Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Dolores.
Belgrano Nº 160 - 7100 Dolores (Bs. As)- Tel-Fax: (02245) 441592 / 441990 / 446343
Pagina web: www.colabdol.com.ar - E mail: colabdol@speedy.com.ar

UNREGISTERED
Created by Unregistered Version

CIRCULAR Nº 1551/09

Dolores, 17 de marzo de 2009.-

REF: " Delitos informáticos, principio de legalidad y sucesión de leyes ".-

(comentario al fallo "Ventura" de la Cámara Nacional de Casación Penal Sala I) Por Francisco Pont Vergés y Federico Brolese

UNREGISTERED
Created by Unregistered Version

"Se trata de una esfera de intimidad de la persona que implica mantenerse a salvo de injerencias arbitrarias o ilegales del Estado o de terceros, que tiene reconocimiento constitucional (...) En suma, la protección constitucional se extiende a cualquier ámbito de comunicación por cualquier medio técnico, pues el constituyente no tuvo en mente proteger formatos (como el papel), sino los contenidos, mas allá de sus modos de registración."

"Lo que la ley 26388 trajo aparejado fue una actualización a diversas situaciones delictivas que plantean las nuevas tecnologías, o sea modernizó los tipos en su redacción, sin que ello implicara afirmar que conductas -como las traídas a juzgamiento- no estaban comprendidas en los textos legales originales."

"La jurisprudencia -contrariamente a lo que sucede con los aspectos penales de este medio de comunicación- ha sido unánime en reconocer la protección constitucional del correo electrónico, al establecer que ni los particulares ni el estado (fuera de los procedimientos establecidos) no pueden acceder ilegítimamente a e-mails ajenos y hacerlos valer como prueba en un proceso, pues ello viola el derecho a la intimidad y también al debido proceso."

Doctrina Completa:

Delitos informáticos, principio de legalidad y sucesión de leyes (comentario al fallo "Ventura" de la Cámara Nacional de Casación Penal Sala I) *(*)*

Por Francisco Pont Vergés (**) y Federico Brolese

I. Introducción

El reciente fallo "Ventura" de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, resulta por demás interesante en la medida en que aborda con sólidos fundamentos, varios temas cruciales, como el derecho a la intimidad, la criminalidad de la violación de correos electrónicos y vinculado con ellos el principio de legalidad, pero fundamentalmente el problema de la sucesión de leyes.

UNREGISTERED
Created by Unregistered Version

Concretamente nos referimos a la situación en que quedan aquellas conductas que ahora están claramente tipificadas como delito, para el caso, la publicación indebida de un correo electrónico, pero que fueron cometidos con anterioridad a la sanción de la ley 26.338.

El propósito del comentario que nos proponemos encarar aborda dichos puntos y añade la situación del conocido como daño informático, que ha sido el otro tópico polémico con anterioridad a la reforma del Código Penal que antes referimos.

II. La sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal "Ventura"

En breve síntesis los hechos fueron los siguientes: con fecha 4 de marzo de 2004, el conductor televisivo Luis Ventura dio a publicidad en un programa de TV dos correos electrónicos cuyo contenido era evidentemente personal, sin que remitente y destinatario de ambos mensajes lo consintieran. A raíz de ello el nombrado fue condenado en primera instancia (Juzgado en lo Correccional nº 1 de la Capital Federal) a pagar la multa de $ 5000 (pesos cinco mil) y costas, por encontrárselo autor penalmente responsable del delito previsto en el art. 155 del CP.

La defensa de Ventura cuestionó entre otros puntos de la sentencia que se había aplicado erróneamente el art. 155 del CP, en la inteligencia de que se conculcó "...el principio de legalidad toda vez que el correo electrónico no resulta equiparable a correspondencia en los términos que exige la ley y citó en favor de su postura la reciente reforma...".

El tribunal de casación, rechazó el recurso interpuesto y confirmó la sentencia impugnada. Como adelantamos al principio de este comentario, la importancia de esta decisión radica en que aborda cuestiones que vienen siendo ampliamente debatidas en doctrina y jurisprudencia, toma posición en torno al espinoso tema de la sucesión de leyes y lo que no es un detalle menor, emana del máximo tribunal nacional en materia penal.

UNREGISTERED
Created by Unregistered Version

Los argumentos de la decisión giran en torno a la determinación del bien jurídico tutelado en el delito por el cual resultó condenado Ventura.

Concretamente el tribunal sostuvo que lo que se protege es la potestad de comunicarse en condiciones de libertad, lo que supone el derecho a resguardar secretos. En opinión del tribunal se trata de una esfera de intimidad de la persona que implica mantenerse a salvo de injerencias arbitrarias o ilegales del Estado o de terceros, que tiene reconocimiento constitucional (arts. 18 y 19 de l CN y 11.2 de la CADH, 17.1 del PIDCP) y está tutelado penalmente en el art. 155 del CP. Y ello es así por cuanto la ley debe contribuir a asegurar la confianza del emisor y receptor del mensaje. En suma, la protección constitucional se extiende a cualquier ámbito de comunicación por cualquier medio técnico, pues el constituyente no tuvo en mente proteger formatos (como el papel) sino los contenidos, mas allá de sus modos de registración.

A partir de esta afirmación la Cámara de Casación tuvo en cuenta que el contenido de las misivas exhibidas era evidentemente íntimo y, por lo tanto, su publicación conculcó el bien jurídico tutelado en este delito, es decir, esa esfera de reserva de la persona.

UNREGISTERED
Created by Unregistered Version

Sentado lo anterior, los jueces emprendieron un análisis dogmático del art. 155 cuestionado y afirmaron que siempre es necesario interpretar la ley. En este caso, recurrieron a una exégesis orientada por el fin de protección de la norma en la búsqueda de establecer el alcance que debía asignarse a los términos de dicho tipo legal. En esta línea, expuso el voto mayoritario que el lenguaje del texto legal tiene un grado de generalización que resulta admisible, en tanto permita al ciudadano conocer que es lo que tiene prohibido. Señaló que en el uso corriente, términos como correo electrónico, mail, e-mail etc., son formas de correspondencia por lo que sería irrazonable restringirlo al soporte de papel. Para el tribunal entonces, interpretar es fijar el alcance de los términos literales, para lo cual hay que tener presente el cumplimiento del propósito de la ley. Ir más allá, significaría ampliar su contenido a supuestos no contemplados, lo que no sucede en este caso.

En cuanto a la sucesión de leyes afirmaron que frente a la sanción de una nueva ley existen varias posibilidades en relación a la anterior, y por ende la única opción no puede ser considerar que con ella se crean nuevos delitos. Lo que la ley 26.388 trajo aparejado fue una actualización a diversas situaciones delictivas que plantean las nuevas tecnologías, o sea modernizó los tipos en su redacción, sin que ello implicara afirmar que conductas como las traídas a juzgamiento no estaban comprendidas en los textos legales originales.

