

CRITERIOS DE IMPUTACIÓN Y PUNITIVOS EN LOS DELITOS INFORMÁTICOS ¹

Germán Aller Maisonnave ²

Sumario

1. Palabras preliminares. 2. Planteo del tema. 3. Publicaciones sobre delitos informáticos. 4. Normativa penal aplicable. 5. La Dogmática jurídica. 6. Criterios de imputación delictual. 7. Delitos aplicables de la Parte Especial del Código Penal. 8. Delitos contemplados en leyes específicas. 9. Colofón. 10. Bibliografía.

1. PALABRAS PRELIMINARES

El Instituto de Derecho informático de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República ha sido señero dentro de las asignaturas optativas. Éstas fueron implementadas con el Plan de estudios de 1989 y los cursos regulares empezaron en 1990. Han sido pocas las materias originarias de aquellos inicios que perduran hasta hoy, entre las cuales se hallan ésta y Criminología. Estas disciplinas, junto a Derecho penal, transitan un camino de constante desarrollo en nuestro ámbito universitario, presentando una serie de elementos en común en el terreno académico. Uno de los cuales ha sido su pertinaz y bienvenida actividad a través de eventos, simposios y publicaciones periódicas. A ello agrego la proclividad a generar especialización en el grado y posgrado. Eso ha distinguido a nuestra Facultad de Derecho comparativamente con las de otros países, pues son pocas las que tienen cursos tendientes a la especialización desde el grado, como es el caso de nuestras asignaturas opcionales. Y esto es mejor aún cuando, como ahora, se estrecha la interrelación disciplinar de los campos informático-jurídico y penal.

¹ Texto desgrabado y corregido de la charla dada en el Instituto de Derecho Informático de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Edificio Anexo de la Facultad de Derecho, Montevideo, junio de 2010. Publicado en AA.VV., *Derecho informático*, n.º XI, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2011.

² Doctor en Derecho y Ciencia Sociales por la Universidad de la República (Montevideo). Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) de Madrid. Profesor Agregado de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Profesor de Derecho Penal de la Escuela Nacional de Policía. Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid. Secretario del Instituto Uruguayo de Derecho Penal (INUDEP) de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Presidente de la Comisión de Derecho Penal del Coelgio de Abogados del Uruguay.

La Informática jurídica posee la peculiaridad de compatibilizar a otras ramas jurídicas, como el caso del Derecho administrativo con la labor fundamental del catedrático Carlos DELPIAZZO. La Ciencia administrativa mantiene una estrecha relación con la penal en tanto es el otro tramo sancionador por excelencia en el mundo jurídico. Estudiar sólo Derecho penal sin abarcar otras miradas que contemplen la sanción sería una visión miope de la realidad jurídica.

2. PLANTEO DEL TEMA

El tema aquí tratado no es en sí el Derecho informático, sino su relación con la Ciencia penal y, en función de ello, los criterios para imputar delito y punir. Sería aventurado abocarse a la Informática jurídica sin esclarecer que la presente comunicación es un análisis acerca del nexo entre el ámbito penal y el Informático-jurídico, principalmente en virtud de la atribución de culpabilidad según los tipos penales eventualmente aplicables. Se aprende en la vida que no es apropiado invadir espacios científicos ajenos, pero sí lo es abrir las puertas del conocimiento para intercambiarlo generosamente con otras disciplinas y así lograr una óptima integración científica. Por eso, deviene pertinente discutir los criterios de imputación y punición conforme a la tipología penal vigente, trazando un puente que una dos disciplinas diversas.

En tal sentido, existen otros criterios de imputación y de responsabilidad, como por ejemplo en el Derecho civil, pero no es éste el de la punición, tampoco es Derecho público ni es la máxima expresión del poder punitivo del Estado, como lo es el Derecho penal.

3. PUBLICACIONES SOBRE DELITOS INFORMÁTICOS

Desde el punto de vista metodológico en Uruguay se ha escrito esporádicamente sobre delitos informáticos y se han efectuado buenos trabajos que permiten asir el tema con bastante precisión. Lo primero que se publicó específicamente fue un artículo de Pedro MONTANO en 1987 denominado "Los delitos informáticos"³. Allí expresaba que los delitos ubicados en la informática no necesariamente son pensados y estructurados para generar un perjuicio en ese campo, sino que ella puede ser el medio para cometer el delito. Y es importante destacarlo en cuanto a los criterios de imputación, pues el autor ha acertado al precisar el punto.

Un artículo de relieve y pionero ha sido el de Milton CAIROLI en 1992, titulado "Protección Penal del Software", publicado en una obra recopilatoria de un ciclo de charlas dadas hace unos cuantos años en la que también participó

³ MONTANO, Pedro, "Los delitos informáticos", en AA.VV, *La Justicia Uruguaya*, t. 94, Montevideo, 1987, pp. 57-60.

DELPIAZZO ⁴. Las afirmaciones de CAIROLI son previas a una serie de disposiciones legales que emergieron con posterioridad. Los criterios de imputación utilizados por el citado autor siguen siendo aplicables al día de hoy, pero lo que ha cambiado es la tipología penal. Hay otro trabajo del mismo autor, que es similar y algo posterior, se titula “Protección penal de los programas de ordenador” y fue publicado en 1995 ⁵.

A éste le siguió un libro que contiene una enjundiosa investigación llevada a cabo por Jorge PACHECO KLEIN, titulado “Introducción a los delitos informáticos en el ciberespacio”, el cual contiene un importante acopio de información acerca de la evolución del ordenamiento jurídico aplicable al tema en cuestión, así evidenciaba las necesidades de legislar en la materia. En efecto, PACHECO KLEIN comenzaba la obra haciendo un relato histórico desde el comienzo en Estados Unidos de las indagaciones, procesamientos y condenas por conductas vinculadas a ese campo de la Informática.

Desde 2008 Martín PECOY ha producido varias publicaciones relevantes al respecto. Publicó un artículo llamado “Internet, derecho de autor y Derecho penal” ⁶. En ese mismo año también el libro titulado “Protección penal de la propiedad incorporal en Uruguay” ⁷. En 2009 publicó los artículos “Tecnologías P2P y Derecho Penal” ⁸ en la *Tribuna del Abogado* y “Delitos Informáticos”, que fue vertido en el libro recopilatorio de las clases dictadas por los profesores del curso de Posgrado de Derecho penal económico de la Universidad de Montevideo ⁹.

Asimismo, la temática ha sido tratada por Miguel LANGON en su versión del Código Penal comentado ¹⁰. A esto se añade la conferencia de Marcelo BAUZÁ, sobre “Sistemas de gestión de identidades y aspectos legales del robo de identidad” ¹¹. Sin pretender excluir alguna otra publicación, los citados

⁴ CAIROLI, Milton, “Protección Penal del Software”, en AA.VV., *Protección jurídica del Software*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1992, pp. 23-39. DELPIAZZO, Carlos, “Teoría y práctica en la lucha contra la piratería de Software”, en *idem*, pp. 7-22.

⁵ PACHECO KLEIN, Jorge, *Introducción a los delitos informáticos en el ciberespacio*, Montevideo, Editorial Nueva Jurídica, 1995.

⁶ PECOY, Martín, “Internet, derecho de autor y Derecho penal”, en AA.VV., en *Derecho Penal Económico*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 2008, pp. 67-99.

⁷ PECOY, Martín, *Protección penal de la propiedad incorporal en Uruguay*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 2008.

⁸ PECOY, Martín, “Tecnologías P2P y Derecho Penal”, en AA.VV., *Tribuna del Abogado*, Montevideo, Colegio de Abogados del Uruguay, enero/marzo de 2009, p. 22-25.

⁹ PECOY, Martín, “Delitos Informáticos”, en AA.VV., *Derecho penal económico*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 2009, pp. 113-150.

¹⁰ LANGON, Miguel, *Código Penal y leyes penales complementarias de la República Oriental del Uruguay*, t. II, Montevideo, Universidad de Montevideo, 2010, pp. 846-874.

