

Los delitos informáticos y la expansión del derecho penal en las “sociedades de riesgo”, con especial enfoque en la pornografía infantil e internet

Por Álvaro E. Crespo

Sumario: Introito.— 1. Problemas actuales: el derecho penal de las sociedades de riesgo, la expansión del derecho penal y el derecho penal del enemigo.— 2. De la criminalidad informática en general.— 3. La reforma al código penal por ley 26.388.— 4. Pornografía infantil e internet.— Conclusiones.— Bibliografía.— Anexo (texto de la ley 26.388).

Introito

El presente trabajo se realiza en el marco de la adscripción del autor en la cátedra B de la materia Derecho Penal II, a cargo del Prof. Luis María BONETTO, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. Sus alcances, a pesar de lo pretencioso del título, son obviamente limitados: podría describirse como un trabajo sobre trabajos, acaso una recopilación comentada de distintas obras de autores que analizan el problema de la expansión del derecho penal en las llamadas “sociedades de riesgo”, los delitos informáticos y, más específicamente, la pornografía infantil a través de internet. Debido a lo dificultoso que resultó acceder a las fuentes de primera mano, en gran parte de autores españoles y alemanes (aun traducidas, en el segundo caso), se efectúan aquí algunas citas doctrinarias de segunda mano, siempre con la debida aclaración en nota

a pie de página; de esta manera, hemos intentado brindar —para el lector interesado e inquieto— los instrumentos básicos para iniciar un estudio más profundo sobre estas cuestiones.

El objetivo, como se deduce de lo expuesto, no será la descripción de cada una de las figuras previstas por la reciente ley 26.388 de delitos informáticos, sino —previa enunciación somera de las reformas— determinar la relación existente entre la regulación legal de tales delitos y los principios constitucionales que rigen en material penal (a fin de verificar si existen alguna violación de éstos por aquélla), y, en general, la relación entre las nuevas tecnologías y el denominado “derecho penal de la sociedad de riesgo”, el titulado “derecho penal del enemigo” y la llamada “expansión” de la criminalización o inflación penal. Específicamente, tras la exposición de las cuestiones relacionadas con la criminalidad informática en general, se centrará el análisis en la difusión de pornografía infantil a través de *internet*, fenómeno que evidencia a las claras la manera en que los avances tecnológicos facilitan y potencian las perversiones en detrimento de la natural tendencia humana a las virtudes y al bien. Botón de muestra, al fin y al cabo, de los riesgos que implican los avasallantes progresos científicos de las últimas décadas y los cambios sociales que ellos implican, peligros que deben ser enfrentados por el derecho penal con una modalidad que necesariamente implique una consolidación —nunca un debilitamiento— del sistema garantista ¹. Siempre teniendo presente —a no equivocarse— que el derecho penal debe punir no lo moralmente errado, sino la lesión a un *bien jurídico*, y que esa lesión debe ser actual, real, existente, y no potencial ². El meollo de la cuestión radica, pues, en el enfrentamiento y tirantez entre un derecho penal liberal y un derecho penal autoritario; éste, a su vez, reflejado actualmente en la extrema concepción del derecho penal del enemigo.

¹ Una lúcida y acérrima defensa del denominado “garantismo penal” expone el jurista italiano Luigi FERRAJOLI en su obra *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, ed. Trotta, Madrid, 1995.

² Esta afirmación, que parece tan obvia, es abandonada por el llamado “derecho penal del enemigo” de Jakobs, caracterizado —entre otras cosas— por una anticipación de la protección penal: el cambio de perspectiva del hecho pasado a uno venidero.

El trabajo se estructura en cuatro capítulos bien diferenciados: a) el primero se ocupa de las dificultades que enfrenta un derecho penal garantista en las llamadas sociedades de riesgo, que se traducen en la expansión de la criminalidad y en el debilitamiento de las garantías; b) el segundo, de las cuestiones generales sobre la criminalidad informática; c) el tercero contiene una somera enunciación de las reformas, una exposición de sus antecedentes y la relación con los principios de legalidad y de mínima suficiencia; d) el último comprende un análisis detallado de la pornografía infantil e internet. Al final se brinda una conclusión que intenta ser general y abarcadora de los temas tratados, se cita la bibliografía utilizada, y se incorpora como anexo el texto de la ley 26.388.

Cómo advertirá el lector, el eje sobre el que gira el desarrollo del trabajo, su fundamento último, es la reivindicación de un derecho penal *garantista y de mínima intervención* (racionalismo jurídico, en términos de Ferrajoli), opuesto al llamado derecho penal de máxima intervención (irracionalismo jurídico); ello en el marco de los delitos informáticos y de la denominada ciberpornografía infantil.

1. Problemas actuales: el derecho penal de la sociedad del riesgo, la expansión del derecho penal y el derecho penal del enemigo³.

