

Montevideo, 27 de febrero de 2023

Director del Instituto de Derecho penal y Criminología
de la Facultad de Derecho – Udelar.
Prof. Dr. Germán Aller.
De mi mayor consideración.

Por la presente le remito informe sobre el Proyecto de Ley sobre ciberdelincuencia remitido por el Poder legislativo.

I.- ANALISIS DEL PROYECTO DE LEY Y MODIFICACIONES

PROPUESTAS POR EL DIPUTADO CAL

El Proyecto de ley remitido por el Poder Legislativo, respecto a la tipificación de conductas con relevancia penal respecto a lo que el proyecto ha dado en llamar ciberdelitos, resulta desde una mirada científica del Derecho penal inapropiada su aprobación tal como se encuentra presentado, en virtud de las siguientes consideraciones:

1.- Respecto a la creación de un artículo 288 bis en el Código Penal, bajo el *nomen iuris* “Acoso telemático”, el mismo resulta innecesario, en virtud que las conductas descriptas en el tipo penal proyectado, se podrían encartar en el delito de violencia privada que se encuentra estipulado en el artículo 288 del Código Penal vigente, ya que el medio típico violencia reclamado en el tipo penal descripto en el art. 288 abarca tanto de la violencia física como la violencia moral, quedando atrapado en dicho concepto las conductas que actualmente se pretenden castigar con el artículo 288 bis proyectado.

Asimismo, la expresión “mediante utilización de medios telemáticos...”, claramente se subsume en el verbo nuclear del art. 288, el cual es de una amplitud, que absorbe el medio típico descripto en el mentado art. 288 bis pretendido.

Por lo expuesto, carece de sentido jurídico tipificar como delito autónomo la mera realización de un medio típico, que ya se subsume en la conducta prohibida establecida en el art. 288 actualmente vigente.

2.- En cuanto a la agregación al Código Penal del art. 273 inc. 4 (Grooming o acercamiento físico o virtual), la misma es contradictoria o se superpone con otras normas del ordenamiento jurídico, lo que afectaría la uniformidad del

ordenamiento jurídico y por ende, afecta claramente la función valorativa y motivadora de la norma penal.

Como bien se analice dicha disposición, se observa que el contacto de un sujeto -sin importar su edad- con un menor de 16 años, de forma directa o mediante un tercero, a través de internet, teléfono o cualquier otro medio telemático, proponiendo concertar un encuentro de naturaleza sexual, se le imputara dicho delito.

Lo que la norma no tiene en cuenta y ahí radica su contradicción con otra norma del ordenamiento jurídico penal, es que una persona mayor de doce años puede tener relaciones sexuales con otra persona cuando no exista entre ambas una diferencia mayor de diez años y si la misma es mayor de quince años no se exigirá tal diferencia etaria.

Por lo tanto, es absolutamente irracional y contradictorio permitir las relaciones sexuales de mayores de 12 años en los presupuestos previstos en la ley vigente y por otro lado prohibir, bajo amenaza de la imposición de una pena, mantener un contacto telemático para concertar dicha finalidad, vulnerando de esta manera la libertad sexual como bien jurídico tutelado.

En cuanto a las otras hipótesis planteadas -pornográfico o exhibicionista- la misma ya se encuentra tipificada por el art. 277 bis del Código Penal y la ley No 17.815, resultando superfluo el tipo penal proyectado.

3.- En cuanto a la modificación propuesta por el Diputado CAL, nueva al art. 277 bis, la misma agregaría a la redacción actual solamente la posibilidad que dicha conducta prohibida fuera llevada a cabo por un tercero y especifica los medios típicos que pretende incluir por la nueva redacción.

A juicio del suscrito, la redacción actual vigente comprende los medios típicos descritos en la nueva redacción proyectada, resultando superfluo su sustitución por la novel redacción proyectada.

Sobre el contacto mediante un tercero, dicho comportamiento, actualmente no es impune, en base a la aplicación de las normas relativas a la participación criminal estipuladas en los artículos 59 a 62 del Código Penal vigente, en virtud de ser mecanismos de amplificación del tipo penal aplicable en el caso específico.

En virtud de lo mencionado, se puede afirmar que la redacción propuesta es absolutamente innecesaria y por ende, carente de razón jurídica.

4.- En relación a las modificaciones del delito de estafa previsto en el artículo 347 del Código Penal, descritas en el proyecto de ley, merecen el más absoluto rechazo, en mérito a lo siguiente:

La conducta descrita en el tipo penal propuesto en el proyecto, es perfectamente subsumible en la actual descripción típica del delito de estafa previsto en el artículo 347 del Código Penal vigente. No siendo necesaria una tipificación como la propuesta, la cual no cumple con la característica de “stricta” requerida por el principio de legalidad y además es perfectamente atrapada por el delito de estafa vigente.

Analizada las circunstancias agravantes proyectadas como art. 348 bis, se aprecia en el numeral 2º una eventual contradicción con la excusa absolutoria prevista en el artículo 41 del Código Penal, en virtud que no se logra comprender como una excusa absolutoria como causa de impunidad puede ser a su vez una circunstancia de agravación de la responsabilidad.

