuada y no hay una diferencia mayor de 8 años entre ambos.

En este caso, debería ser perfectamente lícito contactar a esa persona a través por ejemplo de teléfono.

La contradicción es evidente: ambas personas pueden mantener relaciones sexuales, pero estaría prohibida una conducta anterior, preparatoria.

Sin perjuicio de esto, es necesario aclarar, que las relaciones con personas mayores de 15 años, y siempre que fueran consensuadas son lícitas en todo caso, no importando la diferencia de edad entre ellas. Por tanto la ley prohibiría contactar a una persona mayor de 15 y menor de 16 cuando las relaciones con esta persona sería lícita.

Por tanto, no podemos transformar en ilícitas conductas que otra norma prevé como lícitas.

Esta conducta podría sí tipificarse (en una más cuidadosa redacción) en el caso en el que los medios sean justamente la violencia, la amenaza o el engaño hacia la víctima o justamente, que la víctima fuera una persona que por alguna razón, no estuviera en condiciones de consentir esas conductas (alguno de los cuales aparecen como agravantes y no como integrantes del tipo penal como deberían).

En otro ejemplo, no alcanzo a comprender el agregado al artículo 347 del Código Penal, por cuanto se incluye como elemento típico en la llamada estafa informática, “*El que, en abuso de sistemas informáticos, tenencia de programas, u otros mecanismos informáticos idóneos,*” ...

¿Cuál es el significado y el alcance del *abuso* de sistemas informáticos?  
¿Cómo se abusa de la tenencia de sistemas informáticos?

Como venimos diciendo, la ley debe ser lo más clara y estricta posible, la que deberá ser leída y comprendida por el ciudadano común quien es hacia quien va dirigida.

En definitiva, entiendo que abordar el tema es bienvenido por lo importante y urgente del mismo.

Pero la temática merece un estudio más acabado pues incluso hay aún una problemática no tratada en el mismo que podría ser abordada por la ley.

De todas formas, la aprobación así como está redactado el Proyecto genera muchas dudas interpretativas, y contradicciones ya patentes con otros tipos penales.

Dr. Gustavo BORDES.

Prof. Agregado Grado IV (I)