

RESPONSABILIDAD PENAL E INFORMÁTICA¹

Dr. PhD. Pedro J. Montano
Profesor Agregado de Derecho Penal (UR)

1 .Introducción.

Hace más de veinte años que se viene denunciando las dificultades que acarrea la introducción de los medios informáticos en el ámbito del Derecho Penal².

Siguiendo al profesor francés GASSIN³, se distingue entre aquellos delitos que pueden ser cometidos mediante el uso de la informática y aquellos otros en que los medios informáticos son el objeto de la acción delictiva. En definitiva, los instrumentos informáticos pueden ser considerados principalmente objetos o medios para la comisión de ilícitos. Esta distinción se ha mantenido desde hace tiempo en la doctrina y puede considerarse un planteo ya clásico⁴.

Desde aquel momento ha habido cambios⁵. Aparecieron nuevas posibilidades de delinquir que tienen que ver con aplicaciones informáticas todavía más novedosas⁶. Es el caso de todo lo que tiene que ver con la irrupción de Internet⁷, el correo electrónico, el fenómeno de los virus⁸, la firma electrónica y el comercio electrónico.

Sin embargo, son pocas las disposiciones penales que hacen referencia explícita a la informática. Dos bibliotecas pugnan entre sí por ser la buena. El tiempo definirá.

2. Las dos bibliotecas o Informática y Derecho Penal.

Frente a este vacío caben dos posibilidades. Si se entiende que el principio de legalidad debe aplicarse al extremo, muchas conductas evidentemente delictivas no podrían ser incriminadas por falta de adecuación típica⁹.

Si, en cambio, los tipos tradicionales se interpretan de acuerdo a las exigencias de la irrupción de este nuevo medio criminógeno, no sería necesario crear nuevas figuras delictivas. De esta manera se evita la inflación penal que tanto ha caracterizado a este último decenio¹⁰.

Frente a esta disyuntiva, en el Derecho Comparado se han adoptado soluciones legislativas creadoras de nuevos tipos penales que, en muchos casos han resultado redundantes y en muchos

¹ Por el Dr. PhD. Pedro J. Montano. Profesor Agregado de Derecho Penal (UR).

² Pedro MONTANO - "Delitos Informáticos", año 1987, LJU, T. 94, Secc. Doctrina, págs. 57-60

³ Raymond GASSIN "Le droit de l'informatique", in "Receuil Dalloz", Nro.5, 30.1.86, págs. 35 y ss.

⁴ LAMY INFORMATIQUE, 1998, págs.1657 y ss. También se clasifican según si la delincuencia es nominativa o relacionada con las personas (contra la intimidad), o si es económica o representativa de valores (contra el patrimonio) y si es estratégica o relacionada con la seguridad o la soberanía de un Estado (contra la denominada intimidad nacional). Cfr. Renato Javier JIJENA LEIVA - "La criminalidad informática en Chile. Análisis de la ley 29.223" in "VI Congreso Iberoamericano..." cit., pág. 161.

⁵ El informe más completo y reciente en el ámbito europeo, realizado por el conocido estudioso del tema, el Prof. Ulrich SIEBER, puede verse en

<http://www2.echo.lu/legal/en/comcrime/sieber.html>. Se trata del COMCRIME-Study.

⁶ Puede verse una interesante colección de conferencias sobre delincuencia informática económica en:

<http://www.veraz.com.ar/spanish/noframes/conferen/indic.htm>. También puede verse el tratamiento de distintas figuras en:

<http://www.geocities.com/WallStreet/Exchange/4171/delitos.html>

⁷ Jorge PACHECO KLEIN - "Introducción a los delitos informáticos en el ciberespacio. Normas y Jurisprudencia comentadas" in "VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática" cit., pág. 147 y ss. con especial referencia a la delincuencia económica. Puede consultarse más material en: <http://www.asertel.es/cs/link04.htm>

⁸ Yarina AMOROSO FERNÁNDEZ - "Virus informáticos: aspectos legales", in "VI Congreso Iberoamericano..." cit., pág. 175. Julio TÉLLEZ VALDÉS - "Aspectos legales de los virus informáticos" in "Informática y Derecho N° 4. III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, Actas" Vol. II (ARANZADI, 1994) pág. 515 y ss.

⁹ Así por ejemplo las siguientes expresiones utilizadas en nuestro Código Penal: "lugares públicos"; "expuestos al público" (arts. 335, 361 CPU); "públicamente (art. 278); "documentos" (art. 335, 163, 236 CPU); "dibujos, escritos, pinturas" (arts. 335 y 361); "títulos de crédito, moneda" (art. 277); "ofensas reales, escritas o verbales" (art. 173 CPU); "transmitir audiciones o efectuar publicaciones pornográficas" (arts. 278, 361 CPU); "estratagemas o engaños artificiosos" (art. 374 CPU); "cosa mueble" (art. 340 CPU); "correspondencia telegráfica, telefónica o epistolar" o "comunicaciones" (arts. 217, 297, 298 CPU), etc.

¹⁰ Milton CAIROLI MARTINEZ - "Es posible proteger penalmente el software?" in AAVV "Protección Jurídica del Software" (FCU y Centro Interamericano de Estudios Miradores, Montevideo, 1992), pág. 34.

otros, no han conocido aun aplicación. En el ámbito regional o mundial, como es el caso de los trabajos de la OCDE¹¹, ONU¹², o del Consejo de Europa¹³, hay iniciativas que suponen indicaciones o guías para los Estados, para actualizar su legislación en el mismo sentido¹⁴.

La técnica legislativa también ha variado. En algunos casos se optó por incorporar esos nuevos tipos al Código Penal, como es el caso de Alemania¹⁵, Austria¹⁶, Francia 1988¹⁷ y de España al promulgar su nuevo Código de 1995. Además, se ha adoptado textos especiales, en muchos casos multiarticulados y orgánicamente estructurados, como si fuesen códigos ad hoc que no sólo contienen disposiciones penales. Podemos citar como ejemplo el caso de Suecia¹⁸; la ley alemana de protección de datos¹⁹; la Privacy Act de los Estados Unidos²⁰, la reciente ley italiana²¹ y la ley francesa sobre informática y libertades de 1978, entre otros. En nuestro ámbito regional es de destacar la ley chilena sobre delitos informáticos²² que crea nuevos tipos penales al margen del Código Penal, aspecto éste que ha sido criticado²³.

Los países del MERCOSUR contienen disposiciones en este tema: la ley argentina 24.769 relativa a fraudes fiscales y previsionales; el reciente Código Penal del Paraguay²⁴ contiene dos tipos específicos: los arts. 174, "Alteración de Datos" y 175 "Sabotaje de computadoras". Brasil, en cambio no tiene disposiciones específicas en su respectivo Código.

Los tipos novedosos son²⁵ el espionaje de datos, el fraude²⁶ y la estafa informática²⁷, el sabotaje informático²⁸, la destrucción de datos, el acceso fraudulento a un sistema de elaboración de datos²⁹, ataques con virus con intención de hacer estragos, bombas lógicas o cronológicas, piratería

¹¹ Santiago MIR PUIG (Comp.) – "Delincuencia Informática" (PPU, Barcelona, 1992, pág. 50); Carlos Ma. ROMEO CASABONA – "Poder Informático y seguridad jurídica" (FUNDESCO, Madrid, 1987), pág. 104.

¹² En la siguiente página web preparada en la Universidad de México, podrá encontrarse un catálogo de las disposiciones internacionales y la posibilidad de llegar a los textos integrales: <http://tiny.uasnet.mx/prof/cln/der/silvia/lexis.html>.

¹³ La documentación del "Legal Advisory Board" (LAB) de la Comisión Europea puede consultarse en <http://www2.echo.lu/legal/en/crime/crime.html>

¹⁴ Ricardo LEVENE, Alicia CHIARAVALLI - "Delitos Informáticos" in "VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática" (IMPO, Montevideo, mayo 1988) pág. 129.

¹⁵ Segunda Ley para la lucha contra la criminalidad económica (2.WiKG) de 15 de mayo de 1986 y el actual artículo del Código Penal n° 202 a). *Ausspähen von Daten*. (Espionaje de datos).

¹⁶ Ley de reforma del Código Penal de 22 de diciembre de 1987.

¹⁷ Ley 88-19 de 5 de enero de 1988 sobre el fraude informático.

¹⁸ De 11 de mayo de 1973, parcialmente revisada en 1979.

¹⁹ La Bundesdatenschutzgesetz (BDSchG) de 27 de enero de 1977.

²⁰ De 31 de diciembre de 1974.

²¹ Ley de 31 de diciembre de 1996, n.675 sobre "La tutela de las personas y otros sujetos respecto al tratamiento de datos personales".

²² Ley N° 19.223 de junio de 1993.

²³ Cfr. Rodolfo HERRERA BRAVO, in "Revista Electrónica de Derecho Informático", # 4, 11.12.98 in <http://derecho.org/redi/numero5/herrera1.html>

²⁴ Entrado en vigor en noviembre de 1998, según Ley 1160/97.

²⁵ Ulrich SIEBER "Criminalidad informática: Peligro y prevención", in "Delincuencia informática", cit., pág. 13 y ss., presenta una descripción de los tipos novedosos más frecuentes.

²⁶ Puede verse el texto íntegro de la ley francesa sobre fraude informático, conocida también como ley *Godfrain* en la siguiente página: <http://info.in2p3.fr/secur/legal/l88-19-home.html>

²⁷ Ma. Luz GUTIÉRREZ FRANCÉS - "La criminalidad defraudatoria por medios informáticos en el anteproyecto de nuevo código penal de 1992" in "Informática y Derecho N° 4. III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, Actas" Vol. II (ARANZADI, 1994) pág. 497 y ss. Con respecto a la estafa informática en el nuevo Código Penal español: <http://www.geocities.com/WallStreet/Exchange/4171/estafa.html>

²⁸ Mirentxu CORCOY - "Protección penal del sabotaje informático. Especial consideración de los delitos de daños" in "Delincuencia informática", cit., pág. 145 y ss.

²⁹ LAMY INFORMATIQUE, 1998, pág. 1696.

informática³⁰ atentados contra la intimidad personal³¹, reproducción no autorizada de programas informáticos³², falsificaciones informáticas³³ y fraudes por manipulación de datos o programas³⁴.

A pesar de existir esas leyes específicas e innovadoras, éstas han sido de escasa aplicación y también han presentado lagunas y dificultades de interpretación porque, al ingresar en la casuística descripción de nuevas situaciones, forzosamente ya han quedado obsoletas, a pesar del corto lapso transcurrido³⁵. Puede afirmarse que –a pesar de los esfuerzos- no han sido aun una verdadera solución al problema.

En la mayoría de los Estados, se sigue enfrentando el fenómeno con la legislación tradicional, a pesar de los reclamos apremiantes de algunos sectores de la doctrina y de la política³⁶.

