

DELITOS INFORMÁTICOS

Para empezar tenemos que entender la definición de delito.

Según la doctrina mayoritaria es la conducta -acción u omisión- típica, antijurídica y culpable.

-Conducta se denomina acción porque requiere el despliegue de actividad humana o la omisión de actividad con un propósito, siendo las consecuencias de dichos actos las que deben guardar relación con la acción, y las que se evalúan. Esta conducta debe ser voluntaria.

Puede cometerse un delito por omisión por ejemplo, cuando uno deliberadamente decide no actuar para salvar la vida de alguien que se está ahogando en el mar, pese a ser la única persona allí presente y teniendo un salvavidas a la mano. Hay tres formas de anular la acción, una es por fuerza física irresistible (alguien nos empuja y caemos sobre una vidriera, rompiéndola), otra es por estado de inconsciencia (estoy dormido, giro mi cuerpo y golpeo a alguien que está a mi lado produciéndole lesiones) o si se trata de un acto reflejo.

-Tipicidad se refiere a que el delito debe estar expresamente previsto en la ley. No se puede hacer ANALOGIA, o sea, un hecho que se asemeja pero no es el expresamente previsto, NO ES DELITO. Dentro del Tipo, hay aspectos objetivos y subjetivos.

Los aspectos objetivos serían circunstancias de hecho que hacen al delito que prevé la ley, por ejemplo, para cometer un Hurto hace falta apoderarse ilegítimamente de una cosa total o parcialmente ajena. O sea, necesitamos una persona que tome un bien mueble de otro.

Pero en cuanto al aspecto subjetivo del tipo, es necesario que el autor conozca que con su accionar está configurando todos los aspectos objetivos ya vistos, o sea, debe conocer que está tomando una cosa que es de alguien más en forma ilícita y con el propósito de apoderarse de la misma.

De ahí devienen las figuras “dolosas” y “culposas”.

El dolo es justamente el conocimiento de los aspectos objetivos del tipo, o sea debo conocer esto al actuar. En términos más sencillos aunque algo inexactos, los delitos dolosos son aquellos cometidos con la intencionalidad de ocasionar la consecuencia disvaliosa, su conducta fue desplegada a sabiendas de que con ello estaba configurando los aspectos objetivos del tipo.

Existen tres tipos de dolo, el dolo directo (quiero matar a Pedro y le disparo a la cabeza con mi arma de fuego), el dolo indirecto (quiero matar a Pedro pero pongo una bomba en su edificio, matando a todos los que residen allí además de mi objetivo) y dolo eventual (me represento la posibilidad de matar a alguien si conduzco a 200 km/h en zona urbana con mi automóvil, pero no me interesa si se da ese resultado, lo dejo librado al azar).

Pueden existir errores en el tipo, por ejemplo un error de hecho sería disparar mi arma de fuego en el bosque contra lo que creo que es un animal salvaje, pero en realidad se trataba de un ser humano a quien le quité la vida, estos errores afectan justamente la tipicidad y pueden llevar a que no exista delito o que el delito no sea doloso.

En cambio las figuras “culposas” son aquellas que se cometen por Negligencia, Imprudencia, Impericia en el arte o profesión, Inobservancia de los reglamentos, etc.

Las figuras del código penal, para ser culposas deben aclarar específicamente estas circunstancias dentro de la descripción del tipo. Si un delito no se comete con dolo, y la ley no prevé específicamente una figura “culposa” mediante esa fórmula en su descripción, entonces no existe delito. Esto se

denomina “numerus clausus” o sistema cerrado, solo pueden ser cometidos delitos en forma culposa si así están explícitamente descriptos en la ley, el “default” de la descripción implica su comisión con dolo.

Por ejemplo, el delito de daño está penado, pero solo en su forma dolosa. Si el daño se produjo sin dolo, en forma culposa, no es materia del derecho penal.

-Antijuricidad, se refiere a que el hecho cometido debe ser contrario a la totalidad del ordenamiento jurídico, no solamente de la norma penal -puede mencionarse en el código penal como delito pero estar permitido por la normativa civil, por ejemplo-. ¿Por qué se agrega este requisito si ya la ley ya prevé que matar a otro es delito por ejemplo?, simple, porque existen supuestos donde matar a otro, aún si lo hacemos con total intención y conociendo los aspectos objetivos del tipo no es contrario al orden jurídico, como puede ser en un caso de estado de necesidad justificante (robo comida dado que de no hacerlo moriré) o la legítima defensa propia o de terceros (tras una agresión ilegítima, peligro inminente, idoneidad y proporcionalidad del medio empleado).

También hay supuestos donde retener una cosa ajena -que es un delito en casos indebidos- está permitido, como el dueño del Hotel que puede quedarse con el equipaje de un huésped que se rehúsa a abonar su estadía.