¹¹ BAUZÁ, Marcelo, “Sistemas de gestión de identidades y aspectos legales del robo de identidad”, conferencia organizada por la Asociación de Auditoría y Control de Sistemas de Información (ISACA) y el Área de Actualización Tecnológica de la Escuela de Tecnología de la Facultad de Ingeniería de la Universidad ORT, Montevideo, 10 de abril de 2008.

representan los aspectos medulares sobre lo que se ha escrito en nuestro país en relación a los delitos en el ámbito del Derecho informático.

4. NORMATIVA PENAL APLICABLE

En cuanto al ordenamiento jurídico uruguayo –que es un tópico fundamental– ha habido una interesante evolución adecuadamente desarrollada por autores nacionales dentro del propio campo de la Informática jurídica y, en tal sentido, especialmente por parte de DELPIAZZO.

Primero fue aquella legendaria y superada –pero esencial– “Ley Haedo”, n.º 9.739 del 1 de diciembre de 1937. Obviamente, nada tenía que ver con informática en aquel entonces, pero sí con la propiedad intelectual. Con el marco de esa ley es que discurrirían durante los primeros años las discusiones respecto a la Informática. De ella se deducían los criterios de imputación de su época.

En segundo término, el Decreto-Ley n.º 15.289 del 14 de junio de 1982, que en buena medida ha sido derogado por el art. 27 de la Ley n.º 17.616.

En tercer término, la Ley n.º 16.736 del 5 de enero de 1996. Con ella apareció otro delito con una discutible construcción, pero es éste al fin un tipo penal específico.

En cuarto término, la Ley n.º 17.616 del 1 de enero de 2003. Esta disposición fue derogatoria del Decreto-Ley n.º 15.289 y contiene un tipo penal cuyo análisis referiré luego.

En quinto término, la Ley n.º 17.805 del 26 de agosto de 2004. Modificó la Ley n.º 9.739, pero hay que aclarar que, en puridad, no incide en el terreno de lo penal.

En sexto término, la Ley n.º 18.036 del 20 de noviembre de 2006. Esta disposición aprobó el Tratado de Organización Mundial de la Propiedad. Por lo tanto, implica por parte de Uruguay la asunción de una importante serie de compromisos. Es esto un tema siempre delicado que excede el propósito de esta comunicación y que abarca más campo que lo estrictamente penal. Sin embargo, cuando Uruguay firma una Convención, Tratado u otro compromiso internacional que conlleve textual o implícitamente legislar sobre algún tema específico, se debe sopesar de antemano el alcance de la responsabilidad que ello insume, y entonces firmar y legislar, pero no quedar a mitad del camino. Estas cuestiones deben ser tomadas con suma cautela para no comprometer al país en temas que no están debidamente debatidos en la faz interna.

En séptimo término, la Ley n.º 18.044 del 23 de octubre de 2006. Es discutible si esta disposición legal guarda vinculación con el Derecho penal, pero corresponde mencionarla en tanto aprobó el Protocolo de 1999 referido a la “Convención para la Protección de Bienes Culturales en caso de conflicto armado”. Precisamente, tal temática plantea ciertos problemas con la Ley penal en general; es decir, establecer hasta qué punto rige la ley penal en caso de

conflicto armado. Pese a que formalmente el Derecho penal no desaparece con la guerra o el estado de beligerancia, lo cierto es que en tiempos así pocos toman en cuenta el Derecho penal y más bien prevalece el Derecho del vencedor, en el cual –por ejemplo– la legítima defensa, el cumplimiento de la ley y muchos otros institutos quedan aletargados. Parece evidente que en situaciones así al enemigo se le aniquila. La expresión resulta suficientemente clara para cualquiera: el enemigo hostil es enfrentado hasta el cese de la violencia o su eliminación como peligro. En cuestiones de esta índole cabe preguntarse qué rol ha de desempeñar la informática, pues las redes sociales, Internet en general y todas las demás herramientas habrán de ser, seguramente, empleadas en el conflicto bélico para las comunicaciones y cuestiones estratégicas, de inteligencia, etc. Por ende, en esas extremas circunstancias la informática no resulta ajena.

Por otra parte, existe un vasto decálogo de disposiciones del Derecho penal vigente en Uruguay que no se refieren expresa ni específicamente a la informática, pero pueden ser aplicadas a múltiples comportamientos en el terreno de ésta. Antes de proceder a comentarlas viene al punto referirse brevemente a la Dogmática jurídica y al estado actual de la teoría del delito, luego a los criterios de imputación sustentables y, por último, hacer mención de las disposiciones legales aplicables.

5. LA DOGMÁTICA JURÍDICA

La Ciencia jurídica tuvo como padres a Friedrich Karl von SAVIGNY cuando en 1840 publicó su “Sistema sobre el Derecho romano” y relataba en él cómo se llegaba a un Derecho científico o dogmático ¹², así como en su *Metodología jurídica* ¹³; y también a Rudolf von JHERING en diversas publicaciones ¹⁴. No se refirieron al Derecho penal específicamente, sino al Derecho en general. En relación a la Dogmática penal propiamente dicha, su iniciador fue anterior, pues se trató de Anselm von FEUERBACH en 1801 con su *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania* ¹⁵.

Si algo necesita Uruguay en el campo del Derecho es instalar a la Ciencia dogmática en la legislación y en la praxis penal. No solo en el Derecho penal

¹² SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Sistema del Derecho Romano actual*, t. I, trads. Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, F. Góngora y Cía., 1878, pp. 47-49.

¹³ SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Metodología jurídica*, trad. J. J. Santa-Pinter, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 9.

¹⁴ JHERING, Rudolf von, *El espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*, t. I, trad. Enrique Príncipe y Satorres, Madrid, De Bailly-Bailliere e Hijos, 1895, p. 62. Del mismo autor, *¿Es el Derecho una ciencia?*, Madrid, Comares, 2002, pp. 56-59. También, *La Dogmática jurídica*, 2.^a ed., trad. Enrique Príncipe y Satorres, Buenos Aires, Losada, 1946, p. 39.

¹⁵ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, 1.^a ed., Gießen, Georg Friedrich Heyer, 1801. Versión en español, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, trads. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemer, Buenos Aires, Hammurabi, 1989.

legislado, sino en el vasto terreno jurídico, de manera de llevar a cabo una labor legislativa sistemática y regida por los dogmas jurídicos esenciales, tornando a la tarea legislativa en la consecuencia del progreso científico y reflejo de las necesidades sociales. Con ello, la Ciencia jurídica se impregnaría en los foros y la praxis sería mucho más eficiente para los ciudadanos. De poco sirve una Ciencia jurídica desarrollada pero aislada. Así, únicamente es útil para los académicos, pero no para al resto de los ciudadanos. El cambio debe producirse a través del legislador y de los operadores del sistema jurídico.

Si se mira hacia el pasado se observará que en un ya lejano tiempo – casi dos siglos atrás– en el comienzo de aquel sistema liberal que edificó la Universidad a partir de la “Ley Larrañaga” del 11 de noviembre de 1833, Uruguay fortaleció la libertad, no solo por la gesta independentista de 1825, sino por generar el espacio para la formación universitaria. No habían pasado cuatro años desde la Independencia y ya había interés manifiesto en crear una Universidad, y en 1839 el país tuvo el comienzo de ésta, generándose el espacio para el desarrollo del conocimiento y el intelecto, así como la estructura para la posterior construcción de la ingeniería jurídica de la Patria. Todo ello provino en buena medida de la interconexión entre la incipiente Universidad y el joven Estado uruguayo.

A su vez, corresponde a la Universidad –no solamente porque surge de la Ley Orgánica que la rige– analizar, aportar y ser crítica de la sociedad. Más que un derecho es deber académico, al punto de conllevar una causal de justificación (cumplimiento de la ley; art. 28 del Código Penal) en cuanto a las actuaciones efectuadas en este entorno y bajo el manto del deber universitario. Entiéndase, no hay delito cuando el científico con su saber expresa algo infamante hacia terceros –en la medida que lo haga con ese espíritu científico–, porque de lo contrario no podría llevar cabo un honesto y sincero análisis crítico. En síntesis, si se amordaza la crítica no hay revalorización de la sociedad, no hay crecimiento y, a la postre, tampoco hay democracia. Nótese que la Universidad es uno de los estandartes y símbolos del sistema democrático que ha caracterizado históricamente a nuestro país.