También en el Uruguay la herramienta principal sigue siendo la interpretación de los tipos tradicionales, y la excepción es la creación de nuevas figuras delictivas. No creemos que esto se deba a una postura premeditada, sino más bien a que simplemente no se conoce aquí un volumen delictivo tan significativo como en otros Estados más desarrollados.

Por eso, debemos encarar este estudio analizando supuestos de interpretación y también el delito informático específicamente creado con motivo de la irrupción de la informática en el ámbito de la Administración.

La defensa de la interpretación no supone desconocer el riesgo de que “un sistema legal con lagunas, para colmar sus espacios vacíos existentes, es inducido a producir por imitación”³⁷.

1. El delito informático.

Vinculado al fenómeno emergente de las legislaciones que contemplan esta nueva realidad, se halla el problema de la definición del delito informático³⁸.

En la doctrina, un punto que se repite obligatoriamente en prácticamente todos los estudios es si estamos ante una nueva categoría de delitos –para algunos es una realidad que hasta ha sido elevada a la categoría de “delito del futuro”³⁹- o si se trata solamente de nuevas formas de comisión de las tradicionales figuras delictivas y que –a lo sumo- configuran una nueva modalidad criminológica⁴⁰.

Existen pues dos bibliotecas⁴¹. Las que sostienen que se trata de una nueva categoría delictiva⁴² y quienes entienden que no⁴³. Las estudiaremos por separado para seguir un esquema en este trabajo.

³⁰ También en lo que tiene que ver con ilícitos autorales.

³¹ Pedro J. MONTANO - "Informática y derecho a la intimidad. Reseña de Derecho Comparado" in "Ieras. Jornadas Nacionales de Derecho Informático", publicación de la Asociación de Escribanos del Uruguay y del Colegio de Abogados (1987), págs 199-225. La reciente ley 16.736 de 5 de enero de 1996 dispone que las oficinas públicas impulsarán el empleo de la informática “*garantizando a los administrados el pleno acceso a las informaciones que les conciernen o sean de su interés*”. Un antecedente de esta disposición está en el art. 14 del D. 500/91 ya citado.

³² El Departamento de Justicia de los Estados Unidos tiene amplia información en Internet: <http://www.usdoj.gov/criminal/cybercrime/index.html>

³³ Pedro MONTANO "Las falsificaciones electrónicas" in Revista del INUDEP (Montevideo, 1988) págs.97-106.

³⁴ LEVENE, CHIARAVALLOTTI, op. cit., pág. 129 y ss. Los correspondientes artículos del Código Penal español pueden verse en:

<http://www.ctv.es/USERS/mpq/delitos.html>. Ulrich SIEBER - “Criminalidad informática...” cit., págs. 15 y ss. En nuestro medio, Raúl CERVINI - “Reflexiones sobre los fraudes informáticos por manipulaciones” in “Cursillo sobre Derecho Penal Económico” (Montevideo, FDSC, 1990) págs. 151 y ss.

³⁵ Sin embargo, puede verse alguna jurisprudencia norteamericana en la siguiente referencia: <http://www.usdoj.gov/criminal/cybercrime/compcrime.html#SAMP>

³⁶ Cf. PACHECHO KLEIN, op. cit.

³⁷ SACCO, R. – “Introduzione al Diritto Comparato” in “Trattato di Diritto Comparato” dirigido por el mismo SACCO, Tomo I, (Turín, 1992) pág. 150, citado por BARBAGALLO, Op. Cit., pág.25.

³⁸ DELPIAZZO, EIRÍN, MONTANO, Op. cit., pág. 114, lo definíamos en un sentido amplio, como “aquél que directa o indirectamente se relaciona con un sistema computarizado como medio u objetivo en la realización dl mismo”.

³⁹ Ulrich SIEBER – “Criminalidad Informática: Peligro y Prevención”, in “Delincuencia Informática”, Santiago MIR PUIG (Comp.), (PPU, 1992), pág.45. También lo sostuvimos anteriormente Cfr. DELPIAZZO, EIRIN, MONTANO, Op. cit., pág. 114.

⁴⁰ Daniel R. ALTMARK y Ramón G. BRENNNA - “Tecnología y delito” in “La Ley”, (C., 1994) pág. 1002, donde propugna una categoría que lo incluiría: “el delito tecnológico”

⁴¹ Ver por todos, Nahum BERGSTEIN – “Derecho Penal e Informática” in LJU, T. 111, (1995, págs. 43-50), pág. 44. El Prof. Bergstein se afilia a la postura que reclama nuevos tipos penales págs. 49-50.

⁴² LEVENE, CHIARAVALLOTTI, op. cit., pág. 124; K. TIEDEMANN - “Poder Económico y delito” (Barcelona, 1985) pág. 122. ALASTUEY DOBÓN, Ma. Del Carmen “Apuntes sobre la perspectiva criminológica de la

Nosotros, por ahora, entendemos que no se trata de un nuevo tipo de delitos sino que estamos ante formas delictivas novedosas que plantean una serie de problemas difíciles de resolver, pero que no llegan a presentar la entidad suficiente desde el punto de vista conceptual y dogmático⁴⁴. Para empezar, todavía no se distingue un bien jurídico tutelado que le pueda ser adjudicado como propio o al menos principal. ¿Es la información, la propiedad, la intimidad, el dato, los sistemas informáticos en sí mismos, la seguridad, la fe pública?

Más bien podríamos incluir estas situaciones dentro de los ilícitos económicos y, más precisamente, dentro de la modalidad de “delitos de cuello blanco”⁴⁵.

Cuando decimos que no tienen suficiente entidad dogmática no pretendemos desconocer su capacidad de daño en la sociedad, desde el punto de vista económico. Algunos han determinado hasta quiebras de empresas, o enriquecimientos de mucha importancia del sujeto activo.

Precisamente es esa capacidad dañosa la que más ha llamado la atención de penalistas y criminólogos, junto con algunas peculiaridades sociológicas del sujeto activo, las dificultades de descubrir las maniobras delictivas, su fácil encubrimiento, la cifra negra⁴⁶, y la rapidez de acción⁴⁷.

Pensamos, sin embargo, que aun no estamos ante una nueva categoría delictiva, sino de la irrupción de un nuevo medio tecnológico que ha sacudido el sistema penal y lo ha tomado por sorpresa⁴⁸.

La aplicación de tipos preexistentes a fenómenos tecnológicos innovadores y revolucionarios, no es nueva en la historia del Derecho Penal. Ha sucedido por ejemplo, con la energía eléctrica⁴⁹ y con la utilización de aparatos mecánicos.

La irrupción del automóvil, si bien generó nuevas situaciones de peligrosidad, no ha requerido la creación de tipos “ad hoc” en la mayoría de las legislaciones que siguen manteniéndose en sus tipos tradicionales o se han volcado hacia el Derecho Administrativo⁵⁰.

El automóvil se vio simplemente como un nuevo instrumento u objeto para cometer delitos clásicos, como las lesiones, el homicidio, el hurto o el daño.

2. ¿Un tipo de criminal?

Para ambas bibliotecas se ha escrito mucho sobre la caracterización del sujeto activo de este tipo de delitos. Se ha dicho que “los mismos suelen ser primarios u ocasionales. De los hechos de mayor importancia económica son autores por lo general empleados de las empresas en un 90 por ciento, y no siempre poseen conocimientos especiales en el campo del procesamiento de datos (tan sólo un 60%)”⁵¹.

Hace años se describía al sujeto activo como un joven muy inteligente, con mucha disponibilidad de tiempo y con conocimientos informáticos. Hoy en día, podría ser prácticamente cualquier persona.

Es evidente que debe poseer ciertos conocimientos y también debe tener a su disposición medios informáticos, pero cada vez ambas cosas son más frecuentes, tanto que prácticamente ya no se puede decir que constituye un sujeto especial.

delincuencia informática patrimonial”, in “Informática y Derecho N° 4. III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, Actas” Vol.II (ARANZADI, 1994) pág. 455. Miguel GÓMEZ PERALS - “Los delitos informáticos en el Derecho Español”, in “Informática y Derecho N° 4...” cit., pág. 483. Ulrich SIEBER - “Documentación para una aproximación al delito informático” in “Delincuencia informática”, cit., págs. 65 y ss.

⁴³ LAMY INFORMATIQUE, n° 2867 y ss., año 1998, pág. 1659, en relación al fraude informático.

⁴⁴ DELPIAZZO, EIRÍN, MONTANO, página 115, propugnábamos “la implementación de una legislación sobre la materia, que contemple adecuadamente sus aspectos penales”. Esto es así, de lege ferenda. Sin embargo el transcurso de estos más que diez años y la experiencia internacional han llevado a constatar que por ahora - insistimos - la legislación tradicional podría hacer frente a gran parte de las situaciones delictivas.

⁴⁵ ALASTUEY DOBÓN, citando posiciones contrarias, op. cit., pág. 455.

⁴⁶ Muchas son las causas que podrían explicar esta cifra negra. El cuidado del prestigio de algunas instituciones que han sido víctimas como bancos y empresas aseguradoras, suelen ser determinante. Muchas veces no se descubren, por la propia dificultad que presentan las maniobras. Algunas modalidades producen daños muy pequeños a muchas personas, pero enriquecen en gran medida al autor. Esto hace que las víctimas no movilicen el aparato represivo por el costo económico y en molestias que les supone y que resulta desproporcionado. Cf. Isidoro BARBAGALLO – Op. cit., pág. 51.

⁴⁷ Miguel GÓMEZ PERALS, op. cit., pág. 483. Ulrich SIEBER - “Criminalidad informática...” cit., pág.29 y ss.

⁴⁸ Carlos Ma. ROMEO CASABONA – “Poder Informático y Seguridad Jurídica” (Madrid, 1988), pág. 35 y ss.

⁴⁹ PESCE, Eduardo “Acerca de la interpretación de la ley y del hurto de energía eléctrica” in “Revista de Derecho Penal”, N° 11, FCU, 2000, págs. 122 a 128.

⁵⁰ Aunque otros Derechos, como el alemán, introdujeron los tipos delictivos de “tránsito vehicular”.

⁵¹ ROMEO CASABONA, op. cit., pág. 36, donde cita además, la principal bibliografía sobre el punto.

Pueden distinguirse dos tipos de hackers. Por un lado aquellos que buscan violar sistemas informáticos de otros por un mero ánimo de juego, complaciéndose narcisísticamente una vez obtenida la victoria. Por otro lado aquellos animados de verdadero deslinio criminal⁵².

Veremos ahora “las dos bibliotecas” que caracterizan el estudio de este tema. Para ello tomaremos como modelo de la primera los delitos contra la propiedad, en el caso de la segunda, la falsificación documental.

