

Sr. Director del Instituto de Derecho Penal y Criminología

Dr. Germán Aller

De mi consideración:

Cumple en informar el infrascrito -tal como fue resuelto en sesión de ese Instituto del día miércoles 15 de febrero de 2023- sobre proyecto de Ley a consideración del Parlamento Nacional (Cámara de Diputados), atinente a tipificación de ciberdelitos.

Y bien, el tratamiento del proyecto, se inició en la Comisión Especial de Innovación, Ciencia y Tecnología, en agosto de 2021, con norma proyectada de 22 de julio de 2021 (en adelante: proyecto originario). El proyecto referido, fue objeto de modificaciones, en setiembre de 2022, y al día de hoy, contiene proposiciones normativas que serán objeto de consideración general y particular. Consta de cuatro capítulos, uno relativo a la tipificación de ciberdelitos, otro inherente a Medidas Educativas, un tercero correspondiente a la creación de un Registro de Ciberdelinquentes, y finalmente, un cuarto y final referido a la prevención de transacciones no consentidas. Es de destacar que los dos últimos capítulos no figuraban en el proyecto originario, y que de 9 artículos en redacción de tipos penales, se pasó a 10, en agosto-setiembre de 2022.

1. Horizonte normativo

El texto deriva, de acuerdo con la exposición de motivos, de una necesidad social, abrevando en la Convención de Budapest de 23 de noviembre de 2001, aprobada por el Consejo de Europa, aún no vigente en nuestro Ordenamiento, y normativas que lo asimilaron parcialmente en España, Chile, etc. Se alude a que nuestro país no ha abordado la tipificación de delitos informáticos, y que para el combate del flagelo de la ciberdelincuencia es menester un triple abordaje, de carácter penal sustancial, formal y de cooperación internacional.

En la modificación del texto originario, además del agregado de los dos capítulos mencionados, se eliminó expresiones en idioma inglés (grooming, etc.), y art. 8, que creaba el delito de terrorismo digital.

2. Algunas consideraciones preliminares

Se optó –en materia de tipificación de ciberdelitos- por hacer sustituciones, modificaciones y agregados al Libro II, Títulos X, XI y XII del Código penal, con un agregado a la Ley integral de Lavado de activos (19574, en su art. 34 que prevé el listado de delitos precedentes).

A los efectos aclaratorios del análisis, se reflejará lo afirmado en un cuadro que revela la evolución en el tratamiento del proyecto:

3. Un cuadro evolutivo del proyecto en análisis:

| Proyecto | Convención de Budapest | Comentario preliminar |
|---|---------------------------------------|--|
| <p>Acoso telemático Artículo 1, art. 288 BIS del CP</p> | <p>No contiene esta tipificación</p> | <p>La redacción de este tipo penal fue modificada, en la versión originaria, anterior se castigaba la <i>divulgación de imágenes íntimas de una persona</i> (conducta ya reprimida por el artículo 92 de la Ley No. 19.580).</p> |
| <p>Acercamiento físico o virtual Artículo 2, art. 277 TER del CP</p> | <p>No contiene esta tipificación</p> | <p>Esta sustitución, no era necesaria, ya que el comportamiento se encuentra previsto en la Ley Penal (artículo 94 Ley No. 19.580). En proyecto reformado, se agrega como agravante especial "<i>que el acercamiento físico o virtual pudiera tener como víctima a un menor de trece años</i>".</p> |
| <p>Estafa informática Artículo 3, art. 347 BIS del CP</p> | <p>Estafa informática, artículo 8</p> | <p>La redacción de este tipo penal fue modificada (en el proyecto originario, la versión se castigaba exclusivamente la inducción en error de una persona empleando medios informáticos; ahora se castiga en forma expresa también la inducción en error de un sistema informático). Se agregó también el artículo 347 TER "<i>Se considerarán actos preparatorios al fraude informático y su autor será castigado con seis a veinticuatro meses de prisión cuando despliegue alguna de las siguientes conductas: empleare programas, aplicaciones, sistemas informáticos o cualquier otro mecanismo, físico o virtual, tendiente a obtener datos personales o financieros, relativos a cuentas bancarias, tarjetas de crédito o cualquier otro medio de pago o efectuar algún tipo de manipulación informática para realizar actos de disposición en perjuicio ajeno</i>". En aclaración, se señala como tipo</p> |