Esto viene a colación porque SAVIGNY explicó que en la antigüedad el Derecho estaba disperso en la cultura, sin método ni sistema, pero en algún momento debió el hombre construir un mecanismo para resolver conflictos. La mitología ubica este episodio con la Diosa Atenas cuando instauró el tribunal de Areópago para eliminar la vindicta, la matanza, la ordalía y la justicia por mano propia. Ese tribunal no actuaría en nombre de la divinidad sino que serían personas laudando los conflictos a través de un sistema ecuánime y justo, entendiendo por esto último lo recto, lo correcto, lo ajustado, la recta razón (*recta ratio*). La jurisprudencia es la prudencia de los justos; es decir la prudente intervención del Derecho. No hay que apartarse de la idea de otorgar soluciones justas y correctas a los conflictos, y para eso la Ciencia jurídica tiene un estandarte que supera a esa cuestión tan prosaica de dividir en terrenos penal, civil, informático, constitucional y así sucesivamente. No hay pluralidad de Derechos, sino solamente uno. Ello proviene de lo profundo del liberalismo y es

también reflejo de lo enseñado décadas atrás en las aulas de Derecho constitucional impartidas por Aníbal BARBAGELATA.

En forma magistral SAVIGNY relataba que esa búsqueda de conocimiento por la mejor resolución de los conflictos implicó la aparición de decisores o jueces que debían decir el Derecho. Antes el Derecho anidaba en la conciencia de los pueblos, pero fue desarrollándose y comenzó a ser menos accesible para la gente, al punto de quedar reservado para los expertos, conocidos como *jurisconsultos* ¹⁶. Éstos registraban su saber en libros y manuscritos, trasladándose la Ciencia al papel y, por lo tanto, aparecieron los intérpretes del Derecho, los analistas y técnicos que hacían sus comentarios y glosas al respecto, llegándose a la teorización jurídica que sería consultada por los tribunales para optimizar sus fallos ¹⁷. La consecuencia ha sido la creación de reglas abstractas, elaboración de leyes conforme a la Ciencia del Derecho y la búsqueda de la ecuanimidad de criterios a partir de reglas de imputación penal ¹⁸.

Viene bien recordar las palabras de Hans WELZEL cuando decía a sus discípulos no haber nada más práctico que una buena teoría, pues la abstracción y generalización ha de provenir del estudio de casos concretos y leyes aplicables, para luego ascender a la teorización y proponer reglas generales que permitan dilucidar correctamente los hechos que se le den para resolver. De lo contrario, la elaboración podrá ser un buen discurso, pero no será un verdadera teoría.

6. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DELICTUAL

Dicho esto, al pasar revista a los campos jurídicos de contenido sancionatorio se observa que se rigen mediante criterios de imputación. En lo referido al Derecho penal, durante siglos se han seguido cansinamente pautas naturalísticas de imputación. Entiéndase, hallar la relación causa-efecto siguiendo, por ejemplo, el modelo de John Stuart MILL, que no era cabalmente un jurista, y por el cual todo efecto tenía una causa o multiplicidad de ellas ¹⁹. Se seguía a las mal llamadas ciencias exactas queriendo aplicar similares criterios para la resolución de conflictos jurídico-penales a partir de una causalidad natural en vez de jurídica.

Mirado desde la perspectiva numérica también es cuestionable el criterio sobre el nexo causal, pues como explicó Albert EINSTEIN, la exactitud perfecta es improbable. Ha habido un cambio fundamental en la línea de pensamiento más allá del Derecho. Era desacertado querer emular desde el

¹⁶ SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Sistema del Derecho Romano actual*, t. I, p. 48.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Idem*, p. 49.

¹⁹ MILL, John Stuart, *A System of Logic, Ratiocinative and Inductive* [1843], t. I, 4.^a ed., Londres, John W. Parker and Son, 1856, pp. 355-372. Versión en español, *Sistema de Lógica inductiva y deductiva*, trad. Eduardo Ovejero y Maury, Madrid, Daniel del Jorro, 1917, pp. 327-337.

Derecho el mundo natural y propugnar criterios de imputación estrictamente físicos. Ello llevaba a visualizar al delito como lo tangible, palpable y sangrante. Es decir, lo captable por los sentidos (lo sensorial).

La teoría del delito ha evolucionado mucho a partir de la segunda mitad del pasado siglo, produciéndose algunos cambios paradigmáticos. El prototipo ya no es únicamente el delito visible representado por la existencia de un cadáver, un objeto dañado, una herida sangrante o un documento alterado en su forma. Se ha pasado de lo sensorial y perceptible por los sentidos a aquello que tenga valor comunicacional y cognitivo para la sociedad, relacionado al concepto de delito con las expectativas que se cifran sobre un ciudadano. El delito, al decir de JAKOBS, ha pasado a ser considerado una forma deficiente de comunicación social por parte de quien incumple el rol que porta, teniendo una clara significación comunicativa en relación a los valores de una comunidad, cuyas consecuencias son la lesión o la relevante puesta en peligro de bienes jurídicos, aunque para algunos autores como JAKOBS lo que se afecta es la vigencia de la norma ²⁰.

El mundo ha mutado y se deben introducir los consecuentes cambios de paradigmas sin renunciar a los derechos individuales que tanto preocuparon a los pensadores decimonónicos y que continúan sin resolverse definitiva y favorablemente. Ya no resulta tan claro que el delito constituya la destrucción o lesión al bien jurídico en el sentido estricto de que ésta implique un daño material y tangible en el mundo de lo físico. El inconveniente de tornar más laxo el concepto de delito es, precisamente, abatir la protección de derechos individuales. En cuanto a esto, debe tenerse presente que, siguiendo la tradicional teoría pura de la culpabilidad normativa expuesta por FRANK ²¹, FREUDENTHAL ²² y GOLDSCHMIDT ²³ en las dos primeras décadas del siglo XX, ha quedado establecido que el elemento “culpabilidad” es normativo y no una cuestión meramente física. El Derecho penal no es algo naturalístico sino jurídico y debe gobernarse por un sistema científico tendiente a resolver los casos normativamente. Por lo tanto, no es medular que el delito implique un

²⁰ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996, p. 21. Cfr. MÜSSIG, Bernd, „Zurechnungsformen als gesellschaftliche Praxis - Zu den normativen Grundlagen der objektiven Zurechnung im Strafrecht“, en AA.VV., *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, Berlín, Carl Heymanns Verlag, 2007, pp. 405-433.

²¹ FRANK, Reinhard, *Estructura del concepto de culpabilidad* [1907], trad. Sebastián Soler, Santiago de Chile, Seminario de Derecho penal de la Universidad de Chile, 1966, *passim*.

²² FREUDENTHAL, Berthold, *Culpabilidad y reproche en el Derecho penal* [1922], trad. José Luis Guzmán Dalbora, Buenos Aires, B de F, 2005, pp. 63-100.

²³ GOLDSCHMIDT, James, „Der Notstand, ein Schuldproblem“, en AA.VV., *Österreichische Zeitschrift für Strafrecht*, año IV, coord. Alexander Hoffler, Viena, Manzschke f. u. f. Hof Verlags und Universitäts Buchhandlung, 1913, pp. 129-196. Del mismo autor, „Normativer Schuldbegriff“, en AA.VV., *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag* [1930], t. I, Tubinga, Scientia Verlag Aalen, 1969, pp. 428-468. Versión en español, *La concepción normativa de la culpabilidad*, trad. Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Núñez, Buenos Aires, Depalma, 1943, *passim*. De esta última, hay versión posterior: Buenos Aires, B de F, 2002.

cambio visible en el mundo naturalístico y corresponde dejar de lado a la teoría de la *conditio sine qua non*, así como a las demás causalistas derivadas de ella ²⁴, puesto que el parámetro está dado por aspectos normativos: la afectación de relaciones jurídicas (a partir de bienes penalmente reconocidos como tales) que perjudiquen derechos de personas y que ameriten la intervención punitiva estatal.