El Derecho penal no es el Derecho del combate a la delincuencia, sino el Derecho de los límites del combate a

³ Sobre derecho penal y sociedad de riesgo se ha tomado como base (entre otros que se citan en las distintas notas a pie de página) el siguiente trabajo: LASCANO (H), Carlos J., *Sociedad de riesgo, derecho penal del enemigo y estado constitucional de derecho*, obra inédita facilitada por el autor, base de su disertación del día 14 de noviembre de 2008 en el marco de la Diplomatura de Derecho Procesal Penal, realizada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, bajo la dirección del Profesor Consulto Manuel Ayán. Sobre los mismos temas aplicados a la criminalidad informática, puede verse un breve pero ilustrativo trabajo del profesor español GALÁN MUÑOZ, Alfonso, de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, intitulado *Expansión e intensificación del derecho penal de las nuevas tecnologías: un análisis*

la delincuencia (Wolfgang Naucke, de Frankfurt, citado por Hassemer, *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*).

La batalla en defensa del garantismo es, pues, siempre, a pesar de las solemnes declaraciones de principio no siempre confortadas por los hechos, una batalla de minorías. Precisamente por ello, tanto más difícil, y que ha de librarse con armas templadas y afiladas (Norberto Bobbio, en su prólogo a *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, del italiano Luigi Ferrajoli).

1.1. ¿Está en juego la esencia del Derecho Penal liberal?

Acaso a primera vista pueda parecer presuntuoso el título que encabeza el presente trabajo o el que principia este primer capítulo, pero a poco que se reflexione sobre estos temas (sociedad del riesgo, derecho penal del enemigo, expansión del derecho penal, etc.) se comprobará que no se trata de cuestiones meramente abstractas y ajenas a la praxis. Antes bien, tales teorías tienen su origen en importantes cambios producidos en las sociedades contemporáneas e importantes consecuencias en ellas, a modo de efecto y causa de tales transformaciones. En un intento por explicar lo que puede definirse como un verdadero *problema* del derecho penal actual, podemos establecer el siguiente círculo (virtuoso o vicioso, según el caso): 1) acelerados avances tecnológicos; 2) profundos cambios en las relaciones sociales (positivos y negativos); 3) necesidad de adaptación del derecho penal (creación de un derecho penal moderno o derecho penal de la sociedad de riesgo); 4) teorías de adaptación (derecho penal liberal vs. derecho penal autoritario); 5) influencia de estas teorías en la vida social (Estado de Derecho vs. Estado de policía).

crítico de las últimas reformas legislativas en materia de criminalidad informática, publicado en *Revista de Derecho y Proceso Penal* N° 15, ed. Arandi. Puede verse, además, el artículo de REYNA ALFARO, Luis, *Pornografía e internet: aspectos penales*, en ALFA-REDI, *Revista de Derecho Informático*, www.alfaredi.org/rdi-articulo.shtml2x=1449, en el que se cita bibliografía relevante para el que desea profundizar sobre el tema: autores como SILVA SÁNCHEZ, CANCIÓ MELIÀ Y MARINUCCI, que tratan extensamente estas cuestiones.

Como se verá en este primer capítulo, pues, la importancia de tales teorías y transformaciones no es menor, pues está en juego nada menos que la *esencia* de un derecho penal de garantías. Se ha juzgado, en este sentido, que “la coyuntura en la que se mueve el Derecho penal de los últimos diez años es una de las más graves, pues compromete los rasgos definitorios de su propia identidad”⁴.

1.2. Las “sociedades de riesgo”, la “inflación penal” y las “velocidades” del derecho penal.

Constituye un tema candente en las exposiciones de algunos penalistas alemanes y españoles, y sirve como base para sus construcciones teóricas, la idea de la *sociedad del riesgo*, representada por los vertiginosos avances tecnológicos y las grandes transformaciones sociales. Como puede advertirse, no se trata de una mera construcción dogmática: la idea de *riesgo* —señala Carlos J. LASCANO— no juega ya sólo un papel relevante a la hora de construir *esquemas teóricos* que expliquen bajo qué presupuestos se debe atribuir una conducta delictiva como obra material a una persona a fin de imponerle una pena, sino que también repercute, de modo gravitante, en el plano político, con concreciones evidentes en la *praxis* legislativa y judicial⁵.

Comencemos pues por determinar qué se entiende por “derecho penal de la sociedad del riesgo”. Enseña el profesor alemán Claus ROXIN que dicha teoría se origina en la obra del sociólogo BECK titulada, precisamente, la “Sociedad del riesgo” (*Risikogesellschaft*, 1986), y que ha sido tratada por primera vez monográficamente en la obra de PRITTWITZ sobre “Derecho penal y riesgo” (*Strafrecht und Risiko*, 1993). En ella —conceptúa ROXIN— se trata de la cuestión de hasta qué punto el Derecho penal está en condiciones de hacer frente, con su tradicional instrumental liberal y ajustado al Estado de Derecho —al que también pertenece el concepto de bien

⁴ Cf. LASCANO, Carlos J., *Sociedad de riesgo...* (op. cit.).