3. La “Primera Biblioteca” o La interpretación de la norma penal.

Una adecuada interpretación de las normas penales puede todavía resolver la mayoría de las perplejidades que plantean estos denominados “delitos informáticos”. Pero la interpretación no procede de cualquier manera en Derecho Penal porque hay que encontrar el límite del principio de legalidad.

Las leyes no sólo se aplican, sino que deben ser bien aplicadas. Y para ello es esencial una labor interpretativa. El principio de legalidad obliga a no sancionar aquello que no está previsto por la ley, pero también obliga a castigar aquello que ha sido su voluntad. Un respeto del texto legal a ultranza llevaría a una aplicación literal, piedeletrista, que en muchos casos podría suponer una traición, tanto cuando se aplica, como cuando se deja de aplicar, porque el principio de legalidad supone también la aplicación de la ley cuando esa ha sido su voluntad⁵³.

Al decir de COVIELLO, la interpretación debe tener por fin el lógico esclarecimiento del espíritu que encierra la ley, cuando la palabra adoptada no lo expresa con exactitud. Es buscar el sentido de la ley, de su voluntad objetiva, en relación con todo el ordenamiento jurídico, en la hora en que se aplica aquélla. El intérprete debe darle entonces a esas palabras el significado que le corresponde a dicho espíritu, “así sea más extenso que el natural, sin distinguir las varias especies de normas, ya que la voluntad del legislador debe ser respetada en su integridad aun dentro de las normas excepcionales”. No es posible trasponer los límites, pero es lícito llegar hasta ellos. De hecho una interpretación en base a la “epikeia” no sólo es lícita sino que perfecciona la norma legal.

1. Los delitos de hurto y de apropiación indebida.

Paradigmático es lo que sucede con el delito de hurto o el de apropiación indebida en sus distintas modalidades⁵⁴. La insuficiencia del tipo parecería palmaria si nos atenemos al estricto tenor literal⁵⁵. Ambos tipos requieren una “cosa mueble”⁵⁶.

Si una persona sustrae información del disco duro de una máquina que no le pertenece y que no está autorizado a usar, ¿qué delito cometería? ¿Hasta qué punto puede decirse que los datos son cosa mueble?⁵⁷

Lo mismo si una persona utiliza una máquina muy potente de la oficina para la cual trabaja, empleándola para fines particulares sin estar habilitado para ello. ¿Ese tiempo de máquina utilizado sin autorización, configuraría un hurto?

El sentido común indica que hay una acción ilícita que atenta contra la propiedad.

Estas perplejidades son más bien efectistas sin reflexionamos un poco.

Para eso, hay que ir a las esencias de las cosas, ver lo que realmente son, para no quedarnos en el mero plano accidental que no refleja más que atributos o calificativos, aun cuando estos puedan ser

⁵² Isidoro BARBAGALLO, Op. cit., pág. 50.

⁵³ Nuestro Código Civil obliga a aplicar la ley, aun cuando sea necesario interpretarla (art. 16 CC.)

⁵⁴ Arts. 340 y 351 CPU.

⁵⁵ Cfr. PESCE Eduardo, “Acerca de la Interpretación de la Ley y del Hurto de Energía Eléctrica” in “Revista de Derecho Penal”, FCU, 2000, págs. 122-128.

⁵⁶ VIEGA RODRÍGUEZ, Ma. José “Un nuevo desafío jurídico: los delitos informáticos” in “Derecho Informático”, FCU, 2001, págs. 185 y ss.

⁵⁷ En contra de nuestra tesis, afirmando la imposibilidad del hurto de datos: PESCE, Eduardo “Acerca de la Interpretación de la ley y del hurto de energía eléctrica” porque el art. 340 requiere cosa material y mueble, op. cit., pág. 128; Jean PRADEL C. FEUILLARD C. - “Les infractions commises au moyen de l’ordinateur” in RD pénal, crim. 1985, pág. 317; G. CHAMPY G., “La fraude informatique”, (PU, Aix-en-Provence, 1992) espec. pág. 7533 y ss. LAMY INFORMATIQUE 1998, pág. 1693. Remiten la tutela al ámbito de la propiedad intelectual puesto que los datos son creación intelectual. Sin embargo, se admite la “aprehensión” del dato en la piratería, cosa que sería contradictoria, Lamy cit., pág.1694. Y se duda con respecto a la inclusión del bien incorporal, Lamy, cit., pág. 1700.

tan espectaculares que puedan encandilar y ocultar hasta la misma esencia de lo que la cosa en realidad es⁵⁸.

2. La cosa o ente.

El concepto de cosa o realidad es por completo idéntico al de ente. El sentido en que se toma la voz "cosa" es el más amplio de los que ésta tiene en el lenguaje común, donde no siempre se hace la distinción entre cosa y persona. "Cosa" es lo que tiene (en potencia o acto) ser (esto es, realidad), no lo carente de ello. Y es algo distinto de la nada, es decir, es "algo". La voz "algo" designa lo que no es la nada (non nihil).

Todo ente o cosa, es inteligible e individualizable. Lo único que no admite intelección es la nada. Y todo ente es también apetecible por lo que tiene de ente, de ser, no por lo que le falta. Sólo la nada carece, en sentido absoluto, de razón suficiente para poder ser querida, porque en ella no hay realmente nada que querer. A todo ente, en cuanto inteligible, se le denomina verdadero porque puede ser objeto de una intelección verdadera⁵⁹. Los datos pertenecen a esta descripción. Son "algo" porque son inteligibles, individualizables, apetecibles, dominables, apropiables.

⁵⁸ Raúl CERVINI - "Reflexiones...", cit., quien sin perjuicio de propugnar soluciones de ley ferenda, sostiene que "es imperioso ensayar ante todo una lectura imaginativa de los textos vigentes, procurando abarcar en ellos, caso a caso, algunas de las manipulaciones por computadora de mayor dañosidad", pág. 167.

⁵⁹ Antonio MILLÁN PUELLES - "Léxico Filosófico" (RIALP, Madrid, 1984) págs. 243 y ss.

3. La “cosa mueble”.

Este concepto metafísico, que desde luego debe estar en la base de todo razonamiento jurídico, nos permite ingresar en el análisis de cómo fue captado por el Derecho.

Cosas que son inmateriales, -como lo son los datos, los conocimientos, la información- pueden quedar incluidos dentro del concepto del derecho que sobre ellas recae porque la tradicional distinción entre bienes muebles e inmuebles ha sido superada.

Los antiguos hacían una subdivisión de las cosas (res)⁶⁰ en función de su tangibilidad, mientras que contemporáneamente se prefiere hablar de derechos.

Los romanos confundieron el derecho de propiedad con la cosa sobre la que ella recae. Para ellos, el derecho de propiedad se materializa en las cosas y aparece como algo también material. Se dice de manera indiferente “mi bien, mi cosa, mi propiedad” para referirse a la cosa de la que se es dueño. Se indica la cosa, directa y únicamente para referirse a la naturaleza del derecho del cual se es titular.

Las cosas son bienes en sentido jurídico de la palabra, no cuando son útiles al hombre, sino cuando pueden ser objeto de apropiación (propiedad). Es todo elemento de fortuna o riqueza susceptible de apropiación en provecho de alguien⁶¹.

Esto se confirma en materia de reivindicación porque no se reivindican los bienes muebles desde que a partir del Código Napoleón, “la posesión vale título”⁶².

Antiguamente, la distinción entre bienes muebles e inmuebles resultaba aplicable exclusivamente para las cosas materiales. Y sólo con respecto a ellas cabe preguntarse si son susceptibles de desplazamiento o no, que es la característica por excelencia del bien mueble.

En derecho romano esta distinción que era ya conocida se aplicaba solamente a las “res corporales”, cosas corporales o materiales. Pero posteriormente el Derecho, sobre todo a través del Derecho francés, se fue extendiendo y se ha aplicado aún a los objetos incorporeales, es decir a los derechos que tanto sobre bienes muebles o inmuebles recaían.

Esta extensión sorprendió a los civilistas de principios del siglo XX⁶³ y es lo que explica que, desde hace ya muchos años⁶⁴ en la jurisprudencia penal comparada, cuerpos que tienen una consistencia etérea, como los gases o fuerzas de la naturaleza que se dejan dominar o utilizar para las necesidades humanas, como la electricidad, fueran considerados también cosas corporales susceptibles de apropiación, a pesar de ser cosas incorporeales, sin haber tenido necesidad de exigir un tipo especial como nuestro hurto de energía eléctrica⁶⁵.

En doctrina se ha conservado más bien el concepto de cosas incorporeales para designar los llamados bienes inmateriales, como las obras del ingenio o el nombre civil y comercial que tienen una regulación especial (obras literarias y artísticas, patentes, etc.)⁶⁶. De ahí que, sólo un sector de los bienes incorporeales haya sido extraído del régimen general y tenga su propia regulación especial⁶⁷.

⁶⁰ “(Res) corporales hae sunt **quae tangi possunt**, velut fundus, vestis, aurum...; incorporeales, **quae tangi non possunt**, qualia sunt ea quae in jure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes...” Gayo, Institutas..II, 13 y 14, cit. Por Marcel PLANIOL - “Traité élémentaire de Droit Civil (Paris, 1908) T.I, pág. 693.

⁶¹ Op. Cit., pág.691.

⁶² El argumento es válido aunque en nuestro Código Civil se requiera la tradición. Posesión es diferente de propiedad y puede coexistir separadamente de ésta (art. 490 CCU).

⁶³ La ampliación se explica por dos razones. La primera por la existencia de la comunidad de bienes entre esposos, que no comprendía antiguamente más que los bienes muebles. Y la segunda porque se fueron generando reglas especiales para la devolución de los bienes por sucesión que hacían volver ciertos bienes llamados “propios” a la rama de la familia de las cuales el difunto las había recibido. Pero como el carácter de “propios” no recaía más que sobre bienes inmuebles, los muebles eran devueltos de acuerdo a reglas más simples. Por esta doble razón, *se debió repartir los bienes corporales o incorporeales, en las clases de muebles e inmuebles*. En efecto, era necesario saber si un determinado bien entraba en la comunidad conyugal a título de mueble o si seguía en las sucesiones las reglas de los propios, a título de inmueble. PLANIOL, cit., pág. 701.

⁶⁴ En España desde 1887; en Argentina desde 1939, según JIMÉNEZ DE ASÚA, Op. Cit., pág.413; y en Francia desde 1912, según MERLE-VITU, Op. Cit., pág.253. En dichos ordenamientos penales no existían disposiciones como la nuestra del hurto de energía eléctrica (art. 343 CPU).

⁶⁵ Art. 343 CPU. Asimismo en Francia, con respecto al delito de estafa, se entiende que la máquina interpuesta no es objeto del engaño, sino las personas que están detrás: “detrás de la máquina, los tribunales buscan y encuentra al hombre.” De esta forma la jurisprudencia superó también el obstáculo de la literalidad del tipo a través de la interpretación. Lamy informatique, 1998, pág. 1665.

