

DELITOS INFORMÁTICOS.

ESTAFA INFORMÁTICA.

Luna Jabase, Natalia S.¹

⁽¹⁾Ayudante Alumno en las asignaturas Derecho Penal I y II. Cumplidas con los Profesores Drs. Enrique R. Buteler y Fabian I. Balcarce. Facultad de Dcho y Ss. Ss., Universidad Nacional de Córdoba. E-mail: lunajabase@yahoo.com.ar

SUMARIO: 1.Introducción. 2.Delitos informáticos. 3.Sobre la ley 26.388. 4.Estafa informática. 5.Sujeto engañado. 6.Aplicación de la ley penal. 7.Conclusiones y pasos a seguir.

1.INTRODUCCIÓN.

Nos hallamos inmersos en un mundo en constante transformación, el avance de la Ciencia es incesante; y en la mayoría de los casos tan vertiginoso como imposible de predecir.

La evolución electrónica a nivel global ha traído aparejada un sinnúmero de conductas ilegales ejecutadas mediante la utilización de medios informáticos.

En esta entelequia, podemos apreciar que una de las manifestaciones lesivas más desarrolladas valiéndose de dichos medios, es la Estafa.

En consonancia con la magnitud de la modalidad, este especial modo, entraña una serie de particularidades que han sido causa determinante de innumerables debates doctrinarios. Entre ellos, en qué grupo de delitos contra la propiedad debe subsumirse.

Siguiendo esta línea, el presente trabajo pretende abordar dicha problemática a través del estudio crítico de la figura a la luz de la "Ley de delitos informáticos".

Al mismo tiempo, busca destacar sus peculiaridades en cuanto al ámbito de validez de la ley penal. Dado que, tanto desde el enfoque espacial como temporal, deja entrever o ejemplifica la complejidad de estas formas de criminalidad; y la consecuente dificultad en la persecución penal de estas sofisticadas conductas.

Lo expuesto se condice con el sensible entramado de la realidad social, que no pide; sino que exige la respuesta de un Derecho coherente con la era que transita. Reclama operadores jurídicos capaces de interpretar el acontecer histórico.

2. DELITOS INFORMÁTICOS.

Es incuestionable el avance de los medios electrónicos. Actualmente es impensable el desarrollo de las actividades cotidianas sin la utilización de tecnologías. Internet se popularizó de un modo sorprendente, y el desconocimiento sobre la red de redes equivale a una especie de analfabetismo del siglo XXI.

Este contexto es el semillero perfecto para el surgimiento de nuevos ataques a los valores del orden social. Nacen así, los llamados "Delitos informáticos". Término ya generalizado; pero que sin embargo guarda un trasfondo de discusiones en torno a su alcance y contenido.

Así, se encuentran aquellos *que reconocen la autonomía funcional de los delitos informáticos frente a otras modalidades criminosas que atentan en igual medida contra la intimidad y la propiedad de terceros*¹; mientras en la posición opuesta, quienes los consideran *una nueva forma de arista carente de tutela jurídica de bienes jurídicos ya conocidos por todos*².

Estos últimos propondrán una conceptualización amplia, comprensiva tanto de las conductas que utilizan un sistema informático como vehículo para la comisión de ilícitos, como cuando dicho sistema se transforma en el objeto del obrar delictivo.

Es ineludible, que más allá que se adopte esta postura, estos nuevos modos de ataque merecen toda la atención de los estudiosos del derecho, por ser los mismos una realidad instalada en la sociedad, que en numerosas ocasiones genera perjuicios cuya entidad excede a la de la "delincuencia tradicional"; entrañando también, debido a la sofisticación que traen aparejada, mayor dificultad a la hora de perseguirlos y juzgarlos.

Cuanto más avanza la ciencia, cuanto más inserta en la sociedad se encuentre la Aldea Global, estos tipos crecen más y más, haciéndolo a pasos agigantados.

Lo mismo, conllevó a que los primeros países en legislar sobre ellos hayan sido los centrales, sin perjuicio de que en la actualidad todas las legislaciones se encuentren receptando de un modo u otro este fenómeno en expansión.

1 ABOSO, Gustavo Eduardo y ZAPATA, María Florencia, *Cibercriminalidad y Derecho Penal*. Buenos Aires, 2006, p. 21.

2 Ídem., p. 15.