Coincidimos con la decisión y los fundamentos de la Cámara Nacional de Casación Penal, y nos parece que es la ocasión propicia para ahondar el tratamiento de ciertas cuestiones que han sido “disparadas” por este fallo.

Protección Constitucional de la intimidad y correo electrónico

El bien jurídico tutelado en los arts. 153, 154 y 155 del Código Penal, teniendo en cuenta su redacción antes de la reforma del art. 26.388, era la intimidad y los secretos que se pretenden preservar como parte de ella[i].

La intimidad es una de las facetas de la libertad que encuentra amparo constitucional, fundamentalmente en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, pero también en los art. 11.2 de la CADH y 17.1 del PIDCP.

UNREGISTERED
Created by Unregistered Version

El art. 18 de nuestra Carta Magna es tan explicito que reza en su parte pertinente:

El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados, y una ley determinará en que casos y con que justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación.

El art. 11-2 de la CADH también es elocuente:

nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques a su honra o reputación.

El art. 17-1 del PIDCP se expide en términos similares.

Según dichas normas fundamentales, la intimidad es un ámbito de autonomía, que debe estar exento de injerencias de terceros y del Estado, salvo claro está por razones que así lo justifiquen y que deben estar previstas por la ley. Ese ámbito es fundamental para el desarrolló de la personalidad del hombre, sus pensamientos, su soledad, lo que en definitiva quiere mantener libre de interferencias que entorpezcan ese cometido. Se trata de un derecho personalísimo, es decir que hace a la esencia misma de su persona y por que ende resulta innato, vitalicio, inalienable, imprescriptible, extrapatrimonial, absoluto, privado y autónomo[ii].

Dentro de este postulado de desarrollo libre de la persona libre de interferencias encontramos el derecho a comunicarse entre los individuos[iii] y lo cierto es que, en los hechos, ese derecho a la intimidad sufre en el espacio virtual un constante menoscabo, merced a la cantidad de información que circula en la red que resulta difícil de controlar. Sin embargo, ello no debe llevar a renunciar a la protección de la intimidad en el ciber espacio[iv].

UNREGISTERED

Luego, si como lo afirma Ferreyra, la inviolabilidad de la correspondencia hace al derecho a la intimidad, como subespecie del derecho a la libertad y esta se encuentra protegida constitucionalmente, lo esencial es la libre comunicación entre personas no el soporte en que se encuentra asentada[v].

Created by Unregistered Version

Para llegar a esta conclusión, reconoce el autor que el correo electrónico no halla previsión en alguna cláusula constitucional. Sin embargo, destaca que la CN es tan abierta que hay que asignarle un significado a sus reglas, de una manera dinámica. Es decir, sostiene una interpretación del texto constitucional a la que llama "correctiva" que tenga en cuenta los avances de la tecnología y el surgimiento de nuevos fenómenos. Y en este aspecto concluye que si de preservar la intimidad se trata, no se aprecian diferencias entre el correo postal tradicional y el correo electrónico, por lo que en función de la finalidad que cumplen, ambos medios de comunicarse merecen la misma protección constitucional[vi].

Vale detenerse en las diferencias existentes entre el correo electrónico y el correo tradicional, pues cuando se habla de las seguridades que brinda uno y otro, se pone el énfasis en que el e-mail es menos seguro, por las mayores posibilidades de copiarlo y manipularlo que el correo postal. Sin embargo, no hay que perder de vista que el sobre de papel, tampoco es un método seguro desde lo físico o mejor dicho por su fortaleza para evitar que los terceros no autorizados accedan a su contenido. Lo que sucede es que se trata de un medio "simbólico" o "convencional" que está señalando que el contenido de la misiva -proyección del derecho a la intimidad del hombre- debe ser respetado. Ello demuestra a las claras que tanto su soporte como sus seguridades no dejan de ser cuestiones incidentales, siendo el contenido lo que goza de protección[vii].

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

La jurisprudencia -contrariamente a lo que sucede con los aspectos penales de este medio de comunicación- ha sido unánime en reconocer la protección constitucional del correo electrónico, al establecer que ni los particulares ni el estado (fuera de los procedimientos establecidos) no pueden acceder ilegítimamente a e-mails ajenos y hacerlos valer como prueba en un proceso, pues ello viola el derecho a la intimidad y también al debido proceso[viii].

III. La situación anterior a la sanción de la ley 26388

El primer fallo dado a publicidad y que generó comentarios encontrados fue el dictado por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, sala IV "Lanata", del 4/3/1999. En este se sostuvo la tipicidad de la conducta de quien se apodera indebidamente de correos electrónicos, y en lo que aquí interesa afirmó que:

"Corresponde equiparar -a los fines de la protección de los papeles privados y la correspondencia prevista en los arts. 153 y 155 del Cód. Penal- al correo electrónico, -"e-mail"- cone l correo tradicional, dado que aquél posee características de protección de la privacidad más acentuadas que la inveterada vía postal, en tanto que para su funcionamiento se requiere un prestador del servicio, el nombre del usuario y un código de acceso que impide a terceros extraños la intromisión en los datos que a través del mismo puedan emitirse o archivarse."

Esta decisión fue criticada por la doctrina, entre los que corresponde destacar a Riquert[ix], para quien las diferencias de orden técnico y práctico que existen entre el correo postal tradicional y el e-mail representan obstáculos insalvables, para equipararlos en la faz penal. Al respecto indica que el e-mail es muy fácil de falsificar, que cualquier intermediario o proveedor del servicio puede abrirlo, o mejor dicho, acceder a él, por lo que el correo electrónico es una suerte de "postal abierta". Destaca el autor que la apertura típica del art. 153 del CP, en realidad no es tal, pues cuando se refiere a otro despacho lo hace respecto de la versión escrita en el pliego. Añade además que no hay responsables por las pérdidas de los mensajes enviados por la red. En síntesis, para Riquert incriminar bajo los arts. 153 y 155 del CP, el apoderamiento o apertura de los correos electrónicos, contraviene el principio de legalidad pues implica una analogía contra reo, prohibida en materia penal.

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

En la misma dirección Municoy considera que no pueden equipararse los correos electrónicos a la correspondencia postal, por el distinto funcionamiento de ambos[x]. Luego de describir esas diferencias concluye que el correo electrónico no tiene las mismas características de protección que el correo tradicional debido a la multiplicidad, ubicuidad y dispersión del primero, aunque reconoce que constitucionalmente tiene la misma protección[xi].

De otra opinión y en comentario al fallo en cuestión es Creus, para quien no se trata en este caso de hacer analogía sino de interpretar extensivamente la ley penal[xii]. A criterio del profesor, "Una confusión semejante anula la proyección de futuro de la ley penal, la cristaliza en el momento de la ciencia y de la técnica en el que ha nacido, enerva inútilmente aquellas normas penales que siguen siendo útiles pese a los cambios científicos y técnicos que caben en la amplitud de sus fórmulas, impulsa un continuo cambio legislativo que, antes que llenar el pretendido vacío, perturban la tarea interpretativa"[xiii]. Insiste este autor en que la interpretación de la ley debe acompañar las transformaciones técnicas ampliando el significado de las acciones típicas que originariamente se limitaban a los medios comisivos conocidos.