Los conflictos jurídicos deben resolverse con criterios estrictamente normativos, con un lenguaje apropiado y accesible al ciudadano, pero sin desconocer que la precisión terminológica tiene también un valor fundamental al decidir los casos ²⁵.

Como se puede apreciar, es fundamental esclarecer, revisar y ordenar los criterios de imputación. Se constata así que lo perceptible por los sentidos no es determinante, como tampoco la antigua clasificación en delitos comisivos y omisivos, que continúa siendo importante como criterio clasificatorio y desde el punto de vista didáctico, pero en lo conceptual y normativo es de menor relevancia y factiblemente tarde o temprano desaparezca esta categorización delictual ²⁶. Es incongruente resolver los casos en términos de relación movimiento/consecuencia; es decir, causa/efecto. La idea de acción y omisión no es lo más relevante, porque sería retrotraerse a observar si ha habido o no un movimiento físico de neto corte naturalístico en vez de un hecho jurídico de orden normativo y con trascendencia individual ²⁷. Lo importante es la conducta humana en comunicación con el mundo y las personas (el significado cognitivo) ²⁸ en función de lo exigible, esperable y, en suma, reprochable al individuo en relación a un sistema normativo, liberal y democrático tutelar de los derechos individuales. Si no fuese así, deberían –como otrora algunos autores reclamaron– crearse principios especiales para los tipos penales omisivos y elaborar un sistema diverso. Son resabios de una deformación del pensamiento kantiano. Ello no significa que no se pueda didácticamente clasificar a los delitos conforme a su forma de comisión, sino que se debe

²⁴ KÖHLER, August, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Leipzig, Verlag von Veit & Comp., 1917, p. 186. También, FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación objetiva del resultado*, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 552-554.

²⁵ ALLER, Germán, *Dogmática de la acción y 'praxis' penal*, Buenos Aires, B de F, 2009, pp. 193-202.

²⁶ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Hacia el nuevo Derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, pp. 19-21.

²⁷ ALLER, Germán, *Dogmática de la acción y 'praxis' penal*, pp. 126-128.

²⁸ JAKOBS, Günther, *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, trad. Manuel Cancio Meliá, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001, pp. 17-18 y 53-64. Del mismo autor, "El concepto jurídico-penal de acción", en *Estudios de Derecho penal*, pp. 116-118. También, BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, „Rechtsgutsbegriff und Grenzen des Strafrechts“, en AA.VV., *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, Berlín, Carl Heymanns Verlag, 2007, pp. 1-14. También BACIGALUPO, *Hacia el nuevo Derecho penal*, p. 40. Al respecto, críticamente: ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Política y Dogmática jurídico penal", en AA.VV., *Crisis y legitimación de la Política criminal, del Derecho penal y procesal penal*, Córdoba, Advocatus, 2002, pp. 69-70 y 283.

comprender que ninguna de las dos categorías está fuera del campo lógico de la teoría del delito.

Esta parcelación drástica no permitió superar los problemas que se planteaban, porque los criterios de imputación eran de orden naturalístico y, además, se chocaba con que varios de los principios del Derecho penal parecían contruidos para aplicarse a las conductas activas (hacer), pero no a las pasivas (omitir). No deben construirse varios derechos penales, sino racionalizar el sistema y dotarlo de armonía científica mediante la Dogmática penal.

Va de suyo entonces expresar que un aceptado criterio normativo de la culpabilidad se corresponde con uno también normativo de la imputación, a diferencia de la severa contradicción de pretender aplicar una culpabilidad normativa a conductas meramente naturalísticas sin contemplarlas como actuaciones típicas según parámetros normativos ²⁹. De lo contrario, que se digan las cosas como de veras se piensan, suprimiendo la idea de que la culpabilidad sea definida normativamente y que, en los hechos, se opera con un importante componente intuitivo. Vale decir, se atribuye delito por creerse que es lo justo conforme a lo observado físicamente. ¿No es acaso lo legislado al establecer que los delitos que generen *grave alarma social* serían procesados con prisión? En una situación así está palmariamente claro que no se trata de criterios normativos de imputación, sino subjetivos y de un rechazable Derecho penal de autor o del enemigo ³⁰.

Ahora bien, otro aspecto a considerar en cuanto al avance metodológico y científico de la teoría del delito se refiere a las conductas con dolo (directo y eventual) y las imprudentes. En relación a las últimas, el sistema tradicional no desaparecerá, pero la gravedad y entidad de los delitos no debe ser definida necesariamente en función del resultado (que es la tendencia en los

²⁹ ALLER, Germán, *Dogmática de la acción y 'praxis' penal*, pp. 182-187.

³⁰ JAKOBS, Günther, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", en AA.VV., *Estudios de Derecho penal*, trad. Enrique Peñaranda Ramos, Madrid, Civitas, 1997, pp. 295, 298, 322 y 323. Del mismo autor, "El Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", en *Derecho penal del enemigo*, en conjunto con CANCIO MELIÁ, Manuel, trad. Manuel Cancio, Madrid, Civitas, 2003, pp. 19-56. También, CANCIO MELIÁ, Manuel (en sentido crítico), "¿Derecho penal del enemigo?", en *idem*, pp. 57-102. Cfr. ALLER, Germán, *Co-responsabilidad social, Sociedad del Riesgo y Derecho penal del enemigo*, Montevideo, Carlos Álvarez-Editor, 2008, pp. 163-249. Otra exposición del tema en "Derecho penal del enemigo", en AA.VV., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer-B de F, 2006, pp. 79-117.

delitos imprudentes)³¹, pues sería un criterio físico, sino que debe priorizarse el valor de la conducta³².

Por ejemplo, en un siniestro de tránsito una persona embiste a otra y el resultado es la muerte de ese individuo que es atropellado. Si hay una actuación imprudente por parte de quien conducía el vehículo, entonces se considerará que tiene mucha gravedad, porque se ha perdido una vida. Indudablemente que para la sociedad es muy importante la pérdida de una vida y nadie puede poner en tela de juicio la trascendencia ética, moral y jurídica que posee. Pero desde el punto de vista de lo punitivo, el hecho de la muerte en sí no es suficiente, dado que se debe valorar la existencia y entidad de la imprudencia en cuanto criterio valorativo-normativo más allá del resultado³³. Puede suceder que exista una imprudencia de escasa entidad pese al resultado muerte. Asimismo, puede acontecer lo opuesto: una grave imprudencia con un resultado lesivo en lo material de escasa envergadura.

Esto exhibe la pertinencia de valorar los aspectos comunicativos en el campo del Derecho e interconectar los criterios de imputación. Hay que decir las cosas como son: la muerte es un hecho connatural a la persona; no es ajena a la entidad humana sino contingente a ella. No hay casi aceptación de la muerte, porque publicitariamente se ha comunicado un mensaje antagónico con la idea de morir. La Medicina ha tenido un fantástico avance en las últimas décadas y el promedio de vida ha aumentado. Pese a ello, y sin pretender llegar al “sentimiento trágico de la vida” de Miguel de UNAMUNO³⁴, la culminación de la vida es un resultado ineluctable.

Los criterios de imputación han cambiado. En tal sentido, si se corre el velo quedará en evidencia que los delitos no tienen por qué ser necesariamente tangibles o palpables y se podrá ver al Código Penal de otra manea. Lógicamente, en determinadas situaciones el Código se refiere inequívocamente a un objeto físico o a un hecho que no podrá extenderse a otros debido a que la analogía *in malam partem* está acertadamente prohibida en Derecho Penal. En cambio, está permitida la interpretación y ella no tiene que quedar anclada en

³¹ STRATENWERTH, Günter, *Acción y resultado en Derecho penal*, trad. Marcelo A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer, Buenos Aires, Hammurabi, 1991, pp. 23-29. También, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho penal*, 2.^a ed., trad. Marcelo A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, pp. 21-27. Al respecto, HIRSCH, Hans Joachim, “Los conceptos de ‘desvalor de acción’ y ‘desvalor de resultado o sobre el estado de las cosas’”, en *Derecho penal. Obras completas*, t. III, trad. Eduardo Demetrio Crespo, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999, pp. 233-258.

³² WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., Berlín, Walter de Gruyter & Co., 1969, pp. 2, 40 y 60-67. Versión en español, *Derecho penal alemán. Parte General*, trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970, pp. 12, 67 y 91-93.

³³ ZIELINSKI, Diethart, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, trad. Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires, Hammurabi, 1990, pp. 55-80, 238 y ss. También, SANCINETTI, Marcelo A., *¿Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 18.

³⁴ UNAMUNO, Miguel de, *Del sentimiento trágico de la vida*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1999, p. 43.

aquel agosto de 1934 cuando empezó a regir nuestro Código Penal. Todo criterio interpretativo compatible con la letra del texto legal en un sentido lógico es perfectamente aplicable, aunque sea diverso de lo que pretendía el célebre codificador uruguayo José IRURETA GOYENA. Como es sabido, los criterios de imputación se pueden adaptar y actualizar. Hoy el mundo de la informática es un campo en el que lo recién expresado se percibe con nitidez.

Es evidente que, al decir del sociólogo alemán Ulrich BECK, vivimos en una sociedad de riesgos ³⁵. La *Risikogesellschaft* (“sociedad del riesgo”) trae aparejado un cambio en la respuesta punitiva y, desafortunadamente, no necesariamente para bien, pues los tipos penales se van tornando cada vez más de peligro abstracto y, por ende, no se sabe bien qué es lo que se ataca, ni cómo, ni cuánto. El grado de tutela al bien jurídico no está claro, como tampoco la exigibilidad de otra conducta ³⁶. Viene a colación indicar que la gran mayoría de las afectaciones a bienes jurídicos no son delitos, sino infracciones civiles, administrativas, laborales o comerciales. Dicho de esta manera quizá quede evidenciado que, salvo excepciones, los fallecimientos no suelen tener la connotación de un acto criminal causante, así como la mayoría de las lesiones producidas en siniestros en el tránsito vehicular tampoco conllevan delitos. Sin embargo, va de suyo que ha habido una lesión o la pérdida del bien jurídico en cuestión. Por lo tanto, el Derecho penal es netamente selectivo en cuanto a qué y cuándo castigar. Desde la sociedad del riesgo se ha respondido creando figuras penales que en repetidas ocasiones son de mero *marketing* social ³⁷, con el propósito de calmar el miedo al peligro. Para ello, se legisla puniendo conductas que pueden eventualmente poner en peligro a bienes jurídicos o, peor aún, con el fin de hacer ver a la ciudadanía que se está haciendo algo contra la criminalidad, aunque en los hechos sea muchas veces improductivo.

Otra respuesta para este tipo de situaciones ha sido la construcción de tipos penales abiertos, que suelen ir hermanados con los delitos de peligro abstracto. En los tipos abiertos también el bien jurídico es difuso y se violenta el principio constitucional de legalidad, tornándolos por ello inconstitucionales.

El Derecho penal en la sociedad del riesgo es expansivo, porque se crean más delitos, aumentan las penas, amplían los criterios punitivos, instauran responsabilidades penales objetivas y abaten las garantías individuales ³⁸. Parte de este fenómeno expansivo es que los tipos penales se vuelven superfetados. Esto es, se legisla penalmente lo mismo varias veces, pero en diversos momentos y leyes, generando una verdadera confusión

³⁵ BECK, Ulrich, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1986. Versión en español, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez y M.^a Rosa Borrás, Barcelona, Paidós, 1998.

³⁶ ALLER, Germán, *Co-responsabilidad social, Sociedad del riesgo y Derecho penal del enemigo*, pp. 122-142.

³⁷ *Idem*, p. 144.

³⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 1.^a ed., Madrid, Civitas, 1999.

jurídica en la que no se sabe qué se quiere derogar, porque tampoco se indica esto.

En suma, tratando de esquematizar, cuando se expresa que en Derecho penal se imputa delito a quien crea o aumenta un riesgo penalmente relevante que se realiza en el resultado, se refiere a la imputación objetiva al tipo penal³⁹. Este sistema, desarrollado a partir de los sesenta del pasado siglo por Claus ROXIN, está paulatinamente perdiendo vigencia, pero aporta interesantes elementos para la resolución –principalmente– de los delitos imprudentes tomando en cuenta la actuación dentro del riesgo permitido y del riesgo prohibido. Por su lado, la imputación objetiva de conductas planteada por JAKOBS⁴⁰ y FRISCH⁴¹ entre otros, sopesa el desvalor de la acción más que el de resultado y también contempla el riesgo permitido (aquellos que es lícito), incorpora la prohibición de regreso (originaria de Reinhard FRANK⁴²), el principio de confianza y la conducta de la víctima⁴³. Cualquiera de los dos sistemas mencionados pretende erradicar lo estrictamente naturalístico que, a la postre, tendía a imputar responsabilidades objetivas en el tipo y a caer en un exceso de subjetivismo en la culpabilidad. El sistema de imputación debe llevarse a cabo en dos niveles: el objetivo de la conducta y el subjetivo de la persona⁴⁴, siendo ambos concernientes al tipo penal y arribando propiamente a la imputación personal del delito a través de la culpabilidad mediante criterios normativos.

Desde otra perspectiva, se preconiza el regreso al sistema de *imputatio* de Samuel von PUFENDORF del siglo XVII, por el cual eran imputables aquellas conductas –no resultados– contrarias a Derecho provenientes de una persona responsable, capaz y libre que lesionaba el derecho de otra⁴⁵. En efecto, Joachim

³⁹ ROXIN, Claus, „Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht“, en *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlín, Walter de Gruyter, 1973, pp. 123-146. Versión en español, “Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal”, en *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, Reus, 1976, pp. 128-148.

⁴⁰ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte General*, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 222-307. Del mismo autor, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 43-50.

⁴¹ FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación objetiva del resultado*, pp. 23-36.

⁴² FRANK, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 11.^a-14.^a ed., Tubinga, J. C. H. Mohr, 1914, p. 14.

⁴³ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 43-50. También, CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ángel Editores, 2001, pp. 73-97.

⁴⁴ RIGHI, Esteban, *La imputación subjetiva*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002, *passim*.

⁴⁵ PUFENDORF, Samuel von, *De Jure Nature et Gentium. Libri octo* [1688], vol. I, Nueva York, William S. Hein & Co., 1995, capítulo V, §§ 5, 6 y 9, pp. 45-56. Del mismo autor, *De los deberes del hombre y del ciudadano según la Ley Natural, en dos libros* [1673], trad. María Asunción Sánchez Manzano y Salvador Rus Rufino, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 22-24. Al respecto, WELZEL, Hans, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, Berlín, Walter de Gruyter, 1958, *passim*. Cfr. HARDWIG, Werner, *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, Hamburgo, Cram de Gruyter & Co., 1957, pp. 35-45.

HRUSCHKA ha recuperado estos conceptos y los ha desarrollado desde los años setenta hasta nuestros días, enfatizando que, para establecer si hay delito o no, se debe definir si la actuación ha sido libre ⁴⁶. Esto condice básicamente con el art. 30 en sintonía con el art. 18 del Código Penal en cuanto a la esfera de libertad y la correspondiente exigibilidad de otra conducta. Pese a su vetustez, el cuerpo legal de 1934 sigue siendo liberal en este tópico. En esos artículos IRURETA GOYENA mostró su condición de liberal y consagró que hay capacidad de culpabilidad en la medida en que el individuo sea libre. El mentado art. 30 navega bajo bandera equivocada, pues no importa la poco científica calificación de “locura” que enarbola, sino “apreciar el carácter ilícito del mismo, o de determinarse según su verdadera apreciación”, implicando ello la conciencia de la contrariedad al Derecho y la libre determinación en la conducta. Me permito aseverar que, en lo fundamental, el sistema uruguayo consagrado en los citados arts. 18 y 30 es compatible con los criterios originarios de PUFENDORF y con la actual noción de HRUSCHKA, priorizando el obrar libre *per se* y en *sua causa*.