| | | |
|--|--|--|
| | | penal autónomo, tendrá una pena abstracta más leve que el delito consumado. |
| Delito precedente del lavado de activos: fraude informático cuyo monto real o estimado sea superior a 200.000 UI Artículo 4, art. 34 de la Ley No. 19.574 | | En la revisión del Proyecto de fecha 15 de setiembre de 2022 en la Comisión de Innovación, Ciencia y Tecnología se estableció un nuevo artículo 4 del Proyecto, el que quedaría redactado de la siguiente forma: <i>“Agregase al artículo 34 de la Ley No. 19.574, el siguiente numeral correspondiente a actividades delictivas precedentes del lavado de activos: 34) Fraude informático cuyo monto real o estimado sea superior a 200.000 UI (doscientas mil unidades indexadas)”</i> . El umbral de 200.000 UI se fijó en base a lo establecido para el delito de estafa en la Ley Integral de Lavado de Activos. |
| Daños informáticos Artículo 5, art. 358 QUATER | Ataques a la integridad de datos, art. 4 | La Comisión Especial de Innovación, Ciencia y Tecnología indicó en reunión del 15 de setiembre de 2022 que la redacción se encuentra alineada con la Convención de Budapest. |
| Acceso ilícito a datos informáticos Artículo 6, art. 297 inciso 2 | Acceso ilícito | La Comisión Especial de Innovación, Ciencia y Tecnología indicó en reunión del 15 de setiembre de 2022 que la redacción se encuentra alineada con la Convención de Budapest. Se eliminó la referencia a correos electrónicos, documentos y archivos, optando por una definición genérica <i>“datos disponibles en soporte digital”</i> . En materia de pena, el guarismo mínimo, afecta la dosimetría penal, ya que el artículo 297 del Código Penal –que tipifica como delito la interceptación de noticia telegráfica– contiene una pena de multa. |
| Intercepción ilícita Artículo 7, art. 297 inciso 3 | Intercepción ilícita | Se entiende alineado a la Convención de Budapest. El artículo quedaría redactado de la siguiente manera: <i>“El que ilegítima y deliberadamente intercepte,</i> |

| | | |
|--|--|--|
| | | <p><i>interrumpa o interfiera, por medios técnicos, datos informáticos en transmisiones no públicas, dirigidas a un sistema informático, sean originadas en un sistema informático o efectuadas dentro del mismo, incluyendo las emisiones electromagnéticas provenientes de un sistema informático que transporte los mismos, será castigado con seis a veinticuatro meses de prisión”.</i></p> |
| <p>Vulneración de datos Artículo 8, art. 297 inciso 4</p> | <p>Atentados contra la integridad de los datos</p> | <p>Podría implicar derogación tácita de art. 300 del CP y 11 Ley No. 18.331. Sin embargo, el proyecto no lo aclara, lo que generará dificultades en la praxis penal.</p> |
| <p>Suplantación de identidad Artículo 9, art. 347 TER</p> | <p>No contiene esta tipificación</p> | <p>Se hace un agregado a esta figura delictiva: “Artículo 347 TER (Suplantación de identidad). El que usurpe, adopte, creare o se apropie de la identidad de otra persona física o jurídica, valiéndose de cualquier medio, herramienta tecnológica o sistema informático, obteniendo datos, accediendo a redes sociales, casillas de correo electrónico, cuentas bancarias, medios de pago, plataformas digitales o cualquier credencial digital o factor de autenticación, con la intención de dañar a su legítimo titular, será castigado con un año de prisión a seis años de penitenciaría. Se deja expresa constancia que no constituirá suplantación de identidad la creación de nuevos perfiles destinados exclusivamente a la parodia”.</p> <p>Se agrega la aclaración relativa a la parodia, lo cual implica la creación de un perfil similar al del titular sobre quien se realiza la actividad, que no incluye el acceso ni uso de redes sociales, casillas electrónicas, cuentas bancarias, medios de pago ni ninguna otra credencial de la persona física parodiada sino la creación de uno nuevo exclusivo</p> |

| | | |
|--|--|--|
| | | para dicha actividad. |
| Abuso de dispositivos Art. 10, artículo 358 TER | Abuso de equipos e instrumentos técnicos, art. 6 | La Comisión Especial de Innovación, Ciencia y Tecnología indicó en reunión del 15 de setiembre de 2022 que la redacción se encuentra alineada con la Convención de Budapest. |

(*) **Terrorismo digital: El convenio de Budapest**, no contiene esta tipificación, y -por el momento- se ha optado por suprimir este delito previsto en el proyecto originario.