El fallo "Lanata" fue el primero de una jurisprudencia vacilante. Con posterioridad se sucedieron algunos fallos que tocaron el tema, entre los que corresponde destacar la resolución del Juzgado en lo Correccional nº 1 de la Capital Federal de fecha 11 de

abril de 2007 en autos 68.243, que desestimó la querella presentada por un abogado. En su presentación el letrado denunció que desconocidos habían accedido a su casilla de correo electrónico sin su autorización, mediante algún procedimiento que burló el sistema de seguridad que impide a terceros ingresar a la misma.

UNREGISTERED
Created by Unregistered Version

El valor de este pronunciamiento radica en que se hace cargo de analizar los elementos de los arts. 153 y 155 del CP (e incluso del 157 bis), para concluir que estas figuras son inaplicables a los correos electrónicos. En efecto, comienza afirmando que objeto del delito de apertura de correspondencia solo pueden ser los de soporte en papel, mientras que el correo electrónico es una transmisión de mensajes, archivos o información.

En suma, estas (y otras, como los mayores riesgos que importa el e-mail) diferencias que exceden las similitudes, sumadas a que no pueden ser abiertas materialmente la lleva a descartar la tipicidad dentro de la primera hipótesis del art. 153, de la conducta consistente en acceso del correo electrónico.

Lo mismo aseguró en cuanto al apoderamiento en tanto el mensaje (en el caso en trato) no salió de la esfera de custodia de su creador, para lo cual era necesario la existencia de un soporte físico o papel.

Tampoco podría constituir un caso de desvío o supresión, pero en este caso se atuvo a los términos de la denuncia de la que no se desprendía que el correo electrónico hubiera sido enviado y entonces sí pudieran realizarse las acciones típicas antes referidas. Por ello mismo, dado que no hubo transmisión de datos además de que no podría hablarse de comunicación violada, tampoco se configura el tipo del art. 157 bis del CP, planteado como alternativa por el procurador fiscal, dado que no se trata de una de las bases de datos que con dicha figura se pretende proteger.

UNREGISTERED
Created by Unregistered Version

Descartó el pronunciamiento que concurrieran las agravantes del segundo párrafo del art. 153, al no haberse configurado los tipos bases del primer párrafo.

La sala VII de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional en el fallo “Falik, Flavia Débora” (rta. el 7/4/2008) dejó sin efecto la resolución del juez correccional, que desestimó por inexistencia de delito una denuncia por apertura ilegítima de correo electrónico, argumentando que el e-mail goza de una protección más efectiva que la del correo postal, dado que dispone de un nombre de usuario y una contraseña. Luego, el art. 153 del CP, contiene una enumeración abierta de lo que debe entenderse por correspondencia, por lo que el e-mail, podría entrar dentro de la expresión “o de otra naturaleza”.

Echar mano de este recurso en opinión del tribunal no es hacer analogía, sino recurrir a una interpretación que desentrañe cual es el contenido correcto de los términos de la ley literariamente entendidos y, para ello, es fundamental que el correo electrónico goza de la misma protección constitucional que el correo postal, por lo que a aquel también le alcanza la protección penal.

Principio de legalidad, interpretación de la ley y analogía

Con lo expuesto hasta ahora, se encuentra fuera de discusión que al correo electrónico se le acuerda protección constitucional; no sucede lo mismo con la protección penal, porque -según buena parte de la doctrina- se estaría incurriendo en analogía prohibida, lo que nos obliga a una somera aproximación al principio de legalidad.

El ideario de la ilustración, representado por la máxima de Beccaria, en punto a que los jueces deben aplicar la ley sin interpretarla y que a la postre resulta ser la pretensión máxima del principio de legalidad, ha probado ser inviable.

Dicho principio es uno de los pilares del derecho penal y cumple una función de garantía, dado que impide que las personas sean juzgadas y eventualmente condenadas por conductas que no son declarados delictivos por la ley. El doble efecto del principio de legalidad y de reserva penal, es que resguarda al ciudadano de los atropellos arbitrarios del Estado, y a la vez sirve para que aquel pueda conocer con suficiente claridad que es lo prohibido y que lo permitido de modo tal de orientar su comportamiento. En definitiva el principio de legalidad/reserva delinea el ámbito de libertad de las personas en un sistema jurídico, que para el derecho penal, son aquellas conductas que no se encuentran expresamente prohibidas.

UNREGISTERED
Created by Unregistered Version

El principio de legalidad genera determinadas consecuencias que son necesarias para su concreción, a saber:

La ley penal debe ser escrita, previa, cierta y estricta.

Escrita: la única fuente de derecho penal es la ley emanada del congreso (art. 75 inc. 12 de la CN), pues ella supone una limitación a derechos fundamentales[xiv].

Previa: (art. 18 de la CN), pues de otra manera no podría la persona a que atenerse y motivarse a obrar en consecuencia[xv].

Cierta y estricta[xvi]: esto significa que el juez debe aplicar la ley existente sin incurrir en analogías, y el legislador al crear la ley está obligado a seguir parámetros que aseguren claridad y exhaustividad en las normas de forma tal de reducir al máximo la discrecionalidad de los tribunales. Como señala Bacigalupo el precepto debe contener todos los presupuestos que condicionen la aplicación de la pena, sea que estos se plasmen de manera expresa, sea que surjan de manera tácita, para lo cual la ley debe

brindar criterios para deducir los elementos implícitos[xvii].

A su vez como la función de garantía de la ley es precisamente determinar los límites a la libertad de las personas, se prohíbe la analogía en derecho penal, al menos "in malam partem". Ello "exige pues que más allá de que la ley deba ser formulada en términos claros y precisos, la interpretación de éstos no exceda del "sentido literal posible del texto"[xviii]. Suscribimos a Yacobucci cuando expone que "(e)l segundo nivel para considerar la prohibición de analogía está dado por la literalidad del enunciado. Esto es, que si bien existe una referencia teleológica al bien jurídico protegido, esta no puede ir más allá de lo que permita la extensión -comprensión- del concepto expuesto en la norma penal (fallos 315:1599). La literalidad de la que se habla aquí no es, sin embargo, una cuestión de mera textualidad, sino de comprensión del significado", sobre la base de una perspectiva jurídica y no literaria[xix].

El problema en todo caso radica en que no hay una única forma de entender el texto de la ley, habida cuenta de la generalidad o mejor dicho ambigüedad del lenguaje y de los diversos métodos de interpretación. Éstos suelen confluir en toda aventura interpretativa, lo que sucede es que varía la preeminencia que se le da a unos sobre otros, ello siempre orientado por la finalidad y representación que de la justicia posea el ordenamiento jurídico[xx].