⁶⁶ José CASTAN TOBÉNAS - “Derecho Civil Español” (Edit. REUS, Madrid, 1949) pág. 581 y 582.

⁶⁷ Ley de derechos de autor n° 9739, ley de marcas y patentes n°9.956 y el estudio de la nueva ley de marcas N° 17.011 in Juan Manuel GUTIERREZ CARRAU -“Manual Teórico-Práctico de Marcas” (2ª edición, F.C.U., set.98) págs. 259 y ss.

En Estados Unidos, algunos Estados tienen legislación en materia de hurto que habla de “cosa de valor” (thing of value) y esas cosas pueden ser tanto corporales como incorporeales. Informaciones, datos de computadora, software, impulso electrónico y documentación asociada con sistemas de computación pueden ser objeto de propiedad⁶⁸.

En el ámbito de modernos contratos como es el caso de los denominados “housing” y “hosting”⁶⁹ se habla de datos magnéticamente “depositados” (en depósito) en el disco rígido del ordenador utilizado de servidor. Los datos en sí mismos considerados son objeto de “depósito”⁷⁰, como si fueran bienes muebles.

4. Delitos patrimoniales y delitos contra la propiedad.

En el ámbito del Derecho Penal cabe la distinción entre delitos contra el patrimonio, como es el caso de la estafa, y delitos contra la propiedad en los que se verifica un ataque, una lesión o puesta en peligro de un “específico valor patrimonial”⁷¹. Dentro de éstos, a su vez, cabe distinguir entre delitos contra la propiedad por destrucción, como es el caso del delito de daño, y delitos contra la propiedad por apropiación, como la apropiación indebida.

Lo que se protege no es la cosa en sí misma sino un derecho, el derecho de propiedad. Es el “bien” en sentido patrimonial⁷². En relación al primer caso se refiere al patrimonio en su generalidad, y en el segundo caso, con respecto a algún o algunos bienes concretos. Nuestro Código Penal así lo prevé, y los incluye en el mismo título XIII, correctamente denominado “delitos contra la propiedad”.

La afectación ilícita del bien jurídico “derecho de propiedad” se verifica más bien “por la sustitución al titular en el ejercicio (disfrute) del contenido del derecho de dominio o de la parte del mismo que en la situación concreta sea penalmente relevante”⁷³.

Está claro que en el caso de obtener datos ilícitamente o de destruirlos, o de ingresar meramente a un sistema informático, se afecta el derecho de propiedad porque se opera esa sustitución.

En el caso del daño esa sustitución se produce por destrucción, impidiendo al legítimo titular su disposición. Es evidente que el máximo acto de dominio está ejemplificado en la destrucción de la cosa, el dato, la información, y con ello se da la máxima sustitución al titular legítimo del derecho de propiedad.

En el caso de apropiación, por sustracción, por retención, por apoderamiento en definitiva, la sustitución puede ser total o parcial. Ambas hipótesis son ilícitas.

La sustitución total se produce cuando se impide totalmente al legítimo dueño su disposición porque el dato o la información ha sido quitada totalmente de su órbita de ejercicio del derecho. El legítimo dueño ya no tiene más a su disposición el dato o la información. Es el caso de quien antes de borrar la información del disco del titular, la copia en un disquete que se lleva. La información no se destruyó, pero está en poder de quien no es su dueño.

Pero la sustitución puede ser también parcial si se copia la información dejándola, además, donde estaba. El legítimo dueño sigue disponiendo de la cosa, pero contrariamente a su voluntad, de forma no exclusiva. El derecho de disposición sobre la cosa pasa a estar compartido entre el legítimo dueño y quien se apodera de ella ilegítimamente.

En la modalidad del “hurto de uso”⁷⁴ que supone “la sustracción de la cosa para servirse momentáneamente de ella, sin menoscabo de su integridad efectuando su restitución o dejándola en condiciones que le permitan al dueño entrar de nuevo en su posesión”, la consumación se produce

⁶⁸ Nahum BERGSTEIN – Op. cit., págs.46 y 49.

⁶⁹ Estos contratos también dan nacimiento a nuevas hipótesis delictivas. Cabe imaginarse la siguiente: un sujeto introduce, furtivamente por la noche, sin conocimiento del “hoster”, datos ofensivos para el Gobierno en su página pública que tiene en Internet. Otro ejemplo: un proveedor da informaciones falsas sobre la existencia de un producto que vende a través de Internet. Cf. Isidoro BARBAGALLO – Op. cit., págs. 43 y 49.

⁷⁰ Isidoro BARBAGALLO – “Contratti di Servizi Informatici, di Housing e di Hosting, e problematiche delle sponsorizzazioni su Internet”, in AAVV - “La Sponsorizzazione” (Giuffré Edit., 1998), pág.39.

⁷¹ Miguel SOTO, - “La apropiación indebida” (Editorial Jurídica Conosur Ltda, Santiago de Chile, 1994, 100 págs), págs. 45 y ss.

⁷² Nuestro Código Civil asimila “cosa” con “bien” (art. 460 n.1). El bien es el derecho que sobre la cosa recae. Sobre una cosa pueden recaer distintos derechos subjetivos: propiedad, hipoteca, usufructo, servidumbre. AREZO PÍRIZ, Enrique, “Distinción de los conceptos de bien y cosa con especial referencia al estudio de la propiedad incorporal” in “Propiedad Incorporal, derechos de autor y conexos, propiedad industrial y marcaria”, MEC, 1987, págs. 9 a 17.

⁷³ SOTO, Op. Cit, pág. 57.

⁷⁴ Art.342,1, CPU.

aun con el mero acceso, por un instante siquiera, a la “disponibilidad” o “disposición” de la cosa⁷⁵. El autor debe haber quedado por un momento, en posición de disponer de la cosa, de ejercer el contenido de la facultad de disposición, propia del dueño. El derecho de propiedad con respecto al dato o a la información se concreta en la posibilidad de conocerlo, destruirlo o difundirlo. Esto se da cuando se accede directa o remotamente a un sistema informático, sin estar habilitado para ello. De modo que el contenido del injusto penal estará dado por el “disvalor del resultado”, que se configura por el reemplazo o sustitución –total o parcial- que el autor hace del legítimo titular en el ejercicio del contenido de la relación de dominio sobre la cosa, y particularmente del derecho de disposición sobre la misma.

5. La sustracción.

El apoderamiento en el hurto debe ser hecho mediante sustracción. Parecería ser éste otro obstáculo por la exigencia del tipo. En el caso de la apropiación indebida alcanza con la apropiación, porque el sujeto activo ya está en posesión de la cosa “que le fue confiada o entregada por cualquier título que importare obligación de restituirla o de hacer un uso determinado de ella”⁷⁶.

La sustracción, a nuestro modo de ver, no supone exclusiva o necesariamente un desplazamiento material de la cosa, tal como era exigida por el derecho romano. Por eso mismo entendemos que en el caso de la copia del dato o de la información, puede darse igualmente⁷⁷.

Hay que simbolizar o interpretar la sustracción como el signo de menos. Es una resta. Es una disminución que se produce en un patrimonio concreto de una cosa o de parte de ella, en un caso concreto. Es un perjuicio, un detrimento. El derecho de propiedad se vio debilitado, disminuido o reducido, en relación con un determinado bien.

6. El aprovechamiento.

Los tipos requieren el ánimo de aprovechamiento del sujeto activo, o de otro. El provecho puede darse aunque simplemente se sirva “momentáneamente de ella”. Y es claro que ese provecho correspondía de forma exclusiva a quien era su legítimo titular.

La referencia subjetiva exigida por el tipo es ineludible.

El aprovechamiento de una información⁷⁸ está dado ya por el hecho de enterarse. El conocimiento es el primer beneficio que se obtiene y no necesariamente debe traducirse en dinero por un empleo que de él se haga. Si acaso, el beneficio económico agravará el contenido de injusto del acto⁷⁹. El debilitamiento del derecho de propiedad del legítimo titular se hace doblemente, por el conocimiento y por el provecho económico que de él se obtiene y que pertenecía a su legítimo titular, hubiese o no usado de él en esa forma.

Los tipos se castigan a título de dolo directo.

7. Conciencia de la antijuridicidad.

Quien obtiene o destruye información sabiendo que no es su titular legítimo, tiene conciencia de la antijuridicidad de su acto⁸⁰. Esto es evidente. Quizás pueda no tener conciencia de la gravedad, pero nunca de la antijuridicidad.

Es el uso que de ella haga lo que podrá dar una idea de la conciencia de la gravedad y permitirá detectar una acentuación del dolo.

⁷⁵ SOTO, Op. Cit., pág.62.

⁷⁶ Art. 351 CPU.

⁷⁷ En contra, Nahum BERGSTEIN – Op. cit., pág. 46.

⁷⁸ Renato Javier JIJENA LEIVA - “La criminalidad Informática: situación de lege data y lege ferenda en Chile”, in “Informática y Derecho...”, op. cit., págs. 509-510. Para quién el derecho penal debe amparar los contenidos informativos. La información misma debe ser considerada el bien jurídico tutelado y el objeto material de un delito informático. En el mismo sentido Francisco BUENO ARÚS - “El delito Informático” in “Actualidad Aranzadi”, N° 11, abril 1994, pág. 1.

⁷⁹ “Hay información que tiene valor económico, sea en sentido actual o potencial y por lo tanto puede ser objeto de propiedad”. Cf. DELPIAZZO, Carlos – “Apreciación jurídica de las bases de datos geoespaciales” in LJU T. 115, 1997, 2, págs. 41-45, cita en pág. 43.

⁸⁰ Cubrimos de esta forma la problemática del error.

Un simple conocimiento que no sale de la órbita del intruso, no puede asimilarse a una venta que éste haga de la información. Al salir de la órbita del sujeto activo, la información puede ser utilizada inescrupulosamente por terceros que agreguen dañosidad a la acción inicial⁸¹.

8. La revelación de secretos.

En este caso la figura podría entrar en concurso con la de revelación de secretos⁸². Sin entrar a analizar la figura, podemos brevemente decir que la necesidad de que exista un documento ya no es un impedimento, porque también pueden serlo aquellos que surgen de soporte magnético⁸³. La normativa nacional ha dado pasos en este sentido en el ámbito de la administración pública⁸⁴. En cuanto en un ordenador captamos en la pantalla los datos que obran en otro, hubo una transmisión de los mismos y no requieren ser impresos en papel para ser considerados documentos.

Veremos este caso más detalladamente al analizar el material de lectura, pues ya se ha registrado un caso en nuestros tribunales.

9. El software y la propiedad intelectual.

El software está amparado por la legislación de derechos de autor. Ello no sólo resulta de lo que dice el decreto 154/89 que incorporó originariamente los soportes lógicos al Registro de Derechos de Autor. No alcanzaría a darle validez penal por no tratarse de ley. El software según una interpretación lógico-sistemática de las normas de todo el ordenamiento jurídico vigente, es una "producción del dominio de la inteligencia", y por lo tanto queda incluido en el artículo 5° de la ley 9.739⁸⁵.