4. Algunas consideraciones dogmáticas.

Se parte de la premisa de que la política criminal esbozada la Exposición de Motivos, debe corresponderse con la expresión dogmática correcta.

En este sentido, se comparte la necesidad de regulación de fenómenos novedosos y cambiantes como la actividad internáutica y distinta operativa que significó la globalización y el uso masivo de internet.

Sin embargo, el proyecto, si bien mantiene –en general- la arquitectura del Código Penal:

- 1) No guarda la debida correspondencia normativa en materia de penas, reitera disposiciones que ya estaban previstas sin esclarecer suficientemente el efecto de la sustitución (es el caso del art. 277 ter, y el art. 94 de la Ley 19580)
- 2) Los arts. 297 incs. 2, 3 y 4, se solapan, generando concurso aparente de leyes, que generarán problemas pragmáticos al momento de su aplicación al caso concreto.
- 3) El art. 347 bis, ter (acto preparatorio), y quater (suplantación de identidad), aun cuando se reiteró el ter, en redacción del proyecto aportada para su estudio, constituyen una distorsión del delito de estafa tradicional, que pudo haberse subsanado estableciendo agravantes especiales, en vez de generar una redacción farragosa que significará una dificultad hermenéutica adicional.
En ese mismo orden de ideas, la previsión de un tipo penal autónomo para la actividad preparatoria de fraude informático, implicará una desmesurada expansión penal. Y ello, reafirmado por la redacción del art. 347 bis, que refiere “en perjuicio”, manteniendo el delito de peligro, que en su “*iter criminis*”, ya planteaba problemas con la tentativa, estadio siguiente a la del “acto preparatorio” consagrado por el 347 ter.
- 4) Similares prevenciones, pueden hacerse respecto del arts. 358, relativo al daño, que fue diseñado en materia informática como tipo autónomo en el art. 358 quater, cuando pudo haber sido agravatoria especial del 358, sin alterar su economía adscriptiva.
Por su parte, el art. 358 ter (art. 10 del proyecto), de *nomen iuris*: Abuso de los dispositivos, no se compadece con la textura normativa

del delito de daño, identificando actividades previas y alejadas de la comisión, como la importación, producción o facilitación de programas o sistemas informáticos. Esta podría ser la elevación de formas de coparticipación al rango de autoría de un acto preparatorio, o la creación de un tipo penal autónomo, con reiteración de los problemas hermenéuticos relevados, debido a su nomenclatura y derivación de la figura originaria del art. 158.

Adicionalmente, las referencias normativas exigidas por los arts. 297 ter, y 358 ter, al referir la ilegitimidad de la interferencia de datos o la facilitación de sistemas informáticos “inequívocamente” destinados a las comisión de delitos, nos conduce a la problemática del error, que nuestro ordenamiento refiere como de hecho o de derecho, y que actualmente, se conoce como de tipo o prohibición. Es de destacar que si fuere inevitable, dará lugar a la exoneración de responsabilidad, y en cuanto todos los tipos penales consagrados son atribuibles a título de dolo, también el evitable de tipo.

- 5) La eliminación del terrorismo digital, debe considerarse –a modesto entender del informante- un acierto, ya que la estructura típica e injusto del terrorismo, no se compadece con la figura típica creada en el proyecto originario.
- 6) En cuanto a la creación de un delito precedente que se agregaría al elenco del art. 34 de la Ley Integral de Lavado, podría haberse evitado creando agravatorias a los delitos existentes y que se reforman en el proyecto, en vez de tipicidades autónomas. De este modo, se mitigaría la tendencia a integrar delitos al ámbito de la criminalidad organizada, lo que es una forma de generar un desborde punitivo.
- 7) En orden a las medidas educativas, no tenemos objeciones, ni es objeto específico del dictamen.
- 8) Respecto del Registro de ciberdelincuentes, existiendo el Registro Nacional de Antecedentes Judiciales a cargo de Instituto Técnico Forense, una duplicación, carecería de sentido práctico, tornándose innecesaria.
- 9) En cuanto a la prevención de transacciones no consentidas, si bien no es materia específica del informe, se advierte que obvia la intervención judicial, que es una garantía constitucional, tratándose de posible afectación de derechos a terceros.