-Culpabilidad, aquí se hace alusión a la “reprochabilidad” del accionar desplegado por el autor, o sea, qué tan reproachable es lo que hizo en relación a la totalidad de las circunstancias que rodean el hecho de estudio, determinando si el autor pudo o no obrar de otra manera para evitarlo. Por ejemplo no es reproachable un homicidio cometido por una persona demente, dado no tiene capacidad de comprender la criminalidad del acto. Tampoco es reproachable -según nuestra legislación, dado que así lo estipula- un robo por parte de un menor de 10 años, dado que no tiene la madurez necesaria para comprender la criminalidad del acto. Tampoco podríamos reprocharle a una persona que está en un bote de naufragio el haber arrojado a otro pasajero al mar para que se ahogue, dado que de no hacerlo se hundirían ambos y prefirió salvar su propia vida -estado de necesidad disculpante-.

¿Podemos también reprochar un homicidio culposo al volante de un automóvil, a quien embiste una bicicleta sin luces que transitaba por la autopista en medio de la noche, matando así a su conductor?, no sería lógico, dado que es imprevisible para el conductor del automóvil ésta circunstancia, él conducía con la debida diligencia que requiere esa actividad, no pudo haber obrado de otro modo para evitarlo, no tuvo forma de representarse el resultado mortal a consecuencia de ello.

TIPOS DE ACCIONES DEL ESTADO

El derecho penal busca proteger la infracción del ordenamiento jurídico. Cada norma penal protege un bien jurídico, como ser la vida en el homicidio, la integridad física en las lesiones, la propiedad en el robo, etc.

La gran mayoría de los delitos se encuentran contemplados dentro del Código Penal de la Nación. Allí aparte de enumerar delitos, nos indica principios generales que se aplican a la totalidad de los ilícitos.

Entre estos elementos generales, la Ley explica que existen tres tipos de acciones del estado, o sea, tres maneras en las que el Estado debe actuar ante la comisión de delitos.

-El principio General es que los delitos se investigan mediante “Acción Pública”, o sea, el Estado DEBE actuar “de oficio” o sea, al tomar conocimiento de un ilícito debe iniciar una investigación y buscar aplicar la ley en relación al mismo, sin que importen las partes.

Recordemos que es el Estado el que acciona contra los autores de delitos, y no los particulares como

se da en el derecho Civil, Comercial, Laboral (entre otras ramas del derecho “privado”).

-Fuera del supuesto general tenemos a los delitos de “Acción Pública por Instancia Privada”. En este tipo de acción, el Estado no puede intervenir, hasta tanto la parte damnificada preste su “consentimiento” para ello. Esto se aplica a delitos determinados por la Ley: Por ejemplo aquellos cometidos contra la integridad sexual (abuso sexual), lesiones leves, impedimento de contacto de los padres en relación a sus hijos menores. Una vez que la parte dio intervención al Estado, ya no puede retractarse.

Se manejan de este modo por motivos lógicos, dado que en cuanto a los delitos contra la integridad sexual, la investigación de éstos delitos puede traer más perjuicios a la víctima por su exposición constante. En el caso de las lesiones leves, lógicamente al ser un delito menor, suena lógico que la intervención del Estado no se extienda a todos los casos sino aquellos que al damnificado le generaron la necesidad de buscar amparo en el ordenamiento jurídico. Y finalmente en el caso de las visitas a hijos menores, el Estado busca no entrometerse en asuntos de índole intra-familiar para resguardar esa célula de la sociedad.

-Finalmente, están aquellos delitos de “Acción Privada”, donde el damnificado debe no solo dar intervención al estado, sino impulsar el trámite hasta su finalización, como si fuera una demanda civil. Aquí se prevén delitos menores que menoscaban cuestiones muy personales de los damnificados como ser: Calumnias e Injurias, Violación de Secretos, Incumplimiento de deberes de asistencia familiar entre cónyuges. Los motivos se equiparan a los mencionados en el punto anterior.

DELITOS INFORMÁTICOS

Si bien en general los autores que han escrito sobre el tema ahondan en hablarnos específicamente de los delitos que están previstos en el Código Penal mediante la incorporación de términos técnicos en los tipos penales, la realidad es que más que esos delitos (que vamos a ver luego) pueden ser cometidos mediante vía informática. Una amenaza o intimidación pública se puede proferir por una red social, o servicio de mensajería instantánea digital; una estafa o defraudación se puede gestionar mediante esa vía tecnológica también; y así se pueden encontrar muchos más supuestos.

Sin embargo, para entender por qué se tratan algunos delitos incorporados recientemente al código penal, debemos recordar algo importante.

NO SE PERMITE LA ANALOGIA en derecho penal, eso implica que si en la descripción del delito no se contempla que hackear una computadora sea daño, entonces no habría daño.

El primer paso en la evolución de la norma penal al respecto fue el caso “Jorge Lanata”, donde se investigaba la violación de correspondencia dado que habían dado a luz el contenido de un e-mail o correo electrónico.

Se planteó que equiparar un correo electrónico a la correspondencia era hacer analogía -lo que está prohibido- y por eso no existía delito a raíz del accionar desplegado por el periodista, sin embargo la justicia entendió que el legislador quiso abarcar otros medios idóneos modernos para la correspondencia pero no pudo prever la invención y establecimiento del e-mail.