7. DELITOS APLICABLES DE LA PARTE ESPECIAL DEL CÓDIGO PENAL

Lo relatado en cuanto a los criterios de imputación aplicables y la importancia de la interpretación sistemática del Derecho penal desde el punto de vista científico permite constatar que el Código Penal (además de las leyes especiales) contiene una importante cantidad de tipos aplicables al campo de la criminalidad informática, así como a los delitos cometidos a través de medios informáticos.

En efecto, el Título VIII del Código consagra la tutela del bien jurídico “Fe Pública”. En el articulado del 235 al 245, que no es todo lo referido a falsificación sino lo fundamental en este campo, se abarca la falsedad material y la ideológica. Para el tema aquí desarrollado, la material no es ahora fundamental. Se ha discutido qué aplicar de la falsificación y si crear disposiciones penales para el campo de la informática, dado que no habría materialidad en ese terreno (salvo en los *hardwares*) y, por lo tanto, en pocas hipótesis cabría la falsificación material. En concreto, se debe recurrir al vasto ámbito de la falsificación ideológica, que se refiere al contenido y no al soporte físico, porque lo afectable será la veracidad; y esto es terreno indudable de la eventual falsedad ideológica. A mi entender, los criterios interpretativos y de imputación son aplicables congruentemente con las citadas disposiciones legales contenidas en el Código Penal Patrio en relación a la informática.

El Título X del Código de referencia es sobre las “Buenas costumbres y el orden de la familia” y contiene un tipo penal –dentro de los llamados delitos sexuales– que puede tener relación con la informático, dado que se trata de la

⁴⁶ HRUSCHKA, Joachim, *Strukturen der Surechnung*, Berlín, Walter de Gruyter, 1976, pp. 1-14 y 68-73. Del mismo autor, *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la Imputación*, trad. Pablo Sánchez-Ostiz, Navarra, Thomson y Arazandi, 2005, *passim*. También, *La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf*, trad. Nuria Pastor Muñoz, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, *passim*.

exhibición pornográfica prevista en el art. 278. Esta conducta puede efectuarse recurriendo a la internáutica, mediante soportes técnicos informáticos. La antigua disposición penal puede ser empleada en casos así, sin perjuicio de los delitos contenidos en leyes mucho más recientes, pero con la salvedad de que no se superpongan, pues constituirían una hipótesis de *bis in idem*.

En el Título XI del Código Penal, referido a la libertad, se encuentra un tópico importante respecto de la tutela penal del secreto. El art. 276 trata la violación de la correspondencia escrita, con el problema de si catalogar como tal al e-mail. Si se tratase de una extensión analógica no podría extenderse la aplicabilidad del tipo penal, en virtud de hallarse prohibida dicha técnica. Si, en cambio, estuviese abarcado en el espíritu descriptivo de la disposición – más allá del soporte material – sí se podría utilizar sin extensión alguna, y entonces se ve que la discusión es interpretativa. A mi entender, los mensajes de texto en la telefonía celular y los de correo electrónico son correspondencia escrita, porque cuando se escribe y envía a alguien uno de estos mensajes se tiene claro que está sustituyendo a la carta, al telegrama y a otras formas de comunicación.

El art. 277 del Código Penal se refiere a la interceptación de noticia telegráfica o telefónica y corresponden las mismas discusiones que con el art. 276. El criterio de imputación es exactamente el mismo, mientras que lo opinable es la interpretación de la palabra del codificador. Antes se descatalogaba por criterio de imputación, pero siguiendo un sistema metodológicamente unívoco esto se ha superado. Desgraciadamente, como decía Eduardo NOVOA MONREAL en relación a Chile, todo llega veinte años después, y se puede tomar en cuenta lo manifestado por Eugenio Raúl ZAFFARONI respecto de Argentina, indicando que las teorías penales arriban allí treinta años tarde. En fin, en Uruguay es de igual a peor la situación, y a veces llegan tan atrasadas que ya han sido superadas.

El art. 298 del Código sometido a análisis establece la revelación del secreto de la comunicación epistolar, telegráfica o telefónica con los mismos parámetros.

El art. 300 de dicho cuerpo legal consagra el delito de conocimiento fraudulento de los documentos secretos. Esto resulta interesante, porque aunque la información se halle en un soporte magnético es igualmente documentación. Hoy existen documentos electrónicos y notificaciones judiciales que se transmiten por vía internáutica. Por tanto, se está ante un campo reglado en el que este artículo es aplicable, dado que ni siquiera se ha relatado en el tipo el soporte en forma cabal.

El art. 303 del Código concierne a los atentados políticos no previstos por la ley. Se vincula a la libertad política, pero puede relacionarse a actividades desplegadas a través de medios informáticos. En cuyo caso, el soporte es un medio para el delito. Con lo cual, queda en evidencia que el delito es el tradicional y lo novedoso es el medio. Se concluye que, en ese caso, no sería un delito informático propiamente dicho. Es similar a lo que ocurre con la estafa y tantos otros delitos donde el medio idóneo puede ser muy diverso y no hay

necesidad alguna de legislar específicamente describiendo los medios. El codificador ha sido directo y cauto en esto. Cuando ha dicho que la violencia privada requiere una conminación física o psíquica, entonces el medio es uno u otro, pero en otros campos no hay necesidad de establecerlo así y, en consecuencia, el art. 303 es útil para delitos cometidos a través de recursos informáticos.

Por su parte, el título XII del Código Penal contempla los delitos contra la personalidad física y moral. En este aspecto, cabe referirse a lo concerniente al honor de las personas corpóreas (no de los entes jurídicos), el cual se protege mediante los tipos de difamación e injuria. También allí puede ser utilizada la herramienta informática como medio o tener una connotación de fin. Según una u otra hipótesis, se tratará de un mero medio para el delito infamante o de su realización plenamente en el campo de la informática.

El Título XIII del Código Penal abarca los delitos contra la propiedad. Se trata de un importante campo de descripciones de conductas típicas y surgen serios problemas incluso en las categorías de bienes muebles e inmuebles, así como en lo atinente a las nociones de propiedad y patrimonio. El art. 340 describe el delito de hurto, que es el más cometido en la historia de la humanidad y creo poder augurar que ningún otro delito tendrá más suceso que este. Obviamente no por su gravedad, pues ella suele ser inferior al homicidio, la rapiña, la violación sexual, etc., sino por su mayor frecuencia en la sociedad. Con el caso del hurto, si se interpreta su descripción cabalmente como la sustracción tangible de un objeto físico, entonces el tipo no será aplicable a los delitos informáticos, sino a los desapoderamientos con sustracción de artefactos relacionados con la informática. Por ejemplo, hurtar el computador, el teclado, la pantalla, el disco duro y así sucesivamente. Si en cambio el criterio de imputación es la afectación de la propiedad, que no es la cosa sino la relación jurídica entre el titular de la misma y los terceros, entonces lo tangible es el objeto, pero no la propiedad por ser ésta una relación de orden jurídico y sujeta a normas de ese corte. En cuyo caso, la afectación, puesta de manifiesto mediante la sustracción del objeto, es a la propiedad como bien jurídico protegido por la norma de Derecho que obliga a respetar la propiedad ajena no disponible. Se trata de una norma *erga omnes*. Si se analiza a fondo el tema, se podrá concluir que en la futura legislación y en la interpretación de la vigente sobre la propiedad habría que despegarse de los criterios naturalísticos neokantianos y observar con mayor énfasis científico los conceptos de propiedad y de patrimonio.