Recientemente, además, la Ley 16.671 de 13 de diciembre de 1994 que aprueba el TRIPs (Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio) prevé que "las compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o de otra forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, serán protegidas como tales. Esa protección, que no abarcará los datos o materiales en sí mismos, se entenderá sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales en sí mismos" (art. 10, inc. 2°)⁸⁶.

La ley de derechos de autor contiene dos tipos penales previstos en el art. 46⁸⁷ y en el art. 49. Ya han sido objeto de estudio por parte de la doctrina, por lo que no hace falta reiterar aquí su análisis⁸⁸.

La ley 16.170 de 28 de diciembre de 1990, en su artículo 328 modificó el art. 47 de la ley de derechos de autor y refiriéndose no sólo al decomiso sino habilitando el secuestro y la destrucción o

⁸¹ LAMY INFORMATIQUE, 1998, pág. 1698.

⁸² Art. 301 CPU.

⁸³ Pedro J. MONTANO - "El Documento electrónico?" in Revista de Derecho de la Alta Tecnología, D.A.T, Año I, Nro.1 (Buenos Aires, 1987) págs.14-17.

⁸⁴ Sobre todo el artículo 697 de la L.16.736 de 5.1.96 que hace aplicables las disposiciones de la falsificación (art. 236 a 239 CPU). El primer inciso dice que "*la documentación emergente de la transmisión por medios informáticos o telemáticos constituirá de por sí documentación auténtica y hará plena fe a todos sus efectos, en cuanto a la existencia del origen transmitido*". Son disposiciones relativas al procedimiento administrativo, aunque podría discutirse su aplicación al ámbito privado, desde que el artículo transcrito no hace distinción, sino más bien resulta del contexto. En el ámbito de la administración pública hay muchas otras disposiciones que refieren incluso a la autenticidad del documento electrónico: art. 129 L.16.002 de 25.11.88; D.338/96 de 28.8.96. Para mayor información vide la ponencia "Contratación electrónica. Normativa vigente en el país sobre documento electrónico" por María del Pilar GRANJA y Rossana RESTAHINCH, en el III Congreso Notarial del Mercosur, 12 al 16 de marzo de 1997 (publicación de la Asociación de Escribanos del Uruguay, versión distribuida durante el Congreso).

⁸⁵ Milton CAIROLI MARTINEZ - "Es posible proteger penalmente el software?", cit., pág. 34; Nahum BERGSTEIN – op. cit., pág. 49.

⁸⁶ Ver también proyecto de ley aprobado por nuestra Cámara de Representantes el 10 de octubre de 2000 sobre soporte lógico y el dictamen crítico del Instituto de Informática Jurídica in "Derecho Informático", cit., FCU, 2001, págs. 339 y ss.

⁸⁷ En su redacción dada por la ley del Libro, art. 23 L. 15.913 de 1987 que dice así:: "ARTICULO 46.- El tipo está redactado así: "*Artículo 46.- El que edite, venda, reproduzca o hiciere reproducir por cualquier medio o instrumento, total o parcialmente, una obra inédita o publicada, sin autorización escrita de su autor o causahabiente o de su adquirente a cualquier título o la atribuya a un autor distinto, contraviniendo en cualquier forma lo dispuesto en la presente ley, será castigado con pena de tres meses de prisión a tres años de penitenciaría*".

⁸⁸ Milton CAIROLI MARTINEZ - "Es posible proteger penalmente el software?", cit., pág. 34 y ss.; Nahum BERGSTEIN – op. cit.

inutilización. En tal sentido, “la sentencia condenatoria deberá ordenar en todo caso la destrucción o inutilización de los ejemplares y material decomisado cuando ellos sean susceptibles de utilización y en la medida necesaria para impedir la explotación ilícita”⁸⁹. La medida tendría la naturaleza de una verdadera pena⁹⁰.

Sí nos detendremos más con respecto a la ley 15.289 de protección de videogramas y fonogramas⁹¹.

Aparte de las críticas que ha merecido la solución al requerir el “ánimo de lucro” para la configuración del tipo⁹², cabe sostener que en la actualidad existen videogramas y fonogramas en soporte informático⁹³.

El advenimiento del CD y del DVD, y el aumento de la capacidad de los discos rígidos de las computadoras ha permitido almacenar más información, al punto de poder contener imágenes y sonidos que pueden ser reproducidos como verdaderas películas o grabaciones musicales. Asimismo es posible recibirlas, almacenarlas, verlas y oír las, a través de Internet o de otras redes de computadoras, o directamente por vía satelital.

Hay, además, “libros electrónicos” que se asemejan más a un vídeo que a un libro. Son productos con apariencia y naturaleza híbrida. Pensamos en algunos “libros interactivos” en CD en los cuales se combina la propiedad intelectual protegida por los derechos de autor y la protección a lo que en ellos hay de videograma y fonograma prevista en la L. 15.289.

Por los argumentos expuestos más arriba sobre la interpretación de la norma penal, entendemos que también pueden quedar comprendidos bajo la protección de la ley 15.289, aunque no se haya hecho expresa mención en ella al soporte informático⁹⁴. Seguidamente analizaremos el tipo y, en función de la jurisprudencia aplicada a videos y casetes de música haremos la correspondiente adaptación al caso de los CD.

10. Análisis del tipo de la ley 15.289.

El tipo, la figura delictiva, requiere “ánimo de lucro” en el sujeto activo. Desde el punto de vista dogmático este requisito del tipo es un elemento subjetivo o referencia subjetiva. Este requisito es general, erga omnes y no integra el juicio de culpabilidad, sino que es un requisito del tipo. El delito no se configura si no existe ese ánimo de lucro en la situación fáctica planteada.

Siendo un concepto que pertenece al elemento antijuridicidad -y por consiguiente a la tipicidad que es su síntoma o expresión- es genérico y se aplica en general a todo el mundo siendo válido para cualquier persona.

La determinación o concreción -imputación subjetiva- a un sujeto concreto vendrá dada a través del análisis de la culpabilidad. Allí habrá que ver si la distribución o reproducción ilícita que reclama el tipo se hizo con dolo, con culpa, o con ultraintención. Es el ámbito del artículo 18 del Código Penal y desborda la figura que nos ocupa.

El tipo se castiga sólo a título de dolo: intención ajustada al resultado con conciencia de la antijuridicidad del acto y voluntad de llevarlo a cabo.

No hay pues, forma culposa (art. 19 CPU). Habrá que ver entonces si a esa acción final, dirigida a copiar o distribuir CD apócrifos, se le puede dirigir un reproche.

⁸⁹ Con respecto a la naturaleza jurídica de estas medidas y la discusión de si integran o no el concepto de pena, vide José PETITO – “Efectos Civiles del Delito”, (Montevideo, Edit. Universiad, 1992)., pág. 71 y ss.

⁹⁰ Cfr. PETITO, Op., cit, págs. 96-98.

⁹¹ El tipo está redactado así: “Artículo 1°. El que reprodujere un fonograma o videograma con fines de lucro y sin autorización escrita de su productor, así como el que distribuyere al público o almacenara con tal fin las reproducciones así obtenidas, será castigado con la pena prevista por el artículo 46 de la ley 9739, de 17 de diciembre de 1937.

Igual pena se aplicará al que fijara la interpretación en vivo de una obra literaria o artística por cualquier medio y cuando fuere manifiesta la finalidad señalada en el inciso precedente, sin autorización escrita del autor y del artista; así como el que distribuyere al público o almacenare con tal fin las versiones así obtenidas”.

⁹² Armando SCIARRA – “Régimen Administrativo del Software”, ídem, pág. 109.

⁹³ En su artículo 5° la ley los define así: “A) “Fonograma”, la fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos; B) “Videograma”, la fijación de toda secuencia de imágenes y de sonidos reproducidos en videodisco, videocasete u otro soporte análogo; C) “Copia”, la reproducción directa o indirecta de un fonograma o de un videograma, que incorpore la totalidad o una parte sustancial de los mismos; D) “Productor”, la persona física o jurídica que fija por primera vez sonidos de una ejecución u otros sonidos (fonograma), o una secuencia de imágenes y sonidos (videograrna).”

⁹⁴ Además, la ley 14.882 incluye a las empresas de espectáculos a través de medios electrónicos y ópticos junto con las empresas teatrales y exhibidoras y distribuidoras cinematográficas, a los efectos de las exoneraciones impositivas establecidas por el art. 129 de la L. 13.695.

Producir un CD apócrifo o distribuirlo sin más, no es reprochable en todos los casos. Puede ser que una persona copie uno para verlo en su casa solo o con su familia. Esta acción en cierto modo - aunque en pequeña cantidad - también produce un menoscabo al bien jurídico tutelado que es el derecho pecuniario de los productores, un verdadero derecho industrial o un derecho autoral, según la corriente a la que nos afillemos. Sin embargo, para que la acción sea reprochable se exige que haya sido cumplida, además, con ánimo de lucro.

El dolo pues tiene una doble ubicación en la sistemática del delito:

- 1) en cuanto determinante de la dirección de la acción está en el centro del injusto típico de la acción (antijuridicidad) y
- 2) antes, en cuanto resultado del proceso de motivación, pertenece a la culpabilidad.

De la misma forma que para que haya antijuridicidad no debe haber causas de justificación, para ver si hay culpabilidad no deben existir causas de inculpabilidad (arts. 22 y ss. CPU), o antes, causas que tornen al sujeto incapaz de culpabilidad o inimputable (arts.30 y ss), esto es que le impidan apreciar la antijuridicidad de su acto. Por ejemplo, cabrá descartar el dolo, si la compra del CD apócrifo se hizo sin conciencia de la falsedad del mismo, ni de la falta de autorización del productor ni a precio vil, pero no vale invocar la generalización de la conducta antijurídica porque todos lo hacen.

En el ámbito del error, arts. 22 y ss. CPU, la jurisprudencia registra antecedentes. Para que sea considerado causa de inculpabilidad debe ser “de hecho”, esencial, decisivo e inculpable. No funciona el error “de Derecho” por cuanto no se trata de una falta, ni de ley no penal.

La jurisprudencia ha dicho que un adquirente de buena fe puede quedar amparado por el error de hecho, pero éste no puede configurarse por la falta de experiencia, ni por la existencia de una cesión de derecho irregular.

El error se torna particularmente verosímil si se advierte que la reproducción y distribución de la obra se cumplieron sin ocultamiento, colocándose el sello de la firma en infracción en los CD, y publicitándose el producto ampliamente. Sin embargo, no se configura el error por incapacidad de diferenciar CD piratas de los que son auténticos.