Así pues, las limitaciones de toda norma jurídica se dan por el factor lenguaje, que en sí mismo varía en su significado y contenidos por múltiples factores (énfasis, sinonimias, sentidos figurados, etc.) y por la imposibilidad de hacer descripciones exhaustivas, so riesgo de caer en casuísticas que vuelvan inútil a la ley, dado que la riqueza de los acontecer de la vida real supera con creces cualquier intento de cristalización normativa pormenorizada. La ley solo capta aspectos esenciales de las conductas y por ello mismo generaliza[xxi].

UNREGISTERED
Created by Unregistered Version
UNREGISTERED
Created by Unregistered Version
UNREGISTERED
Created by Unregistered Version

No solo ello, como bien señala Baldó, las normas en general, y en especial las penales se componen de elementos normativos, descriptivos, cláusulas generales cuyos significados deben precisarse en cada caso teniendo en cuenta distintos parámetros como otras leyes, la naturaleza de las cosas, las consecuencias de su aplicación, la seguridad jurídica y en última instancia los intereses en juego. Aún los elementos descriptivos, en los que en teoría la abstracción debería ser menor que en los normativos (y por ende deberían exigir un menor esfuerzo interpretativo), conllevan problemas hermenéuticos importantes, pues en sí mismos aparecen como insuficientes para abarcar la variedad de situaciones en el mundo real. Se suma a ello, que aún en materia represiva, el derecho se forma no solamente con la ley sino también con estructuras extralegales como la dogmática, que termina orientando la interpretación de la ley escrita. Y ello es así porque sistemas lógicos como los de la teoría del delito, terminan brindando en muchos casos una mayor seguridad jurídica que las leyes mismas [xxii].

Por otra parte, la ambigüedad en el derecho puede ser vista tanto como una limitación a la previsibilidad del derecho (aspecto negativo), o como una ventaja en términos de la flexibilidad del derecho, que permite su adecuación a los cambios evolutivos de la sociedad y a los cambios de las representaciones ético sociales dominantes[xxiii]. Suscribimos a Baldo cuando afirma que "*...el margen del significado que el propio legislador otorga a la ley, proporciona y a su vez legitima al juez para adecuar la norma a las necesidad de justicia del caso y a actualizarla a la realidad social*"[xxiv].

De este modo, consideramos que la interpretación de la ley penal no puede limitarse a un mero ejercicio de subsunción, sino que en ella existe una suerte de labor creadora, que este autor denomina "**Desarrollo continuador del derecho**" y que "*...consiste en precisar complementar y corregir el derecho en los puntos en los que el arsenal hermenéutico deja abierta la elección entre múltiples alternativas interpretativas...*" "*A consecuencia de lo cual se puede afirmar que la interpretación de la ley en sentido estricto -hasta el límite del sentido literal posible- y el desarrollo continuador del Derechos -a través de la integración de lagunas conforme a la ley- son dos niveles de un mismo proceso*"[xxv].

Estas lagunas a las que se refiere Baldó, son aquellas "esperables" en el plan del legislador. Es decir, partiendo de la base que la imprevisión no se supone en quien crea las leyes, lo incompleto o indeterminado de las leyes puede ser continuado por el intérprete cuando de esta manera complete lo que "el propio derecho esperaba de sí mismo", según el plan legislativo y no devenga en una creación de derecho contra legem[xxvi]. Es decir subyace en esta explicación que ensaya Baldó la concepción afirmada por buena parte de los autores contemporáneos y por la jurisprudencia, concretamente de nuestra Corte Suprema, que toda hermenéutica en materia penal se orienta, en principio teleológicamente[xxvii].

Punición de la violación de correspondencia digital y sus sucedáneos antes de la reforma: nuestra opinión

A nuestro entender con la redacción original de los arts. 153 y 155 del CP no quedaban impunes los casos de violación de los correos electrónicos. Por el contrario, los argumentos expuestos de que se estaría incurriendo en analogía prohibida si se pretendiera extender la protección penal a los e-mail no convencen.

Primero y principal, nadie niega que el bien jurídico tutelado es el mismo en ambos casos: la intimidad y su derivado el derecho al secreto en las comunicaciones.

Está claramente delimitado entonces el fin de protección de la norma, que en el caso son las comunicaciones escritas o incluso expresiones que no consistan en la mera transmisión de audio y/o video en tiempo real. Se trata de la expresión de una idea, un contenido, plasmado en un soporte, sobre el cual pueden disponer remitente como destinatario.

Ahora bien, como hemos afirmado en el punto anterior, el sentido de protección de la norma es lo que condicionará los alcances y límites de la interpretación de los términos legales. Y en este sentido el objeto de las acciones de abrir como de apoderarse (verbos típico empleados en el art. 153 del CP) es sumamente amplio en razón de que la figura hace una descripción enumerativa, de modo que no descarta otras distintas de las expresamente contempladas a título de ejemplo. Así se infiere de la frase "carta pliego cerrado, o un despacho telegráfico, telefónico **o de otra naturaleza."** Esta última, si tenemos en cuenta que el bien jurídico tutelado es el secreto de las comunicaciones escritas, necesariamente debe abarcar al correo electrónico cuyo contenido suele ser escrito (aunque podrían admitirse archivos de imagen, audio o multimedia), pues no está en juego el soporte en que se plasman, sino la comunicación en sí misma. Como se ve, el sentido literal del texto no resulta violentado.

UNREGISTERED
Created by Unregistered Version

Tampoco son dirimentes las diferencias en punto a la seguridad de ambos medios, pues de lo que se trata acá es de una expectativa razonable de privacidad y ella surge evidente por el lado del correo electrónico, pues para acceder a las "casillas de mensajes" tanto emisor como receptor deben contar con un nombre de usuario y contraseña, cuya violación en la práctica puede resultar más costosa en términos de esfuerzos que el mero "romper el sobre". Recuérdese que se acepta que se trata de protecciones simbólicas.

Otro tanto sucede con el elemento "**otro papel privado**", como objeto del delito de apoderamiento indebido. Resulta chocante que a los fines de la protección constitucional, se interprete que papel privado es todo pensamiento u obra plasmada por escrito sin importar su soporte o formato y, a los fines de la ley penal, que utiliza el mismo lenguaje se lo quiera limitar a la "fibra de papel". En definitiva, esta locución no se limita al soporte de papel, sino a la idea o expresión de pensamiento asentada en un medio que lo haga "recuperable" o legible en cualquier momento.

UNREGISTERED
Created by Unregistered Version

Por último, la palabra **correspondencia** que se utiliza en la parte final del primer párrafo del art. 153, se está remitiendo a las piezas mencionadas con anterioridad en el mismo párrafo. Ello es así porque el artículo a pesar de describir cuatro conductas distintas debe guardar una congruencia. Por ello nada indica que la correspondencia deba limitarse a la postal, sino que en todo caso se está refiriendo a la expresión escrita que una persona dirige a otra, con independencia de quien la lleva (una empresa de correo o una interconexión de servidores y proveedores de servicios de Internet) y como la lleva (manualmente o por transmisión electrónica).