Antiguamente el artículo 153 del Código Penal penaba al que “abriere indebidamente una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico o telefónico, o de otra naturaleza, que no le esté dirigido”, por ende la Justicia entendió que el legislador agregó otros medios nuevos, con lo que abarcó el avance tecnológico, y entendió entonces que incluir entre éstos elementos el correo electrónico no sería entonces hacer analogía, sino interpretar la voluntad del legislador, quien dio un sentido amplio al medio para el medio de comunicación utilizado.

A consecuencia de estos planteos y los futuros que se pudieran hacer, el congreso decidió incorporar ciertas modificaciones al Código Penal mediante la Ley 26.388. Primero incorpora a las definiciones generales de conceptos del art. 77 lo siguiente:

“...El término "documento" comprende toda representación de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento, archivo o transmisión.

Los términos "firma" y "suscripción" comprenden la firma digital, la creación de una firma digital o firmar digitalmente.

Los términos "instrumento privado" y "certificado" comprenden el documento digital firmado digitalmente...”

De este modo, cuando se lea en una figura penal alguna de éstas palabras, se deben comprender sus modos digitales comprendidos allí, para evitar hacer analogía, o que se plantee la prohibición de la misma en el marco de un proceso penal que pueda favorecer al acusado.

Es importante destacar que siempre en caso de duda en el derecho penal, se debe resolver en favor del acusado, se aplica el principio del “in dubio pro reo” o “favor rei” a lo largo de todo el proceso; y por ende cualquier duda que pueda generarse al tiempo de interpretar la normativa, se debería de resolver por la absolución o sobreseimiento del acusado aplicando éste principio.

Agrega en el artículo 128 del Código Penal (que habla de la distribución y publicación de imágenes pornográficas de menores), que este delito puede cometerse por “cualquier medio”, con el mismo propósito.

En el art. 153 que habla de la violación de secretos, agrega a la “comunicación electrónica” entre los modos de comunicación que pueden ser pasibles de la comisión del delito.

Incorpora el art. 153 bis, penando al acceso no autorizado por cualquier medio de un sistema o dato informático de acceso restringido (o sea, se incorpora la figura de “Hackeo” solo para el acceso no autorizado).

En el art. 155 que habla de la publicación de comunicaciones indebidamente, agregando el término “comunicación electrónica”.

Incorpora el art. 157 bis, que prevé el hackeo a bases de datos personales, el que revelare información de bancos de datos siendo que debía guardar secreto por ley, y al que insertare o hiciere insertar datos ilegítimamente en un banco de datos personales. Adecuándose así a las tecnologías que permiten la creación, el acceso y modificación de bases de datos por vías tecnológicas.

En el art. 173 que habla de la defraudación en supuestos especialmente previstos, incorpora en su inciso 16 al que defraudare a otro mediante cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos. Dando lugar a la comisión de estafa virtual mediante hackeo o manipulación del sistema informático.

Agrega al art. 183 que habla de daños, al que alterare, destruyere o inutilizare datos, documentos, programas o sistemas informáticos; o vendiere, distribuyere, hiciere circular o introdujere en un sistema informático, cualquier programa destinado a causar daños (el “Hackeo” dañino).

Al art. 184 que habla de daños agravados, incorpora al pie en el inc. 6 a quien decide “Ejecutarlo en sistemas informáticos destinados a la prestación de servicios de salud, de comunicaciones, de provisión o transporte de energía, de medios de transporte u otro servicio público.” (Un “Hackeo” dañino que afecte cuestiones públicas).

En el art. 197 que habla de interrupción o entorpecimiento de comunicaciones, incorpora que pueden ser comunicaciones “de otra naturaleza” para ser abarcativo de comunicaciones por vía digital.

También podemos agregar que se incorporó muy recientemente al código penal la figura de “Grooming” en el art. 131 describiéndola del siguiente modo:

ARTICULO 131. - Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma.”

El error de la técnica empleada por el legislador está en exigir que la persona que contacta con el menor debe hacerlo con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual, es un delito doloso, o sea, debe cometerse intencionalmente, y aparte de contactarse debe hacerlo con ese propósito en particular, que es a veces casi imposible de determinar.

Cómo saber las verdaderas intenciones del mayor de edad con solo las comunicaciones mantenidas con la persona menor, el solo hecho de contactarse con un menor y arreglar un encuentro no determina que el mayor quería cometer ese tipo de delitos, y no podemos darlo por supuesto, dado que la figura explícitamente nos indica que el autor tiene que tener ese fin último de cometer un delito contra la integridad sexual en perjuicio del menor. De más está decir que en caso de duda se va a resolver en favor del acusado, echando por tierra cualquier hipótesis que uno pueda elaborar al respecto lamentablemente.

Sin embargo, y pese a sus falencias de redacción a la hora de la aplicación práctica, ésta figura penal representa un claro avance en la adecuación de la legislación penal a nuevas modalidades delictuales que no podemos dejar inadvertidas.