Como no es posible ingresar de manera absolutamente objetiva al interior de la conciencia de las personas para develar su intencionalidad, se conviene que el dolo surge de las circunstancias exteriores que rodean al hecho, y por eso requiere la “prueba de la apariencia”. Dichas circunstancias se evidencian por las declaraciones de los imputados, por las resultancias de las diligencias indagatorias dispuestas por la sede o llevadas a cabo por la propia policía luego de la denuncia - algunas de ellas filmadas- por la confesión, peritajes e incautaciones.

Entre esas circunstancias objetivas reveladoras del dolo se encuentran las siguientes:

- práctica de comercialización lucrativa o negocio habitual del autor;
- adulteraciones o irregularidades materiales en los propios CD como ausencia de números de serie, stickers falsos, sellos de autenticidad falsos, o, también, falsificación de la literatura que los acompaña;
- la modalidad de la adquisición de los CD apócrifos: a precio muy inferior al de mercado, para alquilarlos luego; por ceder a la tentación por la diferencia de precio existente entre CD buenos y falsos; conociendo la procedencia ilícita; sin autorización del productor; sin factura, sin registro contable de la compra de los CD falsos; cuando no es posible identificar al vendedor;
- por los aparatos o procedimientos técnicos para la copia utilizados como laboratorios o equipos semi-profesionales;
- y por dedicarse habitualmente a la reproducción y distribución. En este último supuesto, no cabe invocar que se ignora el origen, titularidad, productor y licenciario, precisamente porque el sujeto activo se dedica habitualmente a la reproducción y distribución y no puede ignorarlo.

4. La “Segunda Biblioteca” o Del delito informático.

Una disposición penal de especial interés es el inc. 2° del art. 697 de la L.16.736 de 5.1.96 que dice: “El que voluntariamente transmitiera un texto del que resulte un documento infiel, adultere o destruya un documento almacenado en soporte magnético, o su respaldo, incurrirá en los delitos previstos en los artículos 236 a 239 del Código Penal, según corresponda.”

1. La falsificación de documento.

Ya nos habíamos pronunciado con respecto a este punto⁹⁵. Habíamos llegado a la conclusión de que para el Derecho Penal uruguayo es posible sostener la existencia del documento privado en soporte magnético⁹⁶. Sin embargo, el documento público y los certificados, públicos o privados, necesariamente debían ser transcritos en papel en consideración a la especial vocación y fuerza probatoria de éstos⁹⁷, pero con una salvedad: siempre y cuando la técnica no evolucione de manera tal que supere las carencias, como por ejemplo la falta de firma fidedigna, etc.

La autorización de firma digital o electrónica en nuestro Derecho a través del art. 25 la L. 17.243, lo ha hecho posible "en todo caso".

La tentativa de falsificación de documento público confeccionado por ordenador podría configurarse ya a partir de la confección del documento falso en el soporte magnético, previo a su impresión y demás formalidades. La falsificación de documento privado, en cambio, es posible desde su mera confección en disco. La tentativa no es admisible pues el delito se consuma con el uso del mismo (art. 240 CPU).

Recientemente, la primera ley de urgencia, N° L. 17.243 de 29 de junio del 2000, en su artículo 24 define el expediente electrónico como "la serie ordenada de documentos registrados por vía informática, provenientes de la Administración o de terceros, tendientes a la formación de la voluntad administrativa en un asunto determinado, teniendo la misma validez jurídica y probatoria que el expediente tradicional".

Quiere decir que para nuestra ley hay documento público informático en la medida que constituya parte de un conjunto ordenado a la obtención de una decisión administrativa⁹⁸.

Este progreso está vinculado a la mayor generalización de la firma electrónica o digital⁹⁹. La misma ley autorizó su utilización y le dio eficacia probatoria auténtica en todos los ámbitos: "Art. 25 Autorízase en todo caso la firma electrónica y la firma digital, las que tendrán idéntica validez y eficacia a la firma autógrafa, siempre que estén debidamente autenticadas por claves u otros procedimientos seguros, de acuerdo a la tecnología informática.

La utilización de la expresión "todo caso" permite sostener que esta firma sirve para todo tipo de documento, dentro o fuera de la Administración pública, público o privado¹⁰⁰.

2. La falsificación de documento público en su modalidad del inc. 2° del art. 697 L. 16.736.

La remisión de esta disposición a los artículos 236 a 239 del Código Penal ubica a este documento informático dentro de la categoría de documento público porque los tres tipos penales refieren al documento público. Otros argumentos abonan esta afirmación.

Es positivo pues que el legislador haya incluido al documento informático dentro de la categoría de documento público aclarando la dudosa situación que generaba el vacío legal.

⁹⁵ Pedro J. MONTANO – "Documento informático. ¿Falsificaciones electrónicas?" in "Revista del Instituto Uruguayo de Derecho Penal", (Amalio M. Fernández, 1988) págs. 97 a 106.

⁹⁶ Marcelo BAUZÁ REILLY – "El Derecho Procesal y las nuevas tecnologías reproductoras de información" (LJU 96, 2, 3-10), quien agrega un listado de requisitos para que pueda ser considerado documento en pág. 8. Posteriormente han sobrevenido disposiciones que abonan la tesis entonces sostenida: TOCAF, art. 81 que obliga a llevar todos los actos y operaciones en sistema informático uniforme. Asimismo la ley argentina 24.769 relativa a fraudes fiscales y previsionales, en su artículo 12 hace análoga referencia.

⁹⁷ En especial la falta de certeza en la identificación del autor por la imposibilidad de firma convencional. Actualmente ya se admite la firma electrónica o digital (L.17.23, art. 25).

⁹⁸ Aunque limitada expresamente al Estado, los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados. Tanto es así que los Gobiernos Departamentales también están expresamente facultados para implementarlo.

⁹⁹ DELPIAZZO, Carlos "La autenticación de operaciones comerciales en Internet" in "Derecho Informático", Instituto de Derecho Informático, FCU, 2001, págs. 252 a 264.

¹⁰⁰ Idem, pág. 264. En contra PASCALE Maricarmen, en la misma obra colectiva, "Firma digital", pág. 152.

3. Crítica.

La técnica utilizada por el legislador en esta norma no ha sido la mejor, aunque su intención fue buena.

Pretendió incluir nuevas hipótesis generadas por la irrupción de la informática, sin tener en cuenta que los tipos ya previstos en el Código Penal podrían haberlas contemplado.

En este caso, creó nuevas hipótesis de falsificación remitiéndose a los tipos tradicionales, pero modificándolos “según corresponda”. Esto genera tipos amplios, sin demasiada precisión, que distorsionan la normativa del Código Penal y que dejan librada su interpretación a elaboraciones doctrinales o jurisprudenciales. De modo que b que se quiso evitar –la tarea de interpretación de normas existentes- no se logró, y se agregó nuevas dificultades.

La modificación introducida por estas normas afecta a los tipos ya existentes en los artículos 236 a 239 CPU. Por eso, se hace necesaria una armonización que exige una interpretación.

Este artículo no es nuevo. Reconoce un antecedente en el artículo 130 de la L. 16.002 que también remitía a las disposiciones citadas del Código Penal.

La intención del legislador fue buena: incluir al documento informático dentro de la categoría de los documentos públicos. Con esto llenaba un vacío existente.

Sin embargo, insistimos, la técnica utilizada por el legislador en esta norma no ha sido la mejor.

Pretendió incluir nuevas hipótesis generadas por la irrupción de la informática, sin tener en cuenta que los tipos ya previstos en el Código Penal podrían haberlas ya contemplado.

Creó –en cambio- nuevas hipótesis de falsificación remitiéndose a los tipos ya creados, pero modificándolos “según corresponda”. Esto genera tipos amplios, sin demasiada precisión, que distorsionan la normativa del Código Penal y que dejan librada su interpretación a elaboraciones doctrinales o jurisprudenciales. De modo que lo que se quiso evitar –la tarea de interpretación de normas existentes- no se logró, sino que agregó nuevas normas a interpretar porque son novedosas.

A nuestro modo de ver el legislador debió crear tipos autónomos nuevos que pudieran remitir –si acaso- a la pena de los artículos 236 a 239, o simplemente dejar bs que están, formulando una definición de documento público en la que pudiesen entrar los documentos digitalizados, en medio magnético, en curso de transmisión, o en pantalla.

4. El documento público del tipo del artículo 697 de la L.16.736.

Sostenemos que el documento a que refiere esta disposición es de carácter público.

El Código Civil define al documento público como aquél que está revestido de carácter oficial, redactado o extendido por un funcionario competente según formas requeridas por la ley y dentro del límite de sus atribuciones (art. 1574 CC.). Para el Derecho Penal se ha utilizado una definición análoga: “todo aquel que emana de un funcionario competente que cumple una actividad oficial y que contiene cualquier formulación idónea, no prohibida por la ley”.¹⁰¹

El inciso primero de la disposición analizada dice que “la documentación emergente de la transmisión por medios informáticos o telemáticos constituirá de por sí documentación auténtica y hará plena fe a todos sus efectos, en cuanto a la existencia del original transmitido”. Este es el documento a que refiere el tipo que se crea en el inciso siguiente.

El Código Civil, en el art. 1574 inc. 2º, dice que todo documento público es “un título auténtico y como tal hace plena fe, mientras no se demuestre lo contrario mediante tacha de falsedad”.

Los atributos de “auténtico” y de “plena fe” son comunes a la definición del Código Civil y a esta disposición que se estudia, vinculando este documento a los documentos públicos.

El documento público es auténtico porque supone la certeza de su autor, es decir del funcionario que lo emite o autoriza; es lo mismo que “genuino”. La genuinidad se traduce en el conjunto de signos sensibles del documento público que le acreditan prima facie, como tal instrumento público. Es lo que quiere decir el art. 1574 CC con la expresión “carácter oficial” del documento público. Este es oficial, en cuanto por ser genuina creación del Estado, lleva en sí una presunción de pacífica aceptabilidad provisional¹⁰². El instrumento, en cambio, no será genuino, si al crearlo se le hizo provenir –mediante falsificación- de un autor que no es el suyo verdadero.

El documento público da fe erga omnes (art. 1575 CC.) y mientras no se pruebe lo contrario mediante tacha de falsedad (art. 1574 CC). Por eso la disposición en estudio redundaría al utilizar la expresión “a todos sus efectos”.

¹⁰¹ Milton CAIROLI MARTINEZ – “Curso de Derecho Penal Uruguayo”, T.IV, (F.C.U. 1993), pág. 158.

¹⁰² Rufino LARRAUD – “Curso de Derecho Notarial”, (Depalma, 1966), pág.515 y ss.

¿Pero de qué da fe? ¿Qué es lo que resulta probado por medio de él? El texto en estudio lo limita a la existencia del original transmitido.