⁵ LASCANO, op. cit.

jurídico—, a los modernos riesgos de la vida (como los de tipo atómico, químico, ecológico o de técnica genética)⁶.

Por su parte, LASCANO destaca que los avances tecnológicos y los profundos cambios en las relaciones sociales que ellos traen aparejados producen una *tensión dialéctica* entre seguridad y garantías, derecho penal autoritario y derecho penal liberal, Estado de policía y Estado de derecho, derecho penal de culpabilidad y derecho penal de peligrosidad. Ese enfrentamiento es el eje —explícita— alrededor del cual gira la polémica sobre la modernización y expansión del Derecho Penal, vinculada a los fenómenos político-criminales del Derecho Penal “simbólico” y del “neopunitivismo”, que se ha instalado en los últimos quince años en Alemania, España y otros países del viejo continente.

Afirma el mencionado profesor cordobés, además, que si bien la expansión del derecho penal, en Europa, se dirige a la criminalización de los estratos más cercanos a los núcleos de poder y económicamente más pudientes, en Iberoamérica el derecho penal opera intensamente sobre los sectores más humildes, evidenciándose una *perspectiva bélica* del poder punitivo estatal, la ilusión de una cruzada contra la delincuencia organizada, que no pasa de ser un derecho penal meramente “simbólico”, un punitivismo exacerbado, expresiones de una política criminal de dudosa eficacia.

En esta expansión del derecho penal de las sociedades post-industriales —agrega LASCANO— se torna necesario buscar soluciones *equilibradas* que posibiliten lograr la máxima eficacia en la prevención y el castigo de la actividad delictiva, respetando al mismo tiempo los derechos humanos fundamentales y las garantías del imputado. Y parafraseando a MUÑOZ CONDE expresa: “cuando hablamos del ‘nuevo Derecho penal autoritario’ nos estamos refiriendo a un Derecho penal más autoritario de lo normal; de un Derecho penal que se ha colado de rondón, ‘por la puerta falsa’ de un ordenamiento jurídico, cuyos parámetros constitucionales habían reconocido unos derechos humanos fundamentales, unas garantías, que, al

⁶ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, trad. LUZÓN PEÑA y OTROS, Civitas, Madrid, 1997, p. 60 y s.

menos formalmente, sirven de barrera infranqueable al poder punitivo del Estado. Denunciar este Derecho penal, que algunos han llamado, y parece que asumido como inevitable, 'Derecho penal de enemigos', es hoy en día una tarea urgente y necesaria". Y el profesor andaluz —continúa LASCANO— se pregunta: "¿Es posible dentro del Estado de Derecho la coexistencia de dos modelos diferentes de Derecho penal, uno respetuoso con las garantías y derechos fundamentales, y otro puramente policial, para 'enemigos', que haga tabla rasa de los principios y garantías características del Estado de Derecho?"; a lo que el profesor cordobés agrega: "¿resultaría 'sostenible' dentro del modelo del Estado constitucional de Derecho una 'modernización del Derecho Penal' basada en un 'Derecho Penal del enemigo', o, por el contrario, podría ser considerada como manifestación de un renovado Derecho Penal autoritario?".

Comenta LASCANO que en 1976 Daniel BELL en su obra *El avènement de la sociedad post-industrial* planteaba la prognosis (del gr. *πρῶνσις*, conocimiento anticipado de algún suceso) de los próximos treinta años, en los que la sociedad sufre primeramente una modificación en su estructura social, donde sus consecuencias acompañan problemáticas configuraciones políticas y culturales, lo que redundaría en serios inconvenientes para la dirección de la sociedad política. Al estudio de BELL —añade— en 1986 se agregaron las decisivas aportaciones del sociólogo alemán Ulrich BECK⁷, para quien el entorno social de nuestros días —escenario de actividades que conllevan en sí altos riesgos aunque tolerados por hacer posible la vida en una comunidad altamente compleja— se sumerge en una *sociedad del riesgo* (*Risikogesellschaft*), que se pone a sí misma en peligro mediante el mercado de la comunicación.

El derecho penal de riesgo pretende "desarrollar un Derecho penal *preventivo* (megapreventivo, según los más críticos) que afronte los nuevos grandes riesgos de la sociedad moderna, acu-

⁷ BECK, U., *La sociedad de riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. NAVARRO/DOMINGUEZ/BORRÁS, Edit. Paidós Ibérica, Barcelona, 1998, citado por LASCANO, *Sociedad de riesgo...*; autor citado también por GALÁN MUÑOZ, Alfonso, *Expansión...* (*op. cit.*), p. 15.