3.SOBRE LA LEY 26.388.

Argentina, no se encuentra exenta de lo referido anteriormente. Así el veinticinco de junio del año dos mil ocho, se publicaba en el boletín oficial la Ley 26.388, conocida como "Ley de Delitos Informáticos".

La misma cuenta con quince artículos que incorporan, sustituyen y derogan contenido del Código de fondo, tratando de adecuar al mismo a las exigencias de la sociedad de la comunicación.

Tal lo expresa Andres San Juan: *"La nueva ley, no conforma un cuerpo legal autónomo, sino que incorpora un conjunto de modificaciones al Código Penal. En general no crea nuevos delitos sino que incorpora nuevos conceptos a categorías ya existentes, ensanchando el tipo penal, y relevando así la necesidad de "forzar" las interpretaciones para sostener que un tipo penal determinado incluye cierta conducta aún cuando no la describa literalmente."*³

En esta empresa es de vital importancia recordar con claridad que, en cuanto a derecho penal se trate, rige con plena fuerza el principio constitucional de nullum crimen nulla poena sine lege. Ley que debe ser escrita, estricta, previa y cierta.

Esta enunciación no es antojadiza, sino que tiende a denotar la relevancia de la tarea legislativa en materia penal. El ámbito de punibilidad esta constreñido a la taxatividad legal.

La manda establece la equiparación entre el documento, la firma y la suscripción con sus análogos digitales; a la vez, en el artículo 128, sustituye la expresión "escenas pornográficas" por "representaciones sexuales explícitas".

A más, incluye como bien jurídico a la privacidad incorporándola en el epígrafe del capítulo III, Título V.

También reprime la inserción de datos en archivos personales. Incorpora al daño informático y define al "fraude informático" como defraudación al insertarlo dentro del capítulo pertinente.

Cada tramo de la norma implica un sin número de consideraciones, mas como pauta metodológica se prescindirá de su análisis pormenorizado, abarcando sólo algunos aspectos de una de las reformas; esperando que en sí, evidencie la entidad del conjunto.

3 SAN JUAN, Andres."Comentarios sobre la Ley de Delitos Informáticos"(en línea).Dirección URL: [www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml\(consulta: 02/06/09\)](http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml(consulta: 02/06/09)).

4.ESTAFAS INFORMÁTICAS.

La ley 26.388 incorporó como inciso 16 del artículo 173 del Código Penal, el siguiente:

Inciso 16.- El que defraudare a otro mediante cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos.

La misma, en palabras de Fernández Teruelo consiste: *"en la producción fraudulenta de perjuicios patrimoniales a terceros (...) el modelo clásico tradicional de fraude ha encontrado también acomodo en la Red con infinidad de fórmulas más o menos ingeniosas. (...) El fenómeno se ha visto potenciado por el desconcierto inicial, la escasa adaptación al medio y la limitada percepción del riesgo de algunos usuarios, circunstancias aprovechadas por quienes pretenden desarrollar el fraude."*⁴

Son innumerables las fórmulas específicas, el mismo avance tecnológico produce más y más opciones; que sólo se ven limitadas por la creatividad del hombre.

Entre las mismas, encontramos desde la ya "tradicional" técnica del Salami (Roinding Down), en donde se instruye a los programas para ejecutar de manera periódica y continuada una reducción sistemática ínfima y casi imperceptible, en los aportes que deben abonarse por distintos conceptos, la cifra sustraída es depositada en una cuenta manejada por el defraudador.⁵ Hasta una de las figuras más empleadas en la actualidad, tal lo es el Phishing.

Como lo señala Barbero Bajo: *"El término proviene de la voz inglesa fishing(pesca), lo cual constituye una analogía entre el delito en cuestión y la práctica deportiva ya que los phishers arrojan cebo o anzuelos en el mar donde navegan (internet) a la espera de que algún usuario "pique" de buena fe."*⁶

Básicamente, se pretende obtener datos confidenciales de la víctima, se trata, para el autor citado, *"de la suplantación de identidad a través de una simulación de una página web de confianza"*⁷.

4 FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, "Respuesta penal frente a fraudes cometidos en internet: estafa, estafa informática y los nudos de la red", *Revista de derecho penal y criminología*, Oviedo, 2007, pag. 217/243.