Esto nos ubica dentro del tipo de documento público denominado en la jerga notarial genéricamente “traslado”. Cualquiera sea la forma del traslado, tiene autor cierto –el funcionario que lo autoriza- y hace fe de aquellos hechos directa e inmediatamente presenciados por el agente: la existencia del documento que toma por modelo y del que los traslada¹⁰³. Dos ejemplos típicos de traslados son las primeras copias de escrituras públicas y los testimonios por exhibición. Ambos documentos, primeras copias y testimonios, son reflejo fiel de su respectivo original.

El documento público previsto en la norma que se estudia tiene naturaleza jurídica de testimonio por exhibición o testimonio por “concuenda” y su eficacia probatoria es la de principio de prueba por escrito o de meros indicios, según las circunstancias, sin perjuicio de la que establece la ley procesal (art. 1593 en su redacción dada por el art. 72 del DL. 1421 de 31.12.1878). Precisamente la que establece la ley procesal es la que surge de este mismo artículo en estudio que le da plena eficacia en cuanto a la existencia de su original y de la certeza de su autor. Esta presunción doble caerá solamente si se tacha de falsedad a la copia o testimonio resultante (art. 1574 CC inc. 1° in fine).

Estamos pues ante una nueva modalidad de expedición de testimonios por exhibición, o copia de copia como dice el art. 1593 del CC. Esta nueva modalidad se caracteriza por la aplicación de un nuevo medio tecnológico, constituido por la transmisión por medios telemáticos. El testimonio por exhibición se produce, se realiza, por el hecho de ser transmitido: “la documentación emergente de la transmisión por medios informáticos o telemáticos constituirá de por sí documentación auténtica y hará plena fe a todos sus efectos, en cuanto a la existencia del original transmitido”.

El legislador creó un documento público informático, pero no lo hizo del todo bien porque tiene una importante limitación: refiere solamente a aquellos que son transmitidos.

Inicialmente la L. 16.002 reconocía la plena eficacia probatoria en cuanto a su autor y en cuanto a la existencia del original, en su artículo 129. Pero en su artículo 130 agregaba: siempre que la transmisión fuese “a distancia” y “entre dependencias oficiales”.

El ejemplo es sencillo: un funcionario cualquiera transmite desde una dependencia oficial un documento por fax, o por ordenador vía telefónica o red, y se genera una copia auténtica del mismo, en la dependencia oficial destinataria. Lo que cumplió la función autenticante es el procedimiento telemático. Esta nueva categoría de documento público es de naturaleza jurídica análoga a los testimonios por exhibición pero no requiere la intervención de un escribano u otro funcionario fedatario. Podríamos denominar a esta nueva categoría documental “testimonio por transmisión” y también una correlativa modalidad de falsificación por transmisión.

Posteriormente, el artículo 697 de la L.16.736 derogó ese artículo y si bien la disposición es similar, eliminó esos dos requisitos de la transmisión a distancia y que fuera entre dependencias oficiales.

Expresamente hemos destacado más arriba la expresión “cualquiera”. Cualquier persona que transmita un documento generará en el otro extremo, un documento público, aun cuando el original sea un documento privado. Esa persona no tiene por qué ser su autor, ni tiene tampoco por qué tener el poder de dar fe.

Podría ocurrírsele a alguien que no se trata de ninguna novedad. El documento es análogo al resultante por fotocopiado. Un fax o una transmisión entre computadoras es en definitiva, el equivalente a una fotocopia a distancia.

Se ha distinguido entre documentos directos, que representan la realidad sin que intermedie la mente del hombre, y los indirectos, que se forman a través de la mente humana. Un ejemplo de los primeros es la fotocopia. Un ejemplo de los segundos, es la escritura pública. Pero en el caso de la fotocopia, la representación de la realidad –es decir, la representación del original copiado- se opera a través de la mente del funcionario o notario, quien debe confrontarla con la matriz y poner una constancia de autenticidad¹⁰⁴. De modo que la analogía sólo es válida en cuanto al procedimiento técnico, pero no desde el punto de vista jurídico porque siempre supone en la fotocopia la autenticación por parte del funcionario o notario respectivo. Es el funcionario quien autentica. En el mecanismo introducido por la disposición a estudio no hay un funcionario autenticante en la oficina de destino. La autenticación se produce en virtud de la ley, por el procedimiento de transmisión.

¹⁰³ Op. Cit., pág. 523.

¹⁰⁴ Francesco CARNELUTTI – “Instituciones”, I, # 309, cit. por LARRAUD, op. cit., pág. 450.

5. La transmisión.

Tampoco queda limitado el concepto de “transmisión”. Antes había una referencia espacial en la L. 16.002 que requería que fuese “de una dependencia a otra”¹⁰⁵. El artículo nuevo, sin embargo, nada dice y por consiguiente se amplía el concepto.

¡Podría concebirse la transmisión simplemente de una máquina a otra en un mismo despacho! ¡O la mera impresión del documento! Porque toda operación de impresión supone la transmisión de los datos desde la computadora a la impresora. Si esto es así, es porque la ley toma por original al documento que está en el disco. Esto abona nuestra tesis que supone admitir la existencia de documentos en soporte magnético. Porque la transmisión hace fe “en cuanto a la existencia del original transmitido” y en cuanto a su autor cierto porque dice que es “documentación auténtica”.

6. Ambito de aplicación.

La disposición considerada aisladamente permitiría su aplicación en el ámbito privado. En su texto aislado nada se dice con respecto a que debe ser en el ámbito público. Falta la referencia a la transmisión entre dependencias oficiales que hacía la L. 16.002. Por consiguiente, podría generarse una copia auténtica de un documento cualquiera sin intervención notarial, con tal de que sea transmitido por medios informáticos o telemáticos independientemente de quienes sean el emisor y el destinatario.

Nuestra interpretación es, sin embargo, distinta.

Para interpretar la norma debemos atenernos al contexto. Se trata de una ley de presupuesto y si bien hay disposiciones que pueden ser ajenas al ámbito público por el abuso que de ellas se ha hecho, en el caso no es así. En efecto, los artículos 694 a 698 refieren a la implementación de la informática en el ámbito público: art. 694: “Las administraciones públicas impulsarán el empleo y aplicación de medios telemáticos”...; art. 695 “Los trámites y actuaciones que conforman el procedimiento administrativo podrán realizarse por medios informáticos”...; art. 696 “La notificación personal de trámites y actos administrativos podrá realizarse por correo electrónico”...; y sobre todo el art. 698 que dice que “El Poder Ejecutivo reglamentará las disposiciones contenidas en los artículos precedentes, las que no podrán implicar costos presupuestales”; si fueran disposiciones relativas al ámbito privado esta referencia presupuestaria estaría de más.

Por otra parte, existen otras disposiciones que abonan nuestra posición, todas referidas a entes públicos o al procedimiento administrativo en general: art. 32 D. 583/92 de 22.4.92 (Reglamento sobre procedimiento Administrativo y Disciplinario de OSE); art. 37 Resol. Directorio de ANTEL N° 1338 de 12.8.93 y art. 53 D. 338/96 de 28.8.96

7. Sujeto activo o Autor.

¿Pero quién es el autor del testimonio por transmisión electrónica?

Esto tiene vital importancia desde el punto de vista penal para poder determinar quién es el sujeto activo en la figura delictiva.

Hemos dicho que cualquiera puede transmitir un documento y que de éste se genera un documento público en otra máquina.

La ley atribuye poder autenticante a quien emplea el procedimiento de la transmisión, sea funcionario público o no. Quien crea el documento es la persona que utiliza el procedimiento de transmisión telemática¹⁰⁶, pero porque se confía en dos cosas: a) en que el procedimiento técnico es fiable en el sentido de que lo que se pone de un lado sale inalterado del otro y b) en que quien tiene su guarda, cuidará de su uso legítimo. De hecho, si fuera una máquina cualquiera, no se tendría esa confianza. Se trata de una máquina que emite de manera fiable porque está bajo la jurisdicción de alguien que tiene poder sobre ella. Es una máquina que está en una dependencia estatal y su uso está bajo régimen reglamentario. Debe haber una vigilancia sobre la misma y el último responsable de esa vigilancia es el jerarca de la oficina donde se encuentra, aunque la delegue en otros.

En el caso de fraude, de falsificación por transmisión, se debe imputar su autoría a quien envíe un documento inexistente del cual resulte un testimonio infiel. El tipo describe al sujeto activo como “el

¹⁰⁵ El D. 500/91 de 27.9.91 ya establecía en su artículo 14, inc. 2° que “A efectos de implantar sistemas de libre flujo de información, se propenderá a la interconexión de los equipos de procesamiento electrónico de información u otros medios similares”.

¹⁰⁶ Verdadero “instrumento de autenticación”, según la terminología del art. 247 CPU.

que” pero por las remisiones que efectúa a los artículos 236 a 239 del Código Penal “según corresponda”, hay que hacer una distinción.

Si es un funcionario público que ejerciendo un acto de su función, hace un documento falso, se aplica el artículo 236 CPU que refiere a la falsificación material en documento público por funcionario público¹⁰⁷. Las copias de documentos inexistentes y copias infieles de documento existente - precisamente la hipótesis de art. 697- quedan asimilados a los documentos, en virtud de lo dispuesto por el inciso 2° de ese artículo 236 CPU. La pena va de tres a diez años de penitenciaría¹⁰⁸.

Si el documento es creado fuera del ejercicio de sus funciones, por un funcionario público, o simplemente por un particular, el tipo violado es el del 237 CPU. El funcionario público es aquí asimilado a un particular. La condición de funcionario público ya aparece en el artículo 237 por lo que no funcionará la agravante genérica prevista en el artículo 47, 8 CPU.

La pena va de dos a seis años de penitenciaría.

Es así como debe interpretarse, a nuestro juicio, la expresión “según corresponda” que aparece al final de la disposición en estudio.

Por eso, para nosotros esta disposición penal creada por el inciso 2° del art. 697 de la Ley 16.736 está de más. Al calificar en su inciso 1° de documento público al documento creado por transmisión, su falsificación hubiese quedado simplemente comprendida en alguno de los tipos previstos en el 236 o 237 del CPU, sin esfuerzo interpretativo.

Las remisiones a los artículos 238 y 239 CPU, a nuestro juicio también son incorrectas por referirse a otras hipótesis.

La reciente incorporación de la firma digital a nuestro sistema por el art. 25 de la L. 17.243 permite incluso generar documentos públicos o privados que también quedarían protegidos por los mismos tipos.

8. Consumación y tentativa.

La consumación se produce en el momento en que se hace el documento falso y esto se concreta con la recepción del que se envía. La tentativa es posible desde que la conducta es fraccionable. Por ejemplo, se pone el documento falso en el aparato de fax para enviarlo, se disca al fax de otra dependencia y allí se interrumpe la acción por una causa ajena y externa al obrar del sujeto. O simplemente se intercepta la transmisión.