Las consideraciones hechas hasta aquí son extensibles al segundo párrafo del art. 153 y al tipo penal de publicación indebida de correspondencia del art. 155 del CP. El primero porque es un agravante de las figuras del párrafo anterior, por lo que el objeto del delito deberá ser el mismo para unos y otros. En el caso del art. 155 del CP, el concepto de correspondencia que hemos ensayado para las acciones típicas del art. 153 primer párrafo in fine, le son plenamente aplicables, pues el objeto del delito no puede variar si se utiliza el mismo término en el mismo capítulo y, además, está claro que se trata de conductas relacionadas.

En punto a las conductas o verbos típicos contemplados en el art. 153 original Creus niega que se pueda abrir la correspondencia electrónica, pues "(s)i intentásemos considerar como objeto del delito previsto por la primera de las figuras previstas en el art. 153 CP al e-mail, entonces sí haríamos analogía: sus textos pueden ser leídos en la pantalla tal como le han sido remitidos al destinatario. Nada se "abre", pues nada está "cerrado"[xxviii].

Sin embargo, partiendo de la textura abierta del lenguaje y del fin del principio de legalidad que es entre otros, que el ciudadano conozca los límites de su libertad, corresponde decir que a nadie sorprende la ley si habla de apertura de correo electrónico, dado que en el lenguaje vulgar esa es la forma de referirse a la acción de acceder a los mensajes guardados en la casilla de correo ya sea que se trate de un web-mail o de un POP 3, previo sortear la cubierta no absolutamente eficaz, pero sí simbólica que es la dupla usuario-contraseña. Es evidente que la irrupción de la informática en nuestras vidas ha llevado a denominar gran parte de sus manifestaciones por la similitud que guardan con los hechos y funciones de la vida real ("**abrir** el correo electrónico", "o **navegar** por Internet", "**bajar** archivos", etc.) Pero a todo evento, es correcto apuntar que el término **abrir** para el diccionario de la real academia ostenta entre otros significados: "dejar al descubierto una cosa" (significado 5º) o "vencer...cualquier obstáculo que cierre la entrada o la salida de algún lugar..." (significado 13º)[xxix]. De este modo la acción de acceder a un correo electrónico no supera el sentido literal del término "**abrir**", y se ajusta a los cánones jurídicos del principio de legalidad.

UNREGISTERED
Created by Unregistered Version

Donde Creus no abriga dudas, aunque es el punto más criticado por la doctrina como muestra de las diferencias entre el correo electrónico y el tradicional, es en la acción de **apoderarse**.

El primero afirma que "....en el caso del e-mail se necesita algo más que la visualización indebida del texto para quedar comprendido en el tipo de la 2ª cláusula del art. 153 CP, pero también en ese caso la apropiación en sentido material (no virtual) es posible: la perpetra quien transporta a la memoria de la computadora, propia o de tercero, o confía a un diskete el texto del e-mail.

Por parte de quienes se paran en la vereda de enfrente, la "multiplicidad" del correo electrónico, es decir la cantidad de copias que va dejando a lo largo de su recorrido, no solo lo vuelven inseguro, sino que lleva a descartar de plano un "apoderamiento"[xxx]. Sin embargo, es posible tomar para sí y privar de su uso inmediato al "dueño" del e-mail, más allá de que pueda recurrir a buscarlo en algún otro sitio donde pudo haber quedado almacenado. Por ello mismo quien copia un correo electrónico sin estar autorizado para ello, se está haciendo no solo del contenido sino también del formato, que luego puede (o no) reproducir (en pantalla o imprimiéndolo), lo cual también equivale a un apoderamiento, pues entra en la esfera de custodia

del agente como un todo = contenido + forma.

Respecto de las acciones de suprimir un correo electrónico o desviarlo, ello no presenta dificultades interpretativas, pues describen de una manera clara y unívoca una acción que se puede ejercer sobre un mensaje digital. Se desvía el correo cuando se impide que llegue a su destino y se suprime cuando se lo borra de la memoria de la computadora del usuario (o aún antes de llegar a la misma), sin posibilidad de recuperarlo[xxxi].

UNREGISTERED
Created by Unregistered Version

Excursus: el delito de daño informático antes de la reforma

También las conductas constitutivas de lo que se conoce como daño informático han sido objeto de regulación en la reforma de mentas, lo cual nos lleva al mismo cuestionamiento que venimos efectuando en torno a los delitos contra la intimidad: ¿qué sucedería con los hechos anteriores?

Estimamos que las acciones que en forma expresa se describieron en la ley modificatoria, podían ser consideradas como previstas (y por ende punibles) en la antigua redacción del art. 183, a través de una interpretación extensiva de tal artículo, sin que ello implique una analogía violatoria del principio de legalidad.

El art. 183 del CP rezaba: *"Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo dañare una cosa mueble o inmueble o un animal, total o parcialmente ajeno, siempre que el hecho no constituya otro delito más severamente penado."*

UNREGISTERED
Created by Unregistered Version

Y se le aditó el siguiente párrafo: *"En la misma pena incurrirá el que alterare, destruyere o inutilizare datos, documentos, programas o sistemas informáticos; o vendiere, distribuyere, hiciere circular o introdujere en un sistema informático, cualquier programa destinado a causar daños."*

En lo que respecta a los elementos del tipo, la doctrina clásica sostiene que, en este delito, el daño a la propiedad debe ser *"un fin en sí mismo"* [xxxii], puesto que de otro modo, sería una calificante de otro ilícito. En tal sentido, se requiere que tal daño no sea cometido con medios por los cuales degenere en delitos más graves. Según Carrara, el daño, *"debe ser destrucción o degradación de la propiedad real"*[xxxiii]. Fontán Balestra considera que se requiere a) el dolo constituido por la conciencia de la ilicitud de la acción que recae sobre cosa ajena y b) la voluntad de causar un daño[xxxiv].

Donna afirma que puede llamarse al delito como *"damnum injuria datum"*, toda vez que, *"psicológicamente es cierto que un daño inferido sobre la base de esa nuda voluntad de hacer lo que se sabe dañoso no necesita otros propósitos, que resultarían superabundantes, para constituir delito"*[xxxv].
No obstante, las disquisiciones doctrinarias respecto de la configuración típica de la figura frente al dolo eventual o indirecto, consideramos que la redacción de la figura es clara al respecto, tal como lo afirma Donna.

Una vez delimitado la noción clásica del delito de daño, pasaremos a analizar lo que se ha denominado daño informático, que no debe confundirse con los delitos clásicos cometidos por medios informáticos (las tan comunes estafas por medio de Internet, calumnias o injurias por publicaciones en sitios web, entre otros).