5 Conf. CAFURE DE BATTISTELLI, María Esther, *Delitos informáticos en Homenaje al Bicentenario*. Córdoba, 1992, t. II, p. 179.

6 BARBERO BAJO, Jaime. "Phishing y otros delitos Informáticos: el uso ilícito de Internet"(en línea). Dirección URL : http://www.lexnova.es/pub_ln/revistas/revista_ln/Revista53/Revista53.htm (consulta: 12/06/09).

7 *Ib ídem*.

5.SUJETO ENGAÑADO.

De los casos señalados supra, se desprende un obrar ardidoso, que sin duda conduciría a encuadrarlos dentro del Capítulo de Estafas y otras defraudaciones, pero ante tal situación es insalvable analizar el tríptico típico que caracteriza a dichas figuras, es decir, corroborar la efectiva existencia de engaño, error y disposición patrimonial perjudicial.

Pues bien, doctrina y jurisprudencia son unánimes en exigir para la configuración, la presencia de una persona engañada, que, tal lo describe la Dra. Cafure de Battistelli: *"con voluntad viciada por error provocado, realiza la disposición patrimonial. La máquina no puede identificarse con una persona, no puede juzgar sobre el dato que se le incorpora, ni dejar de cumplir la orden que se le imparte."*⁸

He aquí, el punto que ocasionó un sinfín de debates jurídicos.

En un primer momento, las opiniones se dividieron en dos posturas.

Mientras algunos propugnaban que aunque más no sea de manera indirecta, la figura del programador, a quien iba dirigido el engaño a través de la máquina, venía a satisfacer el presupuesto típico de sujeto engañado. En el sector opuesto consideraban que la falta de sujeto inducido a error conllevaba irremediablemente la eliminación de la posibilidad de subsumir las conductas en estafa, y por lo tanto los desapoderamientos encuadrarían en la figura de hurto (art. 162 del Código Penal.).

Con el avenimiento de nuevos modos, surgió una tercer postura, la misma sustentaba que, en ciertos casos, estas manifestaciones podrían encuadrarse en el modelo clásico de estafa.

Así observaríamos que, dentro de las técnicas descritas, el Phishing podría subsumirse perfectamente dado que son las personas inducidas a error acerca de la fiabilidad de los sitios los que hacen constar las claves.

En cambio, desde esta óptica, la técnica del Salami seguiría estando ajena a la categoría de fraude.

La ley 26.388, mencionada anteriormente, puso fin a este asunto contemplando si no los argumentos de la primera tesis señalada, la multiplicación de las figuras, la peligrosidad que encierran y la prolongación temporal de las conductas que hacen presa a una víctima inadvertida, de un sujeto que puede encontrarse en cualquier punto de la orbe.

8 CAFURE DE BATTISTELLI, María Esther, Op. Cit., p. 180.

6.APLICACIÓN DE LA LEY PENAL.

Se acaba de reseñar la trascendencia espacial y temporal de los delitos en análisis. Se había mencionado también que los mismos eran una consecuencia directa del avance tecnológico. Una evolución que trajo aparejada la creación de una Aldea Global. Se desdibujaron así, las fronteras entre uno y otro Estado.

El principio de territorialidad, criterio básico de la aplicación de la ley en el espacio se esta viendo superado por estas acciones que sin lugar a duda no sólo admiten sino que en la mayoría de los casos se presentan como delitos a distancia.

Entran en escena entonces los principios de personalidad, real o defensa, y justicia universal. Mas éstos se encuentran sumamente condicionados a fuertes límites. Entre los cuales podemos referirnos a las exigencias de los principios *ne bis in idem* y doble incriminación.

El último asimismo trae aparejado todos los conflictos respectivos a la extradición.

Estos temas pendientes aún en la agenda de nuestro país, han tenido gran recepción en la Unión Europea, la cual avanzó sobre el principio de reconocimiento mutuo, consistente en que una decisión tomada por una autoridad en un Estado miembro puede aceptarse como tal en otro Estado.

Dicho principio puede presentarse como una solución o como una terrible injusticia, dado que de ser aplicado arbitrariamente concedería una supremacía jurídica a los países con ordenamientos más punitivos, frente a los ciudadanos que habitasen países con sistemas más liberales.