Con el mismo criterio que para con el hurto, pero más difícil aún, se encuentra el delito de rapiña previsto en el art. 344 del Código Penal y, si se sigue más allá, se arribará al delito de copamiento (art. 344 bis), que es una figura técnicamente inapropiada que contempla como delito complejo a otras tres que estaban previstas en tipos penales autónomos (hurto, violencia privada y privación de libertad). Esto se resolvía mucho mejor por la vía del concurso de delitos que mediante la construcción de un delito con esta criticable ingeniería creada en 1995 mediante la Ley de Seguridad Ciudadana (n.º 16.707). En 2005 le

cambiaron el nombre, dejando entre paréntesis la palabra “copiamiento”, que no cambió más que el enunciado inicial, careciendo de trascendencia. Pues bien, tanto la rapiña como el copiamiento son construcciones que aparentemente solo podrían relacionarse a los objetos informáticos en cuanto soportes materiales.

El art. 347 contiene el delito de estafa, que es uno de los más apasionantes de estudiar para cualquier penalista, porque ella requiere sagacidad, inteligencia, ardid, una víctima propicia. La estafa tiene la particularidad de hacer caer en ella a personas tontas e inteligentes por igual. Sin lugar a duda, es una construcción que puede ser aplicada a situaciones de la informática en su más cabal sentido, porque se funda en la inducción a error mediante estratagema o engaño a otra persona para obtener un beneficio de orden económico en su desmedro.

El art. 349 del Código consagra el delito de destrucción maliciosa de cosa propia. En lo que atañe a la informática puede darse con el propósito de cobrar el seguro y referirse a objetos materiales como la propiedad intelectual y los programas, pues podría ser el *software*, teniendo la destrucción como fin una trascendente relevancia penal.

A la apropiación indebida, prevista en el art. 351 del Código Penal, le competen los mismos comentarios que a los demás tipos penales antedichos. Así como en el caso del abuso de firma en blanco (art. 352 del CP) en principio se diría que no sería aplicable, pero cambia la perspectiva cuando se refiere, por ejemplo, a la firma electrónica en un expediente de esas características. Considero que es esta una hipótesis de potencial abuso de la firma en un documento sujeto a protección penal en la que se aplican los demás parámetros de imputación delictual.

Otras figuras posibles son la apropiación de cosas perdidas o habidas por error o caso fortuito (art. 353) y el delito de daño (art. 358) según los criterios de imputación descritos antes.

En conclusión, siguiendo las reglas generales de la Dogmática, y sin con ello alterar el sentido de las palabras, el Código Penal presenta una amplia gama de conductas delictivas aplicables al terreno de la informática.

8. DELITOS CONTEMPLADOS EN LEYES ESPECÍFICAS

La Ley n.º 16.736 estableció el delito de transmisión por medios informáticos o telemáticos de documentación infiel y la adulteración o destrucción de documento almacenado en soporte magnético o su respaldo. Se trata de una descripción típica que tiene dos modalidades. La primera es la transmisión y la segunda es la adulteración o destrucción. La documentación emergente de la transmisión por medios informáticos o telemáticos constituye de por sí documentación auténtica y hará plena fe. Se aplica aquí lo expresado *supra* en cuanto a la falsificación, pues debe entenderse que la ley de referencia se asimila en esto al campo de los delitos contra la Fe Pública contenidos en el Título VIII del Código Penal en cuanto a la existencia de lo original transmitido.

A su vez, la expresión “*el que voluntariamente transmitiere*” describe la acción nuclear del tipo. Quien voluntariamente transmitiere un texto del que resulta un documento infiel (y que constituye una falsedad ideológica), adulterare o destruyera un documento almacenado en soporte magnético o su respaldo, incurrirá en los delitos previstos; y nótese que el texto de la ley remite al delito de estafa. No resulta ésta una buena técnica legislativa, porque la remisión a otra disposición genera luego serios problemas cuando se deroga aquella a la cual se ha remitido. Lo cual forzaría a operar mediante la ultra actividad de la ley penal y así revivir la disposición derogada para tomar de ella lo que la ley entonces vigente requiera (soliendo ser la pena, como en este caso). Esto sucederá cuando el actual Código haya fenecido. Y puede ocurrir a la brevedad si se aprueba el modelo propuesto por la Comisión dirigida por Milton CAIROLI MARTÍNEZ. La ultra actividad de ley penal no es bien vista porque, entre otras consideraciones, altera la dosimetría de la pena y la certeza de la ley penal conforme a su vigencia temporal.

Que el delito sea la transmisión lleva a reiterar la obviedad expresada antes respecto a la correspondencia. No podrá entonces hacerse concurrir la conducta con otros delitos que describan similar comportamiento.

Otro tipo penal importante es el comprendido en la mencionada Ley n.º 17.616 de 2003, que creó un nuevo texto para el art. 46 de la vieja “Ley Haedo” n.º 9.739, y bajo el *nomen juris* “Delitos contra la protección electrónica” enuncia en el literal “d”: “*Será sancionado con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría, —por lo tanto puede ser no excarcelable— quien altere o suprima sin autorización del titular de los derechos protegidos por esta ley, la información electrónica colocada por los titulares de los derechos de autor o conexos para posibilitar la gestión de sus derechos patrimoniales y morales de modo que pueda perjudicarse estos derechos. La misma pena —segunda modalidad— se aplicará a quien distribuya, importe con fines de distribución, emita o comunique al público sin autorización ejemplares de obras, interpretaciones o fonogramas, sabiendo que la información electrónica colocada por los titulares de derechos de autor o conexos ha sido suprimida o alterada sin autorización.* Es esta una cláusula fundamental desde el punto de vista del tipo penal. Hay dos modalidades, la primera requiere alterar o suprimir. En el primer tramo se trata sin duda del campo de la falsificación. En la hipótesis de la supresión es también factible que también se trate de falsedad porque se elimina el contenido, perdiéndose la veracidad que poseía. Por ende, se produce un ataque al bien jurídico y se defrauda la expectativa cognitiva cifrada en el ciudadano que efectúa la conducta típica y antijurídica que apareja el reproche y la consecuente pena. En cambio, la segunda modalidad se refiere a la emisión o comunicación. Al respecto, en definitiva quizá la palabra no sea del todo adecuada, pero viene a equivaler al transporte o trasiego. En cuanto al conocimiento que se requiere en esta modalidad acerca de la supresión o alteración de la información contenida originariamente, da la impresión de que el legislador ha eliminado la posibilidad del dolo eventual y que solo se admitiría el directo. Como es conocido, el dolo eventual implica previsibilidad y previsión. Previsión no significa un conocimiento terminante, cabal, fulminante, sino la posibilidad cierta de que algo ocurra y que esto sea representado como

posible por parte del actor de la conducta, el cual igualmente actúa en forma egoísta e indiferente. El texto del actual art. 46 es inequívoco al requerir “saber” la situación documental y con ello descartaría la imputación a título eventual restringiéndola al dolo directo.

9. COLOFÓN

La temática es tan abundante que lo hasta aquí expresado parece sumamente escaso. No se llevado a cabo aquí un estudio exhaustivo de toda la casuística en materia de delitos informáticos y cometidos a través de medios informáticos, sino esbozar algunos criterios de imputación a la luz de esta cuestión y, a la postre, la consecuencia punitiva.

En esta comunicación la tesis es que los criterios de imputación penal no están ni deben supeditarse a cada forma de criminalidad, sino ser unívocos para toda expresión delictual. Y ello a efectos de garantizar los derechos de víctimas e infractores. Los métodos de cuño naturalístico para la resolución de los casos no ha sido, al fin, ni justa ni eficiente y que, conforme al grado de desarrollo de la teoría del delito –y sin perjuicio de las lógicas objeciones que cada teoría despierte– los casos deben resolverse normativamente siguiendo lineamientos dogmático-penales. Es decir, conforme a un sistema y método jurídico en función de las normas de Derecho de un Estado constitucional, liberal, republicano y democrático. Si el Derecho penal contemporáneo se rigiese por esos parámetros, entonces lo demás sería hojarasca.