Sin perjuicio de lo expresado, huelga señalar algunas reflexiones sobre la propuesta del Diputado CAL sobre este punto, en base a lo siguiente:

El aumento de pena propuesto, carece de la más mínima motivación suficiente para fundar el incremento punitivo propuesto, multiplicar por dos la pena mínima y aumentar en un año el guarismo máximo, sin la más mínima fundamentación, se debe más a una arbitrariedad del legislador que a razones de política criminal, si tenemos en cuenta que la efectiva aplicación de la pena cumple con la mera finalidad de restaurar la vigencia de la norma vulnerada por el comportamiento delictual, no se explica tal incremento punitivo, salvo que se sea partidario de la teoría de la prevención general negativa de la pena, la cual se apoya en la ficción de que lo sujetos antes de delinquir analizan la gravedad de la pena, lo cual al día de hoy es un argumento harto perimido por carecer de fundamento empírico alguno.

Sobre el tipo penal propuesto como artículo 347 bis “Fraude Informático” el mismo, si bien podría ser abarcado por el tipo penal de la Estafa, creemos que

se podría legislar sobre el punto, pero claramente con otra redacción, ya que la propuesta no cumple con el principio de estrictes requerido por el principio de legalidad, establecido en el art. 10 de la Constitución, art. 1º del Código Penal e Instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos.

En referencia al castigo de los actos preparatorios, los cuales por regla general no son punibles, ya que no lesionan o ponen en peligro el bien jurídico tutelado, desde el ámbito académico se rechaza su punición, por ser estadios previos y lejanos a la lesión del bien jurídico.

La redacción que se le da a la norma proyectada, quedaría eventualmente atrapada por el instituto de la tentativa y no en un acto preparatorio, siendo innecesaria su tipificación.

5.- En cuanto a la inclusión como delito de precedente de lavado de dinero el Fraude Informático propuesto por el Representante CAL, el mismo puede ser de recibo, siempre y cuando se modifique la estructura típica del delito propuesto, tal como se señaló ut supra.

6.- El proyectado delito de Suplantación de identidad (art. 347 inc. 3 del proyecto), si bien se puede compartir su tipificación, no se comprende como puede afectar el bien jurídico propiedad tutelado por ese capítulo del Código penal y mucho menos asimilarlo como una modalidad de estafa, por lo menos el lugar del Código penal donde se pretende incluir dicho delito no resulta acertado.

7.- En referencia al delito propuesto como Daño informático, el mismo estaría abarcado por la figura típica legislada en el artículo 358 del Código Penal, siendo redundante su tipificación.

Además, resulta incongruente que se castigue la conducta de destruir como unos los verbos rectores del tipo penal y considerarlo a su vez como una agravante cuando el daño sea irreparable, ya que configura la misma situación. De prosperar tal incongruencia, claramente estaría violentando el principio del ne bis in ídem.

8- Sobre los delitos propuestos de “Acceso ilícito a datos informáticos” (art. 297 inc. 2) y “Vulneración de datos” (art. 297 inc. 3), los mismos resultan innecesarios, ya que quedarían abarcados por los delitos que tutelan la inviolabilidad del secreto (arts. 296 a 302 del Código Penal vigente).

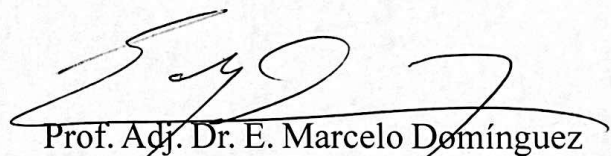
CONCLUSIONES.

Por lo expuesto y señalado precedentemente, a criterio del suscrito, si bien resultaría necesario legislar en algún punto concreto sobre ciberdelitos, la norma proyectada, no resulta ninguna innovación legislativa y mucho menos viene a tipificar penalmente nuevas conductas que hoy quedarían por fuera del sistema penal, ya que las mismas, en la hipótesis de llevarse a cabo, se subsumirían en tipos penales ya encartados en el Código penal vigente.

Resultando a todas luces innecesaria su aprobación, tal como está planteado, ya que lo única finalidad que cumple el mentado proyecto de ley no es otra cosa que cumplir con los compromisos internacionales adoptados por nuestro país, los cuales son dictadas principalmente por organismos bancarios internacionales y redactados por internacionalistas, que pecan de una deficiente técnica legislativa desde el punto de vista jurídico penal.

Frente a proyectos de esta índole, huelga recordar las enseñanzas de CARL LUDWIG VON BAR: "Allí donde llueven leyes penales continuamente, donde entre el público a la menor ocasión se eleva un clamor general de que las cosas se remedien con nuevas leyes penales o agravando las existentes, ahí no se viven los mejores tiempos para la libertad..."

Sin otro particular, lo saludos con mi más alta consideración.



Prof. Adj. Dr. E. Marcelo Domínguez
Secretario Instituto de Derecho Penal y Criminología
FDER - UDELAR