diendo a la tutela anticipada de bienes jurídicos universales mediante las técnicas de peligro, fundamentalmente, a través de los delitos de peligro abstracto (...) Pero, para la tutela de esos bienes jurídico-penales universales a través de delitos de peligro abstracto, la configuración tradicional de las reglas de imputación objetivas y subjetivas representa un obstáculo para lograr una tutela eficaz, motivo por el que se aboga por una flexibilización de las mismas; cuando no, por la supresión de alguna”⁸. Se caracteriza, además, por ser una legislación *simbólica*, porque se promulga conociendo de antemano su ineficacia: sólo se persigue crear una sensación de seguridad, en una respuesta sin eficacia real para la solución del conflicto, lo que se configura como una tendencia del moderno derecho penal⁹. Por otro lado, se resiente también el principio de legalidad: la descripción de los tipos de la parte especial se va difuminando, generalizando, abarcando una gran cantidad de actuaciones no necesariamente lesivas de bien jurídico alguno que justifique la intervención punitiva¹⁰. Ello implica el abatimiento de la tipicidad delictual, la proliferación de un intangible derecho penal consuetudinario, el regreso a un ortodoxo y superado derecho natural, la parcial desaparición del principio de certeza jurídica, la intromisión en el orden jurídico interno, la afectación de la soberanía nacional y el sometimiento a organismos internacionales regidos por las potencias rectoras del mundo globalizado y de integración democrática dudosa¹¹. De esta manera, a la imperiosa necesidad de perseguir las grandes conductas criminales “se le confronta actualmente un a veces excesivo sistema punitivo, el cual —en estos casos— coincide con el abomina-

⁸ NAVARRO CARDOSO, Fernando, *El derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador*, pp. 6 y 13; citado por LASCANO, *Sociedad de riesgo...* (*op. cit.*), p. 7.

⁹ HASSEMER, W., *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, pp. 35 y 36; citado por LASCANO, *op. cit.*, p. 7.

¹⁰ ALLER, Germán, *Introducción a “Co-responsabilidad social, Sociedad del riesgo y Derecho penal del enemigo”*, Carlos Álvarez editor, Montevideo, 2006, p. 20; citado por LASCANO, *op. cit.*, p. 8.

¹¹ ALLER, *op. cit.*, p. 100 a 102; citado por LASCANO, *op. cit.*, p. 8.

ble Derecho penal de extrema y prima ratio, de emergencia; también con el Derecho penal del enemigo y el de autor”¹².

Resume LASCANO, citando a Ramón RAGUÉS, que en la actualidad el Derecho penal sustantivo está creciendo en los siguientes tres sentidos: primero, se está ampliando en general el ámbito de lo penalmente prohibido, introduciéndose nuevos tipos penales o ampliándose los ya existentes; segundo, se están endureciendo las penas clásicas o se plantea la introducción de nuevas sanciones; y, tercero, están empezando a aparecer nuevas instancias de creación y aplicación del Derecho penal distintas de los Estados. Asimismo, en el ámbito del proceso penal se advierte una tendencia general a la reducción de garantías en aras de una mayor eficacia global en la persecución del delito”. Agrega, en el mismo sentido, que esta tendencia expansiva del Derecho Penal se refleja en una verdadera “inflación penal”, que implica la introducción de un mayor número de tipos penales y la agravación de penas de los ya existentes, la creación de nuevos “*bienes jurídico-penales*”, la ampliación de los espacios de riesgos penalmente relevantes (delitos de peligro abstracto), la flexibilización de la reglas de imputación, la responsabilidad de las personas colectivas y la relativización de los principios político-criminales de garantía¹³.

Distingue también dos grupos: a) por un lado, los promotores la modernización del Derecho Penal hablan de una crisis de *crecimiento* y entienden que un derecho penal y un derecho procesal penal con principios propios del Estado liberal y gendarme del siglo XIX son *ineficaces* para ejercer el control social de las nuevas formas de criminalidad; b) por otro lado, los representantes de la “Escuela de Frankfurt” (HASSEMER, LÜDERSEN, NAUCKE, entre otros) hablan de una crisis de *metamorfosis* y consideran que la modernización del derecho penal crea una situación insostenible, propugnando el *regreso* al “viejo y buen derecho penal liberal”, con sus principios político-criminales de garantía. En concreto, HASSEMER (Prof. de la Universidad de Frankfurt) postula que el derecho penal

¹² Ibidem.

¹³ LASCANO, *op. cit.*, p. 9.

liberal debe reducir su objeto al “derecho penal nuclear”, pero que las infracciones contra los nuevos bienes jurídicos pueden ser reguladas mediante un “derecho de intervención”, con un nivel de garantías y formalidades procesales inferior al del derecho penal, pero también con menos intensidad en las sanciones que pudieran imponerse a los individuos ¹⁴. Dentro de la mencionada escuela, NAUCKE insiste en una incondicional exigencia de un derecho penal ajustado al Estado de Derecho, aunque sea a costa de la prevención; y ALBRECHT diagnostica “erosiones del Derecho penal ajustado al Estado de Derecho” y aboga por una “retirada del Derecho penal de la pretensión de control preventivo abarcándolo todo” y por un giro simultáneo “hacia formas adecuadas de control..., que ya están disponibles en el Derecho civil, el Derecho público y el Derecho social” ¹⁵.