5. Reflexiones generales. Una valoración crítica.

5. 1 La regulación de los ciberdelitos y consideración del trípode: Derecho Penal Sustancial, Formal y Cooperación internacional, es necesaria tratándose de delitos transnacionales.

5. 3 Se comparte el entendimiento de Aller¹, en cuanto la legislación existente, con el complemento normativo manifiesto en agravatorias de los delitos tradicionales que fueron referidos en el proyecto, sin llegar a generar tipicidades autónomas, sería suficiente y acorde con nuestro modelo cultural vigente.

¹ Aller, Germán en AA.VV., *Derecho Informático*, No. XI, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2011

5.4 Gonzalo Fernández, a su turno, ha entendido que una técnica legislativa inadecuada, que en buena medida fue relevada, genera problemas concursales ya identificados, y autonomiza artificialmente conductas penalmente ya tipificadas con anterioridad, siguiendo la línea inequívoca de la inflación penal²

5.5 Como lo enseña Cancio Meliá³, refiriéndose al terrorismo, que en modalidad digital se había planteado en el proyecto originario, nos introduce en lo que Jakobs hace ya más de treinta y cinco años, denominó Derecho Penal del Enemigo, colocando al ordenamiento jurídico en situación de pánico, mostrando un déficit de libertades, sin lograr eliminar ni disminuir los delitos que pretende combatir

6. Colofón

Y bien, pese a la buena intención del precepto, la redacción no se atuvo a la textura normativa cerrada que debe presidir a todo enunciado penal, de modo que habrá de convertirse en los ejemplos examinados, en tipicidad autónoma judicial

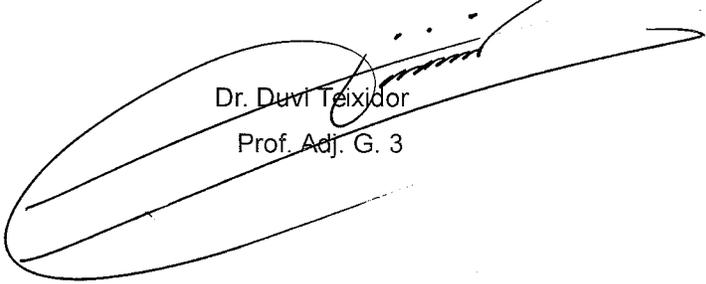
Esta circunstancia, teniendo presente los bienes jurídicos tutelados (libertad, propiedad, personalidad física y moral, buenas costumbres y orden de la familia, etc.), los que determinan la dirección dogmática del tipo, planteará dificultades en la praxis penal. Y ello, por cuanto se superponen unos con otros tipos penales, es decir, se solapan, o reiteran figuras penales existentes con verbos nucleares de idéntica significación.

Ergo, se plantearán situaciones dilemáticas en la práctica forense, abandonando el principio considerado irrenunciable en materia penal, de taxatividad o legalidad estricta, con vulneración de la dosimetría de las penas en el mismo cuerpo normativo, generándose una franca contradicción legal.

Y la perspectiva no es novedosa, ya en España, con la consagración de los arts. 183 ter (Grooming), 248.2 (estafa informática) y 265 (daño informático) como nuevos delitos, la Doctrina y jurisprudencia⁴ ha criticado la ubicación sistemática y problemática que plantea en la decisión de casos concretos

Es todo cuanto corresponde informar, quedando a disposición para cualesquiera aclaraciones o ampliaciones que fuere menester,

Saluda a Ud, muy atentamente,



Dr. Duvi Teixidor
Prof. Adj. G. 3

² Fernández, Gonzalo, *Estudios de Derecho Penal*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2022, p. 152

³ Cancio Meliá, Manuel *Los delitos de terrorismo. Estructura típica e injusto*, Madrid, Editorial Reus, 2010, p. 293

⁴ Gil Gil, Alicia *et al. Cibercriminalidad*, Madrid, Dickinson, 2019, p. 214