En lo que concierne a su vigencia temporal, es más que pensable la posibilidad de disociación. Si consideramos que día a día se crean mecanismos más sofisticados y reparamos en que con un simple dispositivo - tal como un reloj-, el sujeto activo puede fácilmente programar la fecha en que deba efectuarse la manipulación.

No hay más que observar a nuestro alrededor para notar que cada paso que da la tecnología implica mayores dificultades para determinar o encasillar en una ley a una conducta.

Tal lo expresará la Dra. Cafure: *"La Ciencia le esta ganando en velocidad al derecho"*.⁹

9 Ídem., p. 177.

7.CONCLUSIONES Y PASOS A SEGUIR.

Es irrefutable el avance legislativo en la materia objeto del presente, pero también es incontestable que queda mucho por hacer.

Beling expresaba: "el Derecho penal no le toca al delincuente ni un pelo. Establece, es verdad, que el asesino merece la pena de muerte y el ladrón la de prisión, y que el Estado tiene tal o cual pretensión punitiva contra el delincuente. Pero el mundo de los criminales puede burlarse de los párrafos que sólo viven en el papel hasta tanto el Derecho Penal no actúa realmente..."¹⁰

Toda modalidad de estafa trae aparejado un grado de complejidad, pero en el caso que nos atañe a éste se le suma el hecho de las nuevas tecnologías, las cuales implican la necesidad de una serie de conocimientos especiales tanto a la hora de investigarlos, como así también de juzgarlos.

Es preciso por consiguiente, que la sociedad tome conciencia de estas cada vez más difundidas formas delictivas; que a diario aparecen al amparo de la red de redes. De estos sujetos imperceptibles que con la más variada gama de maquinaciones, "navegan" a la espera de obtener una buena pesca; incautos que desoyendo o desconociendo las precauciones que - en la medida de lo esperable para el hombre medio- deben tomarse, se convierten en una presa fácil.

Es de presuponer también que, debe existir un mayor compromiso del Estado, desde la prevención, hasta la predisposición de órganos que se encuentren realmente capacitados para combatir estos delitos.

La tarea no es fácil, la simple legislación de nada servirá si sólo nos limitamos a ella. El presentar a viva voz una ley que nunca se llevará a la práctica no haría más que acrecentar el catálogo de delitos y penas, con la consiguiente "inflación legislativa penal" y la anomia que ella conlleva.

Así, frente a la incorporación de tipos que denotan sofisticación, los encargados de combatirlo no pueden menos que "sofisticar" las propias técnicas, para que la nueva normativa no llegue a yacer inerte en el anaquel de las "buenas intenciones".

Es un deber de todos contribuir a la efectiva realización de un Derecho vivo.

No encuentro mejores palabras para concluir que las expuestas por Jossierand: "*Los juristas deben vivir en su época, si no quieren que ésta viva sin ellos.*"

10 AROCENA, Gustavo A, *Procedimiento Penal de Córdoba*. Córdoba, 2005, p. 12.

BIBLIOGRAFÍA EMPLEADA

- **ABOSO, Gustavo Eduardo y ZAPATA, María Florencia, *Cibercriminalidad y Derecho Penal*. Buenos Aires, Editorial B de F 2006.**
- **AROCENA, Gustavo A, *Procedimiento Penal de Córdoba*. Córdoba, Editorial Mediterránea 2005.**
- **BARBERO BAJO, Jaime."Phishing y otros delitos Informáticos: el uso ilícito de Internet"(en línea).DirecciónURL:http://www.lexnova.es/pub_in/revistas/revista_in/Revista53/Revista53.htm (consulta: 12/06/09).**
- **CAFURE DE BATTISTELLI, María Esther, *Delitos informáticos en Homenaje al Bicentenario*. Córdoba, Editorial Advocatus 1992, t. II.**
- **FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, "Respuesta penal frente a fraudes cometidos en internet: estafa, estafa informática y los nudos de la red", *Revista de derecho penal y criminología*, Oviedo,2007, pag. 217/243.**
- **SAN JUAN, Andres."Comentarios sobre la Ley de Delitos Informáticos"(en línea).Dirección URL: www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml(consulta: 02/06/09).**