Se ha definido al daño informático o sabotaje informático como al *acto de borrar, suprimir o modificar sin autorización funciones o datos de computadora (o sistema informático) con intención de obstaculizar el funcionamiento normal del sistema[xxxvi]*. El ejemplo típico del daño informático es el ataque por intermedio de virus o por intermedio de "spam".

Ahora bien, con anterioridad a la reforma mencionada, existían dos posturas jurisprudenciales encontradas.

UNREGISTERED
Created by Unregistered Version

La primera de ellas, consideraba que las acciones dañosas ejercidas sobre un programa de computación o datos informáticos no podían ser consideradas aprehendidas típicamente por el art. 183, mientras que la segunda postura estimaba que tales conductas eran típicas y por lo tanto punibles.

En lo que respecta a quienes adherían a la primera postura, consideraron que el artículo 183 en su anterior redacción no contemplaba el daño informático, dado que el tipo penal se refería a *"objetos materiales susceptibles de valor"*. Se afirmaba que se trata de obras del intelecto humano y no de cosas, por lo tanto no serían susceptibles de ser dañadas.

En ese entendimiento, es cierto que con anterioridad a la reforma, el Código Penal -dictado varios decenios antes del surgimiento de estas nuevas tecnologías- no preveía expresamente a los delitos informáticos. Frente a ello, varios jueces penales declararon atípicas determinadas acciones lesivas de diversos bienes jurídicos tutelados[xxxvii].

Por otra parte, la segunda postura estimaba que frente a estos daños informáticos, correspondía interpretar que esas acciones delictivas (a saber, la acción típica de dañar) estaba dirigida hacia el sistema informático en su totalidad, como conjunto *"soporte físico software"* y no sólo a este último. Fue expuesta por la Sala Segunda de la Cámara Nacional Criminal, en el fallo "Marchione, Gabriel" [xxxviii] con fecha 15/11/2005.

Consideramos acertado, y compartimos las aseveraciones de este tribunal, en punto a que tanto el software como el hardware,

conforman una unidad compleja *"tangible lógica"*. Existe entre ellos una necesidad mutua; ambos se requieren el uno al otro para que el sistema opere, vale decir, para que permita cumplir con la función predeterminada y esperada por el usuario. Al respecto se afirmó que *"el programa o software es inescindible del soporte físico que lo contiene, de hecho éste constituye una condición necesaria de su existencia, toda vez que no puede concebirse en la realidad a ese `conjunto de órdenes` sin su basamento tangible, de la misma forma que no sería realista pensar en una firma separada del sostén material, papel, donde se manifiesta su impronta"* [xxxix].

UNREGISTERED
Created by Unregistered Version

En tal contexto, no puede negarse que, de destruirse el hardware, correría la misma suerte su parte lógica o intangible, pereciendo ésta última inevitablemente con su soporte. Por otra parte, concordamos con la apreciación final del fallo: tal interdependencia fáctica posee consecuencias jurídicas: *"impide que el primero se erija por sí mismo en blanco exclusivo de la acción delictiva* (se refiere al software)*, aisladamente, por cuanto resulta difícil imaginar la posibilidad real de que se le cause un daño sin que en la lesión se vea involucrado el segundo" (se refiere al hardware).*

Creus[xl] sostiene –con un marcado criterio de utilidad– que la acción típica del delito de daño, consiste en todo ataque a la materialidad, utilidad y disponibilidad de las cosas que elimine o disminuya su valor de uso o de cambio. Consecuentemente, se ataca su utilidad cuando se elimina su aptitud para los fines a los que estaban destinadas las cosas. En este caso, se atacaría (en términos del art. 183 se *"dañaría"*) la utilidad que se pretende del sistema informático en su totalidad, como también su valor de uso, su cualidad de útil.

UNREGISTERED
Created by Unregistered Version

En el caso del delito de daños con anterioridad a la reforma, la cuestión central para la configuración de la conducta como típica, recaía en determinar si la energía susceptible de apropiación, podía ser considerada *"cosa"* como se hacía mención en el tipo penal del art. 183 (recuérdese la frase "*…dañare una cosa mueble, o inmueble…"* del viejo artículo).

Para comprender el alcance que se le da en nuestro ordenamiento jurídico al vocablo cosa, nos debemos remitir al art. 2311 del Código Civil, que textualmente define a las cosas como *"... los objetos materiales susceptibles de tener valor. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación".*

Teniendo en consideración la naturaleza mixta explicada (se menciona como una comunidad funcionalmente inseparable), puede concluirse que se encuentran satisfechos los requisitos de cosa en el sentido del art. 2311 del Código Civil, al estar compuesto tanto de una parte intangible como de una parte material, esto es, el soporte físico.

Como ya quedó explicado anteriormente, debe considerarse a esa *"comunidad funcionalmente inseparable"* que conforman el software y el hardware como cosa, más aún, tratándose de obra intelectual que debe ser considerada como la cosa principal, siendo un accesorio la materia en la cual ésta se halle fijada, conforme lo normado por el art 2335 del Código Civil[xli].

En suma, el actuar dañoso (tanto de los virus informáticos como del "spam") deja secuelas de características lógicas que se pueden apreciar en el comportamiento antifuncional o disfuncional del sistema informático en su conjunto. Pues como sostiene Cosentino, aún la alteración de un documento (digital) original implica un ataque que altera su utilidad y funcionalidad, inutilizándolo para los fines con que fue creado[xlii].

Por los motivos dados, coincidimos con Agüero Iturbe [xliii], que el nacimiento de nuevas tecnologías no implica la necesidad de normativización. Existen situaciones –y en el caso del daño informático encontramos una de ellas– que son punibles sin necesidad de reformar el Código Penal.

<u>El problema de la sucesión de leyes</u>

UNREGISTERED
Created by Unregistered Version

Arribamos finalmente al punto medular del problema, pues si nos esforzamos en fundamentar que con la redacción original del Código Penal, ciertas conductas de violación de secretos, correspondencia y daños en el mundo virtual eran punibles, fue por algún buen motivo, en la medida en que en la actualidad con la sanción de la ley 26.388, no hay dudas de que están abarcadas en el articulado de dicho plexo normativo.

Ese buen motivo es que la reforma en cuestión no ha variado la situación existente en torno a los correos electrónicos y el daño informático y, por ende, no debe ser aquella interpretada en el sentido de que vino a corroborar que con anterioridad dichas conductas eran impunes.
La determinación sobre cuando se está en presencia de una ley penal más benigna y la sucesión de leyes debe hacerse caso por caso, cotejando las normas que se reemplazan, con relación al caso particular. Las variantes son infinitas[xliv].

Está claro, pues, que la existencia de una nueva ley no presupone tomar partido por una interpretación que conduzca a afirmar que si una conducta es punible ahora, antes no lo era.

