

Sr. Director del Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

Prof. Tit. Dr. Germán Aller

De mi mayor consideración.

En virtud de lo resuelto en su oportunidad en la reunión de nuestro Instituto, y en mi calidad de integrante del mismo, tengo el honor de dirigirme a Ud. a efectos de remitirle el informe que me fuera requerido sobre el proyecto de ley a estudio en la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración Integrada con la Especial de Innovación, Ciencia y Tecnología, Denominado "Tipificación de Ciberdelito".

La realidad que resulta refrendada por las estadísticas, nos compele como sociedad en la necesidad, desde el punto de vista jurídico penal, de legislar y/o modificar determinados tipos penales vigentes, en función de los grandes avances tecnológicos del mundo moderno, teniéndose presente que - nuestro Código Penal data del año 1934- resultando en muchos casos muy dificultoso, tanto la investigación criminal y su posterior sanción de los responsables con la legislación vigente.

Pero tales cambios, deberían realizarse tomando en cuenta el ordenamiento jurídico en su conjunto - leyes extra códigos, la parte general del Código Penal, la existencia de normas que ya consagran algunos de los delitos que se pretenden aprobar-. Sin olvidarnos del respeto irrenunciable a las garantías fundamentales de los justiciables y la correcta aplicación de los principios cardinales de nuestro sistema penal, que en definitiva impactan no solo en el sistema penal en su conjunto, sino que también hacen a un derecho penal garantista. Que en definitiva estaría en consonancia con la trayectoria democrática que avalan la historia de nuestro país.

Empero, ese debate pendiente del Uruguay sobre la legislación de los llamados ciberdelitos, requiere una discusión amplia contemplativa de los tipos penales ya vigentes, relacionarlos con los proyectados a fin de evitar superposición de normas penales, de actuar de otro conlleva en una muy difícil interpretación y aplicación por parte de los operadores que impactan en la sociedad en su conjunto que no alcanza a comprender las resoluciones de la justicia.

Existiendo un amplio consenso, como se desprende de las actas de la Comisión de Constitución y Códigos, Legislación General y Administración Integrada con la Especial de Ciencia y Tecnología de la necesidad de tipificar nuevos delitos, nos brinda una oportunidad única de estudiar la temática en profundidad escuchando a especialistas del

derecho penal, técnicos, y valorando la legislación en su conjunto tanto en la parte general y especial del Código Penal, así como las leyes extra códigos. Evitando de esa forma la aprobación de normas penales, que en definitiva no aportarían herramientas útiles para la solución de la problemática real de la delincuencia que utiliza soportes digitales, redes sociales, bajo el riesgo de convertirse en un derecho penal simbólico, que no impacta en la realidad de las víctimas de estos delitos.

Artículo 1 del Proyecto

Artículo 288 proyectado: No es de buena de política criminal la utilización de términos en idioma que no sea el castellano, conteniendo éste una variedad terminológica riquísima. El artículo 288 vigente ya regula las conductas que se pretenden introducir. En el artículo proyectado se amplía en forma desmesura el campo de lo ilícito.

Realiza una descripción innecesaria- no jurídica - de situaciones fácticas que no contribuyen a una correcta interpretación de la norma y por ende complejiza su aplicación por los operadores de la justicia.

Los términos descriptos en el proyecto, como ser: -acose, en forma insistente reiterada- resultan de difícil comprensión jurídica. Deviene pertinente cuestionarse en este punto, como debería interpretarse el concepto “insistente”, ¿en cuantas oportunidades el agresor debe comunicarse con la víctima, dos, tres veces? Para que resulte comprendida en la norma.

El concepto “intentando” en el referido artículo, no se comprende su alcance en la teoría del delito, y específicamente en el iter criminis, ingresaría en la tentativa del delito prevista en el artículo 5 del Código Penal, o sería suficiente con solo “intentar”, la conducta enunciada para que el tipo penal ingrese en la etapa de consumación.

El inciso A presenta dificultades concernientes al concurso de delincuentes contemplados en los artículos 60, 61 y 62 del Código Penal, la tercera persona que intervine -según el texto proyectado-, como debe valorarse su conducta, resultaría impune, atípica, cuestiones relevantes que no se aclara para su correcta aplicación.

En lo referente a las circunstancias agravantes proyectadas en el artículo 1 in fine, en relación a las víctimas menores de edad o personas incapaces, tales conductas ya configuran en nuestro ordenamiento jurídico delitos autónomos. Uruguay ratificó por ley 17.559 el Protocolo Facultativo a la Venta de Niños, la Prostitución infantil y la Utilización de Niños en Pornografía Infantil. Y como consecuencia de dicha aprobación se promulgo la ley 17.815 la que consagro en su artículo 1 tal extremo utilizando como verbo nuclear de la conducta la -difusión de contenido íntimo-, estableciéndose una pena de doce meses de prisión a cuatro años de penitenciaría. Sumado que tal agravante no incide en la

imputación ya que no se establece un aumento de la pena resultando meramente figurativo su incorporación.

Por su parte en su inciso B contempla la situación de las víctimas mayores de edad o incapaces por enfermedad como circunstancias agravantes, la que se encuentra prevista como delito autónomo en el artículo 2 de la ley 17.815 con una pena de doce meses de prisión a cuatro años de penitenciaría

Artículo 2 del proyecto

Por el referido artículo se pretende incorporar el delito denominado “grooming o acercamiento físico o virtual”. Se realiza la misma consideración en relación a la utilización de un idioma que no es el utilizado por la ciudadanía

Este delito ya se encuentra vigente en nuestro país en el artículo 94 de la ley 19.580. Sin perjuicio de ello este artículo vuelve a reiterar conductas típicas del artículo 1 con la sola diferencia de la finalidad que persigue el autor. Reiterando las consideraciones ya expuestas al comentar el artículo 1 sobre la participación de un tercero en la actividad delictiva, no se aclara si el tercero que se contacte con el menor a nombre del autor, debería responder penalmente o su conducta no se encuentra comprendida en la presente norma.

