

Montevideo, Febrero 12 de 2023

**SR DIRECTOR DEL INSTITUTO DE DERECHO PENAL Y
CRIMINOLOGIA**

Prof Titular Dr. Germán Aller

De mi consideración

Por la presente me dirijo a Ud a fin de remitirle algunas consideraciones sumarias, en torno al proyecto sobre tipificación del ciberdelito, que tramita estado parlamentario ante la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración; integrada al efecto con la Comisión Especial de Innovación Ciencia y Tecnología.

El proyecto ha tenido diversas modificaciones, tan luego de los aportes que ha recibido no solo de diversas organizaciones que han sido convocadas al parlamento, sino también por aquellos ajustes que los propios legisladores han incorporado, recogiendo así los planteamientos críticos que le fueran formulado.

Pese a ello y si bien reconozco que siguiendo la política legislativa internacional que al efecto han seguido diversos Estados, muchos de los cuales ya atraviesan nuevas reformas modificativas, el país ha trazado su rumbo en la intención de realizar las gestiones pertinentes para adherir al Convenio de Budapest del año 2001 en materia de cibercriminalidad, el cual de hecho ya encara una nueva y más actual redacción.

En lo personal entiendo que las nuevas formas de criminalidad cibernética que especulan sobre el ciberespacio han generado la existencia de delitos no solo informáticos en los que se utilizan algún instrumento de carácter tecnológico, sino además los propios delitos cibernéticos que pueden llegar a incidir fuertemente en el sistema tributario, de salud, previsión social, etc; y llegar a paralizar un país.

Se tratan de conductas transnacionales que exigen un sistema de integración no solo intraestatal y entre sus diversas agencias gubernamentales, sino también con la comunidad social toda e

incluso con la esfera privada, muchas veces la más afectada y la que se encuentra comprometida con el manejo de mucha información, cuya disponibilidad hacia el Estado, podría desnudar aspectos de su privacidad.

Sin embargo, la cooperación se torna necesaria, no solamente desde el fortalecimiento interno del país desde sus propias instituciones, sino enclava a la cooperación y asistencia con miras de integración regional para estar así en condiciones meridianas de llegar a combatir estas formas de criminalidad que en general, operan de manera organizada. Todo lo cual exige una organización desde las propias instituciones.

El proyecto ofrece así, un elenco de delitos cuya estructura típica no solo resulta confusa, sino además implica una superfetación de delitos ya existentes y un quiebre nuevamente a la dosimetría penal que debe tenerse en cuenta. Esto no es más que el problema que genera la introducción de figuras que contienen nomen iuris en idiomas foráneos y regulaciones de comportamientos cargados de conceptos de difícil valoración e incluso con descripción de elementos referenciales típicos como “...*acercamiento, contacto, telemático, formas insistentes, procurar cercanía, establecimiento de contactos... alteración grave...*” que resultan confusos, de ardua interpretación no solo desde el tipo penal, sino hacia una sistemática inteligencia de la propia conducta descrita, donde la intencionalidad aparece de alguna forma desfigurada, con pérdida de relación a referencias modales y en las que se produce una duplicación de intenciones sobrecalificadas que abren formas concursales, reiteran figuras preexistentes y llevan peligrosamente a la responsabilidad objetiva, en algunos casos.

Las agravantes específicas aparecen redactadas de manera tal que resultarían computables con la sola constatación objetiva del detrimento de la víctima en algunos supuestos, o con daños o detrimentos materiales de difícil percepción; en otros. Así, el dolo de intención -generalmente directo- pierde conexión subjetiva con el conocimiento y comprensión que ha de abarcar este tipo de alteratorias. Así se ven en ciertos tipos que determinan su aplicación cuando situaciones particulares, causen una mayor fragilidad del sistema o incluso en la aparición de ciertas referencias normativas que se acoplan a formas de dolo directo que parecerían redundantes y cierran el injusto a grados cuasi inaplicables. Es el