10. BIBLIOGRAFÍA

- ALLER, Germán, *Co-responsabilidad social, Sociedad del Riesgo y Derecho penal del enemigo*, Montevideo, Carlos Álvarez-Editor, 2008.
- ALLER, Germán, *Dogmática de la acción y 'praxis' penal*, Buenos Aires, B de F, 2009.
- ALLER, Germán, “Derecho penal del enemigo”, en AA.VV., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer-B de F, 2006.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, „Rechtsgutsbegriff und Grenzen des Strafrechts“, en AA.VV., *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, Berlín, Carl Heymanns Verlag, 2007.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Hacia el nuevo Derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006.
- BAUZÁ, Marcelo, “Sistemas de gestión de identidades y aspectos legales del robo de identidad”, conferencia organizada por la Asociación de Auditoría y Control de Sistemas de Información (ISACA) y el Área de Actualización Tecnológica de la Escuela de Tecnología de la Facultad de Ingeniería de la Universidad ORT, Montevideo, 10 de abril de 2008.

- BECK, Ulrich, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1986.
- BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez y M.^a Rosa Borrás, Barcelona, Paidós, 1998.
- CAIROLI, Milton, "Protección Penal del Software", en AA.VV., *Protección jurídica del Software*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1992.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, "¿Derecho penal del enemigo?", en *Derecho penal del enemigo*, en conjunto con JAKOBS, Günther, Madrid, Civitas, 2003.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ángel Editores, 2001.
- DELPIAZZO, Carlos, "Teoría y práctica en la lucha contra la piratería de Software", en AA.VV., *Protección jurídica del Software*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1992.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, 1.^a ed., Gießen, Georg Friedrich Heyer, 1801.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, trads. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemer, Buenos Aires, Hammurabi, 1989.
- FRANK, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 11.^a-14.^a ed., Tubinga, J. C. H. Mohr, 1914.
- FRANK, Reinhard, *Estructura del concepto de culpabilidad* [1907], trad. Sebastián Soler, Santiago de Chile, Seminario de Derecho penal de la Universidad de Chile, 1966.
- FREUDENTHAL, Berthold, *Culpabilidad y reproche en el Derecho penal* [1922], trad. José Luis Guzmán Dalbora, Buenos Aires, B de F, 2005.
- FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación objetiva del resultado*, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- GOLDSCHMIDT, James, „Der Notstand, ein Schuldproblem“, en AA.VV., *Österreichische Zeitschrift für Strafrecht*, año IV, coord. Alexander Hoffler, Viena, Manzschke f. u. f. Hof Verlags und Universitäts Buchhandlung, 1913.
- GOLDSCHMIDT, James, „Normativer Schuldbegriff“, en AA.VV., *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag* [1930], t. I, Tubinga, Scientia Verlag Aalen, 1969.
- GOLDSCHMIDT, James, *La concepción normativa de la culpabilidad*, trad. Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Núñez, Buenos Aires, Depalma, 1943.
- GOLDSCHMIDT, James, *La concepción normativa de la culpabilidad*, trad. Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Núñez, Buenos Aires, B de F, 2002.
- HARDWIG, Werner, *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, Hamburgo, Cram de Gruyter & Co., 1957.

- HIRSCH, Hans Joachim, "Los conceptos de 'desvalor de acción' y 'desvalor de resultado o sobre el estado de las cosas'", en *Derecho penal. Obras completas*, t. III, trad. Eduardo Demetrio Crespo, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.
- HRUSCHKA, Joachim, *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la Imputación*, trad. Pablo Sánchez-Ostiz, Navarra, Thomson y Arazandi, 2005.
- HRUSCHKA, Joachim, *La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf*, trad. Nuria Pastor Muñoz, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- HRUSCHKA, Joachim, *Strukturen der Surechnung*, Berlín, Walter de Gruyter, 1976.
- JAKOBS, Günther, *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, trad. Manuel Cancio Meliá, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001.
- JAKOBS, Günther, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", en AA.VV., *Estudios de Derecho penal*, trad. Enrique Peñaranda Ramos, Madrid, Civitas, 1997.
- JAKOBS, Günther, "El concepto jurídico-penal de acción", en *Estudios de Derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, Madrid, Civitas, 1997.
- JAKOBS, Günther, "El Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", en *Derecho penal del enemigo*, en conjunto con CANCIO MELIÁ, Manuel, trad. Manuel Cancio, Madrid, Civitas, 2003.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte General*, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996.
- JHERING, Rudolf von, *¿Es el Derecho una ciencia?*, Madrid, Comares, 2002, pp. 56-59. También, *La Dogmática jurídica*, 2.^a ed., trad. Enrique Príncipe y Satorres, Buenos Aires, Losada, 1946.
- JHERING, Rudolf von, *El espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*, t. I, trad. Enrique Príncipe y Satorres, Madrid, De Bailly-Bailliere e Hijos, 1895.
- KÖHLER, August, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Leipzig, Verlag von Veit & Comp., 1917.
- LANGON, Miguel, *Código Penal y leyes penales complementarias de la República Oriental del Uruguay*, t. II, Montevideo, Universidad de Montevideo, 2010.
- MILL, John Stuart, *A System of Logic, Ratiocinative and Inductive* [1843], t. I, 4.^a ed., Londres, John W. Parker and Son, 1856.
- MILL, John Stuart, *Sistema de Lógica inductiva y deductiva*, trad. Eduardo Ovejero y Maury, Madrid, Daniel del Jorro, 1917.
- MONTANO, Pedro, "Los delitos informáticos", en AA.VV., *La Justicia Uruguaya*, t. 94, Montevideo, 1987.
- MÜSSIG, Bernd, „Zurechnungsformen als gesellschaftliche Praxis - Zu den normativen Grundlagen der objektiven Zurechnung im Strafrecht“, en AA.VV., *Festschrift*

für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, Berlín, Carl Heymanns Verlag, 2007.

- PACHECO KLEIN, Jorge, *Introducción a los delitos informáticos en el ciberespacio*, Montevideo, Editorial Nueva Jurídica, 1995.
- PECOY, Martín, *Protección penal de la propiedad incorporal en Uruguay*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 2008.
- PECOY, Martín, "Delitos Informáticos", en AA.VV., *Derecho penal económico*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 2009.
- PECOY, Martín, "Internet, derecho de autor y Derecho penal", en AA.VV., en *Derecho Penal Económico*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 2008.
- PECOY, Martín, "Tecnologías P2P y Derecho Penal", en AA.VV., *Tribuna del Abogado*, Montevideo, Colegio de Abogados del Uruguay, enero/marzo de 2009.
- PUFENDORF, Samuel von, *De Jure Nature et Gentium. Libri octo* [1688], vol. I, Nueva York, William S. Hein & Co., 1995.
- PUFENDORF, Samuel von, *De los deberes del hombre y del ciudadano según la Ley Natural, en dos libros* [1673], trad. María Asunción Sánchez Manzano y Salvador Rus Rufino, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- RIGHI, Esteban, *La imputación subjetiva*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002.
- ROXIN, Claus, "Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal", en *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, Reus, 1976.
- ROXIN, Claus, „Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht“, en *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlín, Walter de Gruyter, 1973.
- SANCINETTI, Marcelo A., *¿Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Metodología jurídica*, trad. J. J. Santa-Pinter, Buenos Aires, Depalma, 1994.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Sistema del Derecho Romano actual*, t. I, trads. Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, F. Góngora y Cía., 1878.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 1.^a ed., Madrid, Civitas, 1999.
- STRATENWERTH, Günter, *Acción y resultado en Derecho penal*, trad. Marcelo A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer, Buenos Aires, Hammurabi, 1991.
- STRATENWERTH, Günter, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho penal*, 2.^a ed., trad. Marcelo A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer, Buenos Aires, Hammurabi, 2006.
- UNAMUNO, Miguel de, *Del sentimiento trágico de la vida*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1999.
- WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., Berlín, Walter de Gruyter & Co., 1969.

WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte General*, trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970.

WELZEL, Hans, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, Berlín, Walter de Gruyter, 1958.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Política y Dogmática jurídico penal", en AA.VV., *Crisis y legitimación de la Política criminal, del Derecho penal y procesal penal*, Córdoba, Advocatus, 2002.

ZIELINSKI, Diethart, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, trad. Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires, Hammurabi, 1990.