9. Culpabilidad.

El artículo 697 requiere la intencionalidad o dolo, desde que emplea la expresión “voluntariamente”. Las disposiciones del Código Penal a que remite esta norma también requieren el dolo directo. No existe la falsificación culposa. Por eso no sería responsable por omisión el jerarca que por descuido (culpa) omite vigilar el empleo de la máquina.

10. Falsificación por destrucción o adulteración de documento en medio magnético.

La disposición a estudio prevé otra modalidad falsificatoria que consiste en adulterar o destruir un documento almacenado en soporte magnético, o su respaldo.

Lo primero que salta a la vista y que abona nuestra tesis, es que pueden existir documentos exclusivamente en medio magnético, independientemente de que esté impreso o no. Si la ley prevé la posibilidad de su destrucción o adulteración, es porque existe. La ley califica el conjunto de datos que se encuentran en un disco y que pueden ser interpretados de manera coherente como información, como un documento.

11. Naturaleza del documento “en disco”.

Si bien el documento transmitido es elevado, en virtud del art. 697 citado, a la categoría de documento público, el documento en disco puede ser considerado tal en función de lo previsto por los

¹⁰⁷ Por aplicación del art. 245 CPU los escribanos públicos quedan asimilados a los funcionarios públicos.

¹⁰⁸ No imaginamos cómo puede aplicarse en la falsificación por transmisión la modalidad por alteración también prevista en este artículo 236 CPU que dice “hiciera un documento falso o *alterare* uno verdadero”. “Hacer” es fabricar, imitando signos de autenticidad. Es un caso de falsificación material. Cfr. CAIROLI, op. cit., N° 812, pág. 163.

artículos 24 y 25 de la L.17.243, si cumple con las demás las exigencias previstas por el artículo 1574 del CC, o por la definición análoga que del documento público hace la doctrina penal¹⁰⁹.

Si no las cumplen el tratamiento que habrán de recibir estos documentos es el de “privados”, aun cuando se encuentren en el disco de una máquina de una oficina o dependencia pública, o “públicos” sólo si forman parte de un expediente administrativo electrónico (art. 24 cit.).

No es necesario que se trate de documentos que están en máquinas o discos, en sedes oficiales.

Como la disposición refiere a documentos en disco o a sus respaldos, la ubicación, sin embargo, no es esencial. En efecto, es de buena técnica que los respaldos de los documentos se guarden en lugar distinto de donde se procesan o utilizan habitualmente, como medida de seguridad. Este lugar distinto, puede perfectamente no ser una dependencia pública, por ejemplo un cofre de seguridad en un banco privado.

Si no forman parte de un expediente electrónico se trata de documentos privados y las referencias del artículo 697 a los artículos 236 a 239 relativos a falsificaciones de documentos públicos, tampoco son correctas y permiten su descarte por aplicación del principio de “especificidad”, derivado del de “legalidad”.

12. La alteración del documento en disco.

En el caso de alteración¹¹⁰ de documentos electrónicos que no pertenezcan a un expediente o que no reúnan las demás características requeridas por el art. 1574 CC o la doctrina penal, es falsificación de documento privado y debería haberse remitido, a nuestro juicio, al artículo 240 CPU que dice: “Falsificación o alteración de un documento privado. El que hiciere un documento privado falso, o alterare uno verdadero, será castigado, cuando hiciere uso de él, con doce meses de prisión a cinco años de penitenciaría”.

La alteración supone la preexistencia de un documento real, genuino, original, que es alterado, contaminado por supresión de frases o palabras, por adición de ellas o por sustitución de unas por otras¹¹¹.

Esta es una modalidad muy propia de la delincuencia informática por la facilidad que supone el medio empleado para suprimir o agregar datos, rápidamente y sin dejar huellas.

Sin embargo, este tipo está condicionado a la efectiva realización del requisito típico del “uso del documento”. De modo que si no se usa, no hay falsificación de documento privado. Un ejemplo podría ser cambiar el salario de un funcionario que figura en la planilla respectiva, para que perciba una suma mayor, o incluir en la nómina de pago un funcionario inexistente.

El delito concurrirá por conexión con otra figura que es la finalidad para la cual se produjo la falsificación y que consistirá en el perjuicio económico provocado a la administración pública en beneficio de quien haya hecho la alteración o de un tercero (artículo 160 CPU).

13. La falsificación por destrucción.

El tipo también puede ser cometido por la destrucción del documento en disco o su duplicado.

El Código Penal ya posee en su artículo 244 la previsión de la “destrucción, supresión u ocultación” de un certificado verdadero. Por eso, entendemos que en este caso debió remitirse a este artículo que a su vez remite para el castigo a “las penas que el Código establece para la falsificación de tales documentos”, públicos o privados.

También la destrucción, supresión u ocultación pueden ser modalidades muy adecuadas para ser cometidas con medios informáticos, por las mismas razones que invocamos cuando nos referimos a la alteración de documentos. Destrucción supone como resultado la inexistencia del documento. Esto puede realizarse simplemente a través del borrado del documento en el disco. La supresión es usar un procedimiento que tienda a hacer ilegible en todo o en parte el tenor del documento. Podría pensarse en alguna modalidad de encriptación del mismo. La ocultación también es posible porque puede hacerse “desaparecer”, escondiéndolo por trasladarlo a otro sector oculto del disco, o a otra máquina, o simplemente haciéndolo desaparecer “virtualmente” por aplicación de alguna “pantalla” que impida llegar a él.

La disposición a estudio refiere solamente a la destrucción, por lo cual es incompleta¹¹².

¹⁰⁹ Milton CAIROLI – Op. cit., pág. 158.

¹¹⁰ El texto a estudio dice “adulteración” pero lo reputamos de análogo significado que “alteración”.

¹¹¹ CAIROLI, op. cit., pág.166.

La conducta, por lo tanto, hubiese podido ser abarcada por la figura del artículo 244 CPU, sin necesidad de la creación del tipo del artículo 697 que estamos estudiando.

Se consuma en el momento en que se produce la destrucción. La tentativa es admisible porque la conducta puede ser fraccionada, como consecuencia de la puesta en práctica del procedimiento técnico de borrado, aunque por la brevedad del mismo, será de difícil realización práctica. También podría concebirse la tentativa si, una vez producida la destrucción, es posible aplicar algún programa que permita recuperar esa información borrada.

5. Conclusión. La “Biblioteca correcta”.

De las dos bibliotecas, la primera parece ser la más adecuada por ahora. En base a la segunda no se ha logrado una solución completa. El único delito informático creado en nuestro Derecho aparece como redundante.

La ley 17.243 en su artículo 24 crea el documento informático público independientemente de su soporte, pero vinculado a un fin, dentro de la Administración pública. Fuera de ella, también se pueden confeccionar documentos públicos electrónicos porque el artículo 25 crea y regula la firma digital que, sumada a las demás formalidades exigidas por el art. 1574 del CC., puede ser utilizada “en todo caso”¹¹³.

El artículo 697 de la L. 16.736 creó un tipo penal en su inciso segundo. Los tipos tradicionales hubiesen sido suficientes. También lo son para los documentos público electrónicos confeccionados fuera de la Administración pública.

El escribano u otra autoridad certificante (ej. cónsules) no han sido aun sustituidos porque la ley 17.243 hace expresa salvedad en su Art. 25 inc. 2º "La prestación de servicios de certificación no estará sujeta a autorización previa y se realizará en régimen de libre competencia, sin que ello implique sustituir o modificar las normas que regulan las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas para dar fe pública o intervenir en documentos públicos". Pero ya no falta mucho...

ANEXO

Disposiciones penales más citadas:

Código Penal

Artículo 236. (Falsificación material en documento público, por funcionario público).

El funcionario público que ejerciendo un acto de su función, hiciere un documento falso o alterare un documento verdadero, será castigado con tres a diez años de penitenciaría.

Quedan asimilados a los documentos, las copias de los documentos inexistentes y las copias infieles de documento existente.

237. (Falsificación o alteración de un documento público, por un particular o por un funcionario, fuera del ejercicio de sus funciones).

El particular o funcionario público que fuera del ejercicio de sus funciones, hiciere un documento público falso o alterare un documento público verdadero, será castigado con dos a seis años de penitenciaría.

238. (Falsificación ideológica por un funcionario público).

El funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, diere fe de la ocurrencia de hechos imaginarios o de hechos reales, pero alterando las circunstancias o con omisión o modificación de las

¹¹² También cabría calificar a la destrucción como delito de daño, aunque por especificidad habría que dar prioridad a esta disposición.

¹¹³ Cfr. DELPIAZZO, op. cit., pág. 152.

declaraciones prestadas con ese motivo o mediante supresión de tales declaraciones, será castigado con dos a ocho años de penitenciaría.

239. (Falsificación ideológica por un particular).

El que, con motivo del otorgamiento o formalización de un documento público, ante un funcionario público, prestare una declaración falsa sobre su identidad o estado, o cualquiera otra circunstancia de hecho, será castigado con tres a veinticuatro meses de prisión.

L. 16.002 de 25.11.88

Artículo 130. El que voluntariamente transmitiera a distancia entre dependencias oficiales un texto del que resulte un documento infiel, incurrirá en los delitos previstos por los artículos 236 a 239 del Código Penal, según corresponda.

-Idem, art. 32 D. 583/92 de 22.4.92 (Reglamento sobre procedimiento Administrativo y Disciplinario de OSE).

-Idem, art. 37 Resol. Directorio de ANTEL N° 1338 de 12.8.93.

-Idem, art. 53 D. 338/96 de 28.8.96

L. 16.736 de 5.1.96

Artículo 697. La documentación emergente de la transmisión por medios informáticos o telemáticos constituirá de por sí documentación auténtica y hará plena fe a todos sus efectos, en cuanto a la existencia del original transmitido.

El que voluntariamente transmitiera un texto del que resulte un documento infiel, adultere o destruya un documento almacenado en soporte magnético, o su respaldo, incurrirá en los delitos previstos en los artículos 236 a 239 del Código Penal, según corresponda.

Idem, art. 52 D.338/96 de 28.8.96

L. 17.243 de 29 de junio de 2000. 1ª Ley de Urgencia.

Art. 24 . El Estado, los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados deberán implantar el expediente electrónico para la sustanciación de todas las actuaciones administrativas. A tal efecto dispondrán los actos jurídicos y operaciones materiales tendientes al cumplimiento de esta norma en el menor tiempo posible, dando cuenta a la Asamblea General.

El expediente electrónico es la serie ordenada de documentos registrados por vía informática, provenientes de la Administración o de terceros, tendientes a la formación de la voluntad administrativa en un asunto determinado, teniendo la misma validez jurídica y probatoria que el expediente tradicional.

Art. 25 . Autorízase en todo caso la firma electrónica y la firma digital, las que tendrán idéntica validez y eficacia a la firma autógrafa, siempre que estén debidamente autenticadas por claves u otros procedimientos seguros, de acuerdo a la tecnología informática.