SILVA SÁNCHEZ, por su parte, considerando imposible la vuelta al “buen y viejo derecho penal liberal” propuesta por HASSEMER, y diferenciándose de la propuesta del “Derecho de la intervención” y de la “administrativización” del derecho penal, sostiene que no habría ninguna dificultad para admitir un modelo de menor intensidad garantística *dentro* del derecho penal, siempre y cuando las sanciones previstas para los ilícitos correspondientes no fueran de prisión ¹⁶. En este sentido, afirma —con buen criterio— que el problema no es tanto la expansión del derecho penal en general, sino específicamente la expansión del “Derecho penal de la pena privativa de libertad”, y que esta última es la que debe realmente ser contenida ¹⁷. Así, considera razonable la expansión del “Derecho penal de la pena privativa de la libertad” cuando se trata de conductas que lesionan o ponen en peligro real a bienes jurídicos; mas si se trata de conductas que sólo causan un peligro presunto a esos

¹⁴ LASCANO, *op. cit.*, pp. 10 y 11. Tb. ROXIN, *op. cit.*, p. 61.

¹⁵ ROXIN, *op. cit.*, pp. 61 y 62.

¹⁶ Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, pp. 149 s.

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 152.

bienes, sólo podrá admitirse —“resignadamente”, dice— la expansión del derecho penal cuando estos ilícitos no tengan penas de prisión, sino pecuniarias o privativas de derechos. De esta manera, afirma que la ausencia de penas “corporales” permitiría flexibilizar el modelo de imputación, pero que para dotar de sentido a este nivel sería importante que la sanción se impusiera por una instancia judicial penal, de modo que retuviera (en la medida de lo posible) los elementos de estigmatización social y de capacidad simbólico-comunicativa propios del Derecho penal¹⁸.

En base a lo expuesto, y considerando que la expansión del derecho penal es una *realidad* respecto de la cual es imposible la vuelta atrás, SILVA SÁNCHEZ propone un derecho penal de dos velocidades: “una primera velocidad, representada por el Derecho penal ‘de la cárcel’, en el que habrían de mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales; y una segunda velocidad, para los casos en que, por no tratarse ya de la cárcel sino de penas de privación de derechos o pecuniarias, aquellos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción”¹⁹.

Sostiene el eximio penalista español que el conflicto entre un Derecho penal amplio y flexible (que considera *indeseable*) y un Derecho penal mínimo y rígido (que considera *imposible*) debe hallar una a solución en el “punto medio” de la configuración dualista. Juzga dicho autor que no parece que la sociedad actual esté dispuesta a admitir un Derecho penal orientado al paradigma del “Derecho penal mínimo”, pero que ello no significa que la situación nos aboque a un modelo de Derecho penal máximo. Entiende que la función racionalizadora del Estado sobre la demanda social de punición puede dar lugar a un producto que resulte, por un lado, *funcional* y, por otro lado, *suficientemente garantista*. Considera que de esa forma se trata de salvaguardar el modelo clásico de imputación y de principios para el núcleo duro de los delitos

¹⁸ Idem, p. 161/2.

¹⁹ Idem, p. 163.

que tienen asignada una pena de prisión. En Derecho penal económico —ejemplifica— cabría una *flexibilización controlada* de las reglas de imputación (así, responsabilidad penal de las personas jurídicas, ampliación de los criterios de la autoría o de la comisión por omisión, de los requisitos de vencibilidad del error, etc.) como también de los principios político-criminales (por ejemplo, el principio de legalidad, el mandato de determinación o el principio de culpabilidad)²⁰.

Afirma que los delitos en los que se manifiesta la expansión del derecho penal (entre los que destaca los socioeconómicos) “siguen siendo delitos sancionados en los Códigos con penas privativas de libertad, en ocasiones de duración importante, en los que sin embargo los principios político-criminales sufren una acelerada pérdida de rigor”. Frente a ello, precisa que en el modelo sugerido sólo hay dos opciones: “la primera, que tales delitos se integren en el núcleo del Derecho penal, con las máximas garantías (en lo relativo a la legalidad, la proporcionalidad, la lesividad, la prueba, etc.) y las más rigurosas reglas de imputación (de la imputación objetiva, la autoría, la comisión por omisión, etc.); y la segunda, que se mantenga la línea de relativización de principios de garantía que ya hoy está acompañando a tales delitos, en cuyo caso debería renunciarse en ellos a la conminación con penas de prisión que ahora existe”²¹.

1.3. La tercera velocidad: el derecho penal del enemigo.

Tras exponer las dos velocidades del derecho penal, SILVA SÁNCHEZ sostiene que debe plantearse si puede admitirse una “tercera velocidad”, en la que el derecho penal “de la cárcel” concurra con una *amplia relativización* de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales²². De este modo, si la prime-

²⁰ Idem, p. 160.

²¹ Idem, p. 156.