El ejemplo reciente de reforma que se puede citar en este sentido es el de la portación de arma de guerra, figura introducida por la ley 25.886 (art. 189 bis inc. 2º párrafo 4º del CP). Con anterioridad a la sanción de dicha ley, el Código Penal contemplaba únicamente la tenencia de arma de guerra (art. 189 bis cuarto párrafo en su redacción por la ley 25.086). La nueva figura no significó afirmar que como con anterioridad no existía la acción de portar un arma de guerra, los hechos de portación anterior a su sanción debían queda impunes, pues la tenencia era una figura lo suficientemente amplia como para abarcar los casos de

portación. Ésta supone la primera. Los términos en su sentido literario difieren pero media entre ellos una relación de género a especie. Y así lo ha reconocido la jurisprudencia[xlv].

En el caso, la solución que propugnamos es coherente con la exposición que venimos haciendo. Si consideramos que con la legislación vigente hasta la reforma se podía castigar penalmente a quienes violaran correspondencia digital y a quienes causaran daños "digitales", luego cabe concluir que aquella tiene una función modernizadora y que trae como ventaja dar claridad a los textos legales, de manera de terminar con las dudas. De allí que compartimos la solución de la Cámara Nacional de Casación Penal, y hacemos votos para que esta línea sea seguida por los demás tribunales del país.

UNREGISTERED
Created by Unregistered Version
UNREGISTERED
Created by Unregistered Version
UNREGISTERED
Created by Unregistered Version

(*) "Ventura, Luis s/ recurso de casación" - CNCP - Sala I - 07/11/2008 (elDial - AA4FA9)
(**) Abogado (U.C.A.). Juez en lo Criminal de la Provincia de Buenos Aires.
Carrera de Especialización en Derecho de la Alta Tecnología de la U.C.A.
[i] Municoy, Mariano "Internet y el art. 18 de la Constitución Nacional", publicado en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Anño VI, número 10-A, año 2000, pag. 127. Creus considera que en ese capítulo se protege "... la manifestación de la libertad individual, prohibiendo la intromisión de terceros en la intimidad del sujeto pasivo o la comuniación de sus secretos a otros por parte de quienes, teniendo derecho a conocerlos o habiéndolos conocido sin intromisiones ilícitas carecen del derecho a comunicarlos..." (Derecho Penal, parte especial, t. I, edit. Astrea, pag. 372)
[ii] Moeremans, Daniel y Casas, Manuel Gonzalo "Protección del E-mail, como extensión del derecho a la intimidad", publicado en La Ley, diario del 21 de agosto de 2007, pag. 1. En el mismo sentido Riquert "Protección penal.." citado, pags. 39-41. Municoy, op. cit. pag. 127.
[iii] Municoy afirma que en su momento ello llevó a que el legislado sancionara penalmente la violación de correspondencia, op. cit., pag. 127.
[iv] Barrera, Maria Elena y Montague Okai, Jason "Correspondencia digital, recreando la privacidad en el cyber-espacio", publicado en la revista on-line Alfa Redi, nº 15 de octubre de 1999.
[v] Ferreyra, Raul G. "Tienes un correo electrónico para comunicarte" Observaciones entorno a la equiparación, en el ámbito del ordenamiento constitucional, de la correspondencia enviada por correo electrónico (e-mail)", publicado en Lexis Nexis 0003/010381 o JA 2004-I-1188l
[vi] Ferreyra, op. cit. pags. 8-9. A similar conclusión arriban Moeremans y Casas, para quienes más allá de la protección constitucional del e-mail fundado en el derecho a la intimidad consagrado en el art. 19 de la CN, sostienen que también encuentra amparo en el art. 17 de la carta magna, por ser parte del derecho de propiedad y por el art. 18 CN por que se trata de correspondencia, op. cit. pag. 4.
[vii] cfr. Barrera-Montague Okai, op. cit. y Ferreyra, op. cit. pag. 5.
[viii] CNCC Sala IV "Redruello Fabian L y otros s/estafa" rta. el 15/11/2004; CNCC Sala I, Grimberg, Alfredo s/sobreseimiento" del 11/2/2003; CNCCF Sala II, "Ilic, Dragoslav s/medios de prueba" rta. el 5/6/2007, entre otros.
[ix] Riquert, Marcelo A., "Nuevas tecnologías, ataques a la privacidad y sus repercusiones penales", publicado en el suplemento de derecho constitucional de La Ley del 8/9/1999, pags. 10 a 14. Del mismo autor, la obra "Protección Penal de la intimidad en el espacio virtual", Ediar, 2003, pags. 100 y sigs.. Coinciden con sus conclusiones Matías Salimbeni "¿Por qué hoy la violación de una casilla de mail no es un delito si es similar a la correspondencia epistolar?"publicado en Eldial.com documento DCBB6. También Ferreyra, op. cit. pags. 11-12.
[x] Municoy, op. cit. pag. 154.
[xi] Municoy, op. cit. pag. 157. Destaco además el siguiente pasaje de la obra en trato: "...el derecho a la intimidad portege personas, no lugares."... "Es por ello que si se tienen en cuenta los principios constitucionales tratados en la primera parte de este trabajo, debe concluirse que la información que circula en internet queda amparada por la garantía del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, por lo que se le aplican los mismo principios que a las comunicaciones epistolares y telefónica en cuanto a su inviolabilidad salvo cuando pro causas justificadas y establecidas por ley ello esté expresa y legítimamente permitido a los jueces.", pag. 152.
[xii] Creus, Carlos, "El miedo a la analogía y la creación de 'vacíos' de punibilidad en la legislación penal (intercepción de comunicaciones telefónicas y apropiaciones de 'e-mail'", publicado en JA-1999-869, Lexis Nexis 0003/007358.
[xiii] op. cit. pag. 2.
[xiv] Bacigalupo, Enrique "Derecho Penal parte General", 2ª edición Hammurabi, 1999, pags. 133-134.
[xv] Bacigalupo, Enrique "Derecho Penal parte General", 2ª edición Hammurabi, 1999, pags. 134-135. La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que el principio de legalidad se funda en el principio de seguridad jurídica, en virtud del cual el ciudadano debe saber cuales son los límites a su libertad de actuar y motivarse enconsecuencia, por lo que no podría aplicarse retroactivamente una ley posterior al hecho más gravosa: casos "Baena y otros v. Panama" del 2/2/2001; "Lori Berenson Mejía v. Perú" del 25/11/2004 y "Canese v. Paraguay" del 31/8/2004, entre otros.
[xvi] Nos permitimos esta simplificación porque ambas consecuencia parece constituir las dos caras de una misma moneda. Ambas parten de la base de que la descripción de la conducta prohibida debe ser lo más exacta y exhaustiva posible y como consecuencia de ello el intérprete debe evitar caer en analogías, por la inercia misma de este principio (lex stricta).
[xvii] Bacigalupo, Enrique "Derecho Penal parte General", 2ª edición Hammurabi, 1999, pags. 126 a 128. También la Corte IDH ha reconocido este principio predicable del de legalidad al decir que en materia penal, los tipos deben estar adecuadamente

redactados, o sea, de la manera más clara y precisa posible, evitando ambigüedades, de modo de permitir al ciudadano distinguir entre conductas punibles y no punibles y además para evitar el arbitrio de la autoridad. Casos: “De La cruz Flores”, “Lori Berenson”, Canese, Contoral Benavidez, Castillo Petruzzi.