Artículo 3 del proyecto

En este artículo se pretende ampliar en forma desmesurada el delito de estafa, consagrando en forma excesiva situaciones casuísticas que no contribuyen a una correcta interpretación y aplicación de la norma. Las conductas que se describen ya se encuentran comprendidas en el delito de estafa, cuando el artículo refiere a engaños y estratagemas se entienden las maniobras utilizando soportes tecnológicos. De no interpretarse de esa forma los delitos de estafas realizadas con tarjetas de crédito, apropiación de datos de sitios web serían atípicas hasta la fecha, por lo que, realizando una correcta interpretación del tipo penal, tales conductas se resuelven por el delito de estafa vigente. Extremos que se puede corroborar con múltiples fallos judiciales de primera y segunda instancia. Sin perjuicio de ello el delito de estafa requiere una modificación en virtud de la nueva forma de delincuencia ejecutada por medios tecnológicos, pero las extensas situaciones fácticas que se pretenden implantar no brindan una solución eficaz a la problemática ya que siempre habrá situaciones reales no contempladas en la norma generando desigualdad. Se requiere la existencia de términos jurídicos claros y precisos.

El mismo establece circunstancias agravantes que no inciden en el quantum punitivo por lo que resulta innecesario su incorporación, no se pretende que se aumente la pena. Por

el contrario, el resultado del juicio de imputación debe necesariamente estar ligado al grado de su culpabilidad.

Desde el punto de vista de un derecho penal de acto- se responde por la conducta ejecutada- el legislador vuelve a instaurar un derecho penal de autor-tomando en cuenta hechos anteriores cometidos por los justiciables por los cuales ya fueron juzgados- .Aquí el legislador se pierde la oportunidad de retomar el rumbo garantista del derecho penal liberal y democrático, en el cual los justiciables deben responder penalmente por el hecho cometido exclusivamente, no por su pasado, máxime cuando no se aumenta la pena, convirtiéndose tal disposición en un mensaje simbólico sin aplicación efectiva.

La agravante del inciso 3 del proyectado artículo 348.3 que refiere a que el delito se efectuó en daño del Estado o de cualquier ente público, no logra comprenderse su configuración máxime cuando realidad y las estadísticas acreditan que en general las víctimas de estos delitos suelen ser adultos mayores y de bajos recursos.

Artículo 4 del proyecto

En relación a este artículo se pretende incorporar un delito autónomo de daño, en el que se expresa que la conducta desplegada debe ejecutarse de forma deliberada e ilegítima. Entiendo que se pretende aprobar un delito doloso, en virtud de la disposición consagrada en el artículo 19 del Código Penal. Lo que resulta llamativo es el término en forma - ilegítima- va de suyo que si se pretende sancionar dicho delito siempre nos movemos en el ámbito de conductas prohibidas por el legislador, es decir la ilicitud.

Artículo 5 del proyecto

Obsérvese que no se logra entender si el presente artículo tipifica un tipo penal residual al contemplado en artículo 296 del Código Penal, en virtud que el proyecto utiliza el término "el que con la intención de informarse", igual referencia se encuentra en el artículo vigente, en el delito de la violación de correspondencia escrita telefónico o epistolar.

Al respecto, en un caso real, que conducta se tipifica ¿el apoderamiento? porque resulta una obviedad que en el artículo 296 vigente requiere que la finalidad es informarse, que en el texto proyectado se reitera generando así inseguridad jurídica su aplicación.

En relación al término artificios técnicos es un concepto amplio de muy difícil interpretación, que al amparo del principio de legalidad deviene inadecuado su incorporación so pena de la violación de las garantías de los ciudadanos.

Conclusiones

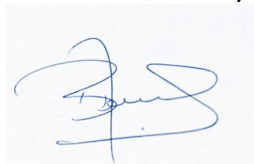
En mi calidad de docente de la Universidad de la República en la materia Derecho Penal e integrante de la Mesa del Instituto de Derecho Penal y Criminología y es en -dicha calidad que realizo el presente informe- sumado a mi experiencia de décadas como Juez Letrado Penal que avalan las dificultades técnicas de interpretación de normas pocas precisas en su terminología, puedo concluir que el País necesita una puesta a punto de los tipos penales que se ejecutan a través de los medios electrónicos.

Sin embargo, el presente proyecto presenta serias dificultades en la órbita de la teoría del delito, referente a la definición de los tipos penales, que en muchos de los casos se contraponen con los ya existentes. La flexibilización de conceptos que hacen al núcleo central del derecho penal, en especial no se visualiza en forma nítida el bien jurídico tutelado -requisito constitucional que obliga al legislador a hacer muy cuidadoso de la parcela de ilicitud que desea construir-. Sumado al derecho Constitucional de los ciudadanos de la protección de sus datos personales que no pueden violentarse en aras de una alegada mayor seguridad.

La dosimetría penal se altera sin justificación alguna, se establecen circunstancias agravantes sin fundamento jurídico como un mecanismo meramente simbólico.

Tales extremos, en definitiva, redundan en la pérdida de eficacia del derecho penal y en determinados casos impactan en los justiciables en claro detrimento de las garantías clásicas del derecho penal liberal y democrático.

Sin otro particular y quedando a su disposición ante cualquier aclaración o ampliación sobre el presente informe, saludo a Ud. con mi mayor estima,

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Blanca Rieiro', is centered on the page. The signature is fluid and cursive.

Dra. Blanca Rieiro
Asist. Grado II.