²² Idem, *op. cit.*, p. 163.

ra velocidad consistía en cárcel con máximas garantías, y la segunda en flexibilización de garantías sin cárcel, esta tercera velocidad adopta lo más riguroso de ambas: privación de libertad y relativización de principios.

Ello se relaciona —según el citado autor— con el denominado, en términos de JAKOBS, “Derecho penal del enemigo” (*Feindstrafrecht*), que se contrapone al de los ciudadanos (*Bürgerstrafrecht*), caracterizado por la amplia anticipación de la protección penal (cambio de perspectiva del hecho pasado a uno venidero), la ausencia de una reducción de pena correspondiente a tal anticipación, el tránsito de la legislación jurídico-penal a la legislación de lucha, y el socavamiento de garantías procesales ²³.

Como puede advertirse, con su amplio adelantamiento de la punibilidad y el debilitamiento de garantías procesales, representa un derecho penal de autor (se sanciona a personas —el enemigo— y no hechos) y una afrenta inaceptable a los fundamentos de un Estado de Derecho.

Según JAKOBS, “el que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el derecho penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros a ser una reacción contra un enemigo” ²⁴. Agrega el autor alemán que “quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado más como persona, sino que el Estado no *debe* tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas”; debe ser combatido como enemigo ²⁵.

Aclara LASCANO que la teoría tiene una clara connotación *normativa* y no meramente descriptiva de la realidad; en otras pala-

²³ Idem, *op. cit.*, p. 164.

²⁴ JAKOBS, *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*, citado por LASCANO, *op. cit.*, p. 15. Véase también SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 163 s.

²⁵ Cf. JAKOBS, GÜNTHER - CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 47.

bras, no pretende describir una realidad sino que se trata de una concepción justificadora o legitimadora del derecho penal del enemigo²⁶.

Con mucha lucidez, SILVA SÁNCHEZ destaca que el derecho penal del enemigo no es propiamente *penal*, sino un derecho de las *medidas de seguridad* aplicable a imputables peligrosos, por lo que no se trata de una teoría novedosa; además, lo define como un “no-Derecho”, una pura reacción defensiva *de hecho* frente a sujetos excluidos, y que si bien se basaría en consideraciones de absoluta necesidad, subsidiariedad y eficacia que obliga a una revisión permanente e intensa sobre sus presupuestos, los Estados van concibiendo un estado de “perenne emergencia”, por lo que el “Derecho Penal de los Enemigos” tenderá ilegítimamente a estabilizarse y a crecer²⁷. Como habrá advertido el lector, la cuestión —por demás interesante y controvertible— excede el marco del presente trabajo, por lo que remitimos a la lectura de los autores citados a pie de página.

1.4. Características del moderno derecho penal: ¿debilitamiento del principio de legalidad?

Sostiene HASSEMER que en la actualidad estamos ante el surgimiento de nuevas situaciones hasta entonces inéditas para el derecho penal: el surgimiento de *bienes jurídicos* que antes no formaban parte del ámbito protegido por el derecho penal y que ahora la sociedad clama por su tutela; se trata de bienes jurídicos universales y no individuales, y su protección se refiere no a una lesión o un peligro concreto de lesión de estos bienes, sino a un peligro *abstracto*. Agrega que el derecho penal ha adoptado una política de criminalización de hechos que revela su carácter expansionista. Se busca la protección de bienes jurídicos *universales* y no individuales —a diferencia del derecho penal clásico—, a través de la utili-

²⁶ LASCANO, *op. cit.*, p. 15.

²⁷ SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 165 a 167.

zación por el legislador de los delitos de peligro abstracto y de normas penales en blanco ²⁸.

El mismo autor señala tres características del moderno derecho penal: la protección de bienes jurídicos, la prevención, y la orientación a las consecuencias ²⁹.

a) En primer lugar, sostiene que el moderno derecho penal utiliza la *protección de bienes jurídicos* como un mandato para penalizar, y no como una limitación a la protección de bienes jurídicos. En igual sentido, MUÑOZ CONDE explica que “el concepto de bien jurídico se concibió originariamente más como un límite que como una legitimación del derecho penal” ³⁰. En consecuencia, se produce una afectación al principio de intervención mínima, porque el bien jurídico es protegido directamente por la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, el derecho penal, sin pasar por los “filtros” de las otras ramas del derecho, y sin cuestionarse la relevancia de tal bien para el derecho penal.

b) Como segunda característica, señala HASSEMER que el derecho penal moderno convirtió la *prevención*, antes considerada una meta secundaria del derecho penal, en su principal finalidad, para lo cual utiliza herramientas contundentes frente al sistema de garantías del derecho penal clásico, como la agravación de las penas y la ampliación de medios coactivos en la fase instructoria ³¹. Advierte MUÑOZ CONDE que debe existir una armonía entre la prevención general y la prevención especial, pues “si bien la sociedad tiene derecho a proteger sus intereses más importantes recurriendo a la pena si ello es necesario”, también “el delincuente, por su parte,

²⁸ HASSEMER, Winfried. *Crisis y características del moderno derecho penal*, citado por: MILANESE, Pablo, *El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima*, en Derecho Penal On Line (revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea), disponible en internet: <http://www.derechopenalonline.com>.