[xviii] Bacigalupo, op. cit. pag. 128-132; Mir Puig, “Derecho Penal, parte General”, edit. PPU, pags. 86-87. Baldó, Francisco “La construcción de la teoría del delito y el desarrollo continuador del derecho”. Publicado en el blogspot del autor. Se puede consultar también en http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/anjuris/cont/248/pr/pr6.pdf.

[xix] Yacobucci, Guillermo, “El sentido de los principios penales” edit. Abaco, pag. 444.

[xx] Baldó, op. cit. pag. 8. La Corte Suprema de la Nación, en el fallo “Legumbres” (319:1920) ha sentado que el bien jurídico o fin de protección de la norma es esencial para la interpretación de la ley y que se incurre en analogía cuando se extiende la protección de un tipo penal a un bien jurídico diverso del que el legislador quiso resguardar (fallos 306:1433).

[xxi] Baldó, op. cit., pag. 4

[xxii] Baldó op. cit. pag. 4

[xxiii] Baldó, op. cit. pag. 9. En igual sentido Creus, op. cit., pag. 4, quien expone que “...salvo en los casos de conceptualizaciones terminantemente limitativas de su sentido, acompañar las transformaciones técnicas ampliando para comprenderlas el significado de las acciones típicas respecto del que poseían en tiempos pretéritos dela evolución técnica no es hacer analogía sino interpretar.

[xxiv] Baldó, op. cit. pag. 9. Yacobucci, destaca que “...en materia de interpretación constitucional la Corte argentina se ha volcado por la adopción de una directriz dinámica e integradora delas diversas clausulas constitucionales... Se trata de una regla de interpretación de principios constitucionales y de orden legal ordinario, que se asientan en el art. 18 y por ende encuentra su límite en la prohibición de analogía, si bien exige un análisis dinámico de la realidad social (op. cit. pags. 442-443).

[xxv] Baldó, op. cit. pag. 3.

[xxvi] Baldó, op. cit. pags. 9-10

[xxvii] CSJN fallos 312:1920, 316:1223 y 318:207, citados por Yacobucci, op. cit. pags. 443 y 444.

[xxviii] Creus, op. cit. pag. 3, es evidente que se refiere a una acción física.

[xxix] Diccionario RAE. vigésima primera edición.

[xxx] Municoy, op. cit. pag. 156; Barrera-Montague Okai op. cit.

[xxxi] Acción que de todas maneras es discutible, pues aún mandando a la papelera de reciclaje el mensaje, está en condiciones de ser recuperado, incluso hay programas que recuperan los archivos digitales aún después de vaciada la papelera de reciclaje.

[xxxii] CARRARA, Francesco, "Programa del curso dé Derecho Criminal, Parte Especial", vol. IV, Buenos Aires, Ed. Depalma

[xxxiii] CARRARA, Francesco, ob. Cit.

[xxxiv] FONTAN BALESTRA, Carlos, "Tratado de Derecho Penal", t. VI, p. 231.

[xxxv] El dolo en el delito de daño.Autor: Donna, Edgardo A.Publicado en: LA LEY 1979-B, 837

[xxxvi] LEVENE (n), Ricardo y CHIARAVALLOTI, Alicia, "Delitos Informáticos" (primera parte), La Ley, 1998-E, 1234.

[xxxvii] Caso Pinamonti, Sala 6º CNCyCorr. Cap. Fed. 30-4-93; Caso Gornstein (Gornstein, Marcelo H. y otros, uzgado Nacional de 1a Instancia en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 12, 20/03/2002, entre otros

[xxxviii] C. Nac. Crim. y Corr. Fed., sala 2ª, 15/11/2005 Caso "Marchione, Gabriel".

[xxxix] Caso "Marchione, Gabriel". Considerando IV

[xl] Creus, Carlos, "Derecho Penal. Parte especial", t. I, 1990, Ed. Astrea, ps. 600-601

[xli] Art.2335 Código Civil. *“Las pinturas, esculturas, escritos e impresos serán siempre reputados como principales, cuando el arte tenga mayor valor e importancia que la materia en que se ha ejercido, y como accesorios la tabla, lienzo, papel, pergamino o piedra a que se hallasen adheridos”.*

[xlii] Cosentino, Guillermo Rafael, “Concepto que debe acompañar al tiempo”, publicado en Eldial.com, edición del 21/5/2002.

[xliii] Luis Agüero Iturbe. “Posible consecuencia penal del envío masivo y dirigido de correo electrónico y virus informático”.

[xliv] Fierro, Guillermo, en “Código Penal y normas complementarias. analisis doctrinario y jurisprudencial”, Dirigido por David Baigún y Eugeni Zaffaroni T. 1 pag. 63.

[xlv] La Suprema Corte de Justicia Bonaerense da una muestra de como debe apreciarse la sucesión de leyes caso por caso, pues en la emergencia se demandaba una aplicación retroactiva del art. 189 bis inc. 2º párrafo 2º del CP -tenencia de arma de guerra cuya pena mínima se redujo a los dos años-, cuando el hecho bajo la nueva ley encuadraba en el tipo de la portación cuya penalidad mínima supera los tres años, afirmando que “(e)n relación con el delito de tenencia ilegal de arma de guerra por el que el imputado viene condenado -art. 189 bis 3er. párr. del Código Penal (según ley 20.642, vigente al momento del hecho)- a tenor de la materialidad ilícita que llega firme, por la que se le atribuye que al momento de la detención se le secuestra "un revólver calibre 38 largo, cargado con seis proyectiles, y cargador de pistola Colt y municiones", el nuevo texto legal (ley 25.886 -B.O., 5-V-2004-) no comporta mayor benignidad (art. 189 bis, inc. 2°, ap. segundo). Ello pues, a la luz del nuevo régimen, la tenencia del caso de autos podría configurar una portación, habiéndose demostrado la idoneidad del arma. (P 91942 S 5-3-2008) Por su parte, el Tribunal de Casación Bonaerense en fallos 11.746 del 17/3/05 (Sala I) 15.694 del 7/3/06 y 17330 del 26/10/06 (Sala II), entre otros se afirma que la portación supone la llevar (tener) en la vía pública una arma de fuego en condiciones inmediatas de uso. Como se ve, no hay soluciones unívocas.

Citar: elDial - DC103D

UNREGISTERED
Created by Unregistered Version
UNREGISTERED
Created by Unregistered Version
UNREGISTERED
Created by Unregistered Version

Dr. Alberto O. Belén.-
Secretario General.-

Dr. Adrián Rubén Lamacchia.-
Presidente.-