caso de ciertos delitos que se expresan como aquellos que “indebidamente” y de forma “deliberada” cometen ciertos actos que la “y” copulativa, requeriría la realización típica de ambos componentes para alcanzar la tipicidad. Ello llevaría a la suerte de su inaplicabilidad, porque el agente debe obrar no solo en forma indebida (término que sería sobreabundante ya que resalta la contrariedad a derecho o antijuridicidad de la conducta, que ya es tal desde que está recogido el comportamiento, en un ámbito de prohibición punitivo) sino además, deliberadamente, por lo que entonces podría obrarse indebidamente pero no deliberado y el dolo que cortado, abarcando una porción del tipo, pero no se proyecta sobre el tipo total de injusto.

Además; opino que el proyecto se queda a medio o tercio camino, si no formula un elenco de delitos con una redacción diversa que evite la duplicación de comportamientos que generan concursos aparentes en ocasiones y que prevalecen por subsunción o especificidad del bien jurídico afectado, que en estos ilícitos, aparece también cuestionado o cuando menos de pluriafectación a otros intereses como la privacidad de la información, la propiedad, la libertad, la seguridad del estado, el sistema económico financiero, etc.

El derecho sustancial debe integrarse necesariamente con el derecho procesal penal, pues éste resulta un instrumento adjetivo del derecho penal formal y operan como un todo conjunto, de manera que las reglas para la incautación de la evidencia informativa, su cadena de custodia, preservación, análisis y presentación judicial; también deben ser un proceso de tratamiento conjunto para fortalecer la suerte de la aplicación sustantiva del derecho penal especial. De otra forma, será un derecho penal simbólico; que desoye las más destacadas legislaciones de Estados que ya recorren este camino desde hace algún tiempo.

Pero también el derecho internacional tiene que estar consagrado como un conjunto indivisible de normas integrales penales que coadyuven en una legislación complementada como un cuerpo normativo sólido que haga factible la persecución y posterior aplicación del derecho al juzgamiento de aquellos infractores que tienen que ver protegidos sus derechos sustanciales y las garantías de un proceso que se integra al sistema acusatorio nacional. Todo lo expuesto sin descuidar que esta ley integral debería para el

dicente conformar un estatuto similar a las leyes de trata o lavado de activos y financiación del terrorismo, en los que debe promover la gestación de un instrumento legal particularmente orgánico y separado del código penal; o en su defecto integrarlo al sistema de codificación penal, pero con cláusulas que contemplen normas de carácter sustancial (los delitos), procesal (normas de acopio, protección y preservación de evidencias con protocolos específicos de actuación y manual de buenas prácticas) y de cooperación internacional.

Es en este sumario análisis reflexivo, las consideraciones que entiendo pertinente formularle, a un proyecto que es bienvenido por su intención de legislar en la materia, pero que le falta aún camino por andar; apuntando a la integración y fortalecimiento de un Estado que en lo interno, se proyecte por la calificación, preparación, mantención y protección de sus funcionarios calificados, la presencia de la comunidad social para la “información” de la que debe ser depositaria y además la participación de la esfera privada, comprometiendo el apoyo de las empresas que cuentan con otros recursos, conexiones internacionales, que reciben muchas veces perjuicios por estos delitos y que estén dispuestas a cooperar no solo en la prevención sino en la persecución de estos ilícitos, lo que seguramente involucren contraprestaciones por parte del Estado; en especial si se trata de desnudar información que muchas veces conllevan mayores vulnerabilidades en el mercado.

Pero también si o si; debe existir un diseño procesal que haga posible la detección, preservación, conservación y presentación de la evidencia/prueba; que permita sin detrimento de las garantías fundamentales y respeto a los derechos humanos; perseguir eficazmente estas conductas y generar consecuencias gananciosas para el sistema judicial en el esclarecimiento de estos delitos y la culpabilización de sus responsables.

Prof. Agdo (I) Dr. Gilberto C. Rodríguez Olivares