²⁹ Ibidem.

³⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, *El moderno derecho penal en el nuevo código penal. Principios y tendencias*, La Ley, n. 3, 1996, p. 1340; citado por: MILANESE, op. cit.

³¹ HASSEMER, op. cit., pp. 638 y 639; citado por MILANESE, op. cit.

tiene derecho a ser respetado como persona y a no quedar separado definitivamente de la sociedad, sin esperanza de poder reintegrarse a la misma ³².

c) Y como tercera característica del derecho penal moderno menciona HASSEMER la *orientación a las consecuencias*, considerando que tanto la legislación como la jurisprudencia actuales están interesadas en las consecuencias fácticas de la actuación del derecho penal, relegando en un segundo plano la igualdad y la retribución del delito, que son marginadas de la política jurídico-penal. El derecho penal se resume como un instrumento de pedagogía social, con la finalidad de sensibilizar a las personas acerca de determinados temas tutelados por aquél. Pone como ejemplo a los delitos del medio ambiente ³³. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE afirma que el derecho penal se ha convertido más en un instrumento político de dirección social que un mecanismo de protección jurídica subsidiaria de otras ramas del ordenamiento jurídico ³⁴.

SILVA SÁNCHEZ, por su parte, indica que la combinación de la introducción de nuevos objetos de protección con la anticipación de las fronteras de la protección penal ha propiciado una transición rápida del modelo "delito de lesión de bienes individuales" al modelo "delito de peligro (presunto) para bienes supraindividuales, pasando por todas las modalidades intermedias ³⁵.

De esa forma, se castigan conductas que no han lesionado ni puesto a nadie en peligro concreto, lo que produce como consecuencia la ampliación considerable del ámbito de aplicación del derecho penal (el resultado lesivo no es ya necesario ni la demostración de la relación de causalidad), lo que significa un empobrecimiento de los presupuestos de punibilidad (únicamente la prueba de una conducta peligrosa, sin que interese víctima o daño o causalidad de la acción respecto de ese daño) ³⁶.

³² MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 1341; citado por MILANESE, *op. cit.*

³³ HASSEMER, *op. cit.*, p. 639; citado por MILANESE, *op. cit.*

³⁴ MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 1340 citado por MILANESE, *op. cit.*

³⁵ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, p. 121.

³⁶ HASSEMER, *op. cit.*, p. 640, citado por MILANESE, *op. cit.*

MUÑOZ CONDE subraya que esa realidad trae aparejado el debilitamiento del principio de legalidad por la utilización de conceptos jurídicos indeterminados y cláusulas generales que otorgan al juez la decisión sobre lo que debe o no ser delito ³⁷.

Destaca HASSEMER que el derecho penal moderno se transforma en un mero instrumento de política de seguridad: deja de ser la *ultima ratio* del sistema para transformarse en la prima o única *ratio* siempre que parezca rentable políticamente. Agrega que existe el riesgo de que el derecho penal se quede reducido a una función puramente simbólica, dejando de lado sus verdaderas funciones.

Los efectos simbólicos de la intervención estatal sólo son admisibles en cuanto efectos secundarios, y no como principales. Aquéllos —expresa con claridad DÍEZ REPOLLÉS— están “conectados al fin o a la función de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos, y su capacidad de influencia quedaría confinada a las mentes o las conciencias, en las que producirían emociones, o cuando más, representaciones mentales” ³⁸.

1.5. Primera conclusión: necesidad de racionalidad y certeza

Como conclusión de este primer capítulo cabe destacar lo siguiente: el llamado “moderno derecho penal” —cuyos caracteres tratamos hasta aquí— implica un alejamiento de principios rectores del derecho penal liberal, que se erigen en garantías contra el poder punitivo del Estado: el principio de legalidad (ley previa, escrita y estricta, esto es, con precisión respecto de la limitación de la tipicidad), el principio de intervención mínima o de mínima suficiencia (el derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes ³⁹), el de subsidiarie-

³⁷ MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, 1339; cit. por MILANESE, *op. cit.*

³⁸ DÍEZ REPOLLÉS, José Luis, *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena*, Actualidad penal n. 1, 2001, p. 4; cit. por MILANESE, *op. cit.*

³⁹ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, 5ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 72; cit. por MILANESE, *op. cit.*

dad o *ultima ratio* (se debe recurrir al derecho penal como forma de control social sólo en los casos en que otros controles menos gravosos sean insuficientes, esto es, cuando fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del derecho), y el de fragmentariedad (la actuación del derecho penal se debe limitar a los ataques más peligrosos contra los bienes jurídicos más relevantes)⁴⁰. Tales principios, sin embargo, deben ser to-

⁴⁰ Para el concepto de tales principios puede verse: BONETTO, Luis María, *Derecho penal y Constitución*, en AA.VV., *Derecho Penal Parte General, Libro de Estudio*, Director: Carlos Lascano, Advocatus, Córdoba, 2005, pp. 111 s. Cf. también HASSEMER, *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Mexico, 2003, p. 36. Por su parte, FERRAJOLI sistematiza los principios del derecho penal como sigue: "Diez axiomas del garantismo penal: el sistema garantista SG. Llamo garantista, cognitivo o de estricta legalidad al sistema penal SG, que incluye todos los términos de nuestra serie. Se trata de un modelo límite, sólo tendencial y nunca perfectamente satisficible. Su axiomatización resulta de la adopción de diez axiomas o principios axiológicos fundamentales no derivables entre sí, que expresaré, siguiendo una tradición escolástica, con otras tantas máximas latinas: A1 *Nulla poena sine crimine*. A2 *Nullum crimen sine lege*. A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*. A4 *Nulla necessitas sine iniuria*. A5 *Nulla iniuria sine actione*. A6 *Nulla actio sine culpa*. A7 *Nulla culpa sine iudicio*. A8 *Nullum iudicium sine accusatione*. A9 *Nulla accusatio sine probatione*. A10 *Nulla probatio sine defensione*. Llamo a estos principios, además de a las garantías penales y procesales por ellos expresadas, respectivamente: 1) principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito; 2) principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto; 3) principio de necesidad o de economía del derecho penal; 4) principio de lesividad o de la ofensividad del acto; 5) principio de materialidad o de la exterioridad de la acción; 6) principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal; 7) principio de jurisdiccionalidad, también en sentido lato o en sentido estricto; 8) principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación; 9) principio de la carga de la prueba o de verificación; 10) principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación. Estos diez principios, ordenados y conectados aquí sistemáticamente, definen —con cierto forzamiento lingüístico— el modelo garantista de derecho o de responsabilidad penal, esto es, las reglas del juego fundamentales del derecho penal. Fueron elaborados sobre todo por el pensamiento iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, que los concibió como principios políticos, morales o naturales de limitación del poder penal absoluto. Y han sido ulteriormente incorporados, más o menos íntegra y rigurosamente, a las constituciones y codificaciones de los ordenamientos desarrollados, convirtiéndose así en principios jurídicos del moderno estado de derecho" (*op. cit.*, p. 93).

mados como bandera para impedir que se desvirtúe (desvirtuar: quitar la virtud, sustancia o vigor) el derecho penal liberal propio de las sociedades democráticas y del Estado de Derecho (por oposición al Estado de Policía). Postulamos —con FERRAJOLI— la necesidad de una *tendencia* a un derecho penal mínimo, es decir, condicionado y limitado al máximo, el que corresponde no sólo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también a un ideal de *racionalidad* y de *certeza*. A la inversa —enseña el citado autor—, se encuentra el modelo de derecho penal máximo, es decir, incondicionado e ilimitado, el que se caracteriza, además de por su excesiva severidad, por la incertidumbre y la imprevisibilidad de las condenas y de las penas; y que, consiguientemente, se configura como un sistema de poder no controlable racionalmente por ausencia de parámetros ciertos y racionales de convalidación y de anulación (contrapone así los conceptos de derecho penal mínimo y racionalismo jurídico, a los de derecho penal máximo e irracionalismo jurídico)⁴¹.

2. De la criminalidad informática en general

2.1. La criminalidad informática y la sociedad de riesgo

Ya precisado en qué consiste el llamado derecho penal de la sociedad de riesgo, pasemos pues a analizar al fenómeno de la criminalidad informática como parte integrante de esa concepción.

Sostiene PÉREZ LUÑO⁴² que no parece lícito dudar que Internet (*International Network of Computers*) constituye el fenómeno más

⁴¹ FERRAJOLI, *op. cit.*, pp. 101 s.

⁴² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Impactos sociales y jurídicos de internet*, Argumentos de Razón Técnica, Núm. 1, 1998, p. 33/48. Extraído de: <http://www.argumentos.us.es/numero1/bluno.htm>. Este autor realiza una interesante descripción de las consecuencias positivas y negativas de internet, poniendo énfasis en pretendidas virtudes del sistema (libertad sin restricciones) que ya no son tales y que demandan, por ende, una necesaria regulación jurídica.

importante de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Menciona que gracias a Internet cada ciudadano, sin moverse de su casa, puede acceder a los centros de documentación más importantes del mundo, puede realizar las más diversas operaciones financieras y comerciales, gozar de una enorme oferta de entretenimientos de la más diversa especie, y se puede comunicar con otros usuarios de la red sin limitaciones de número ni distancia. Si hace algunos años —afirma ilustrativamente— parecía que la “aldea global” era el gran reto del futuro, hoy Internet ha convertido en realidad presente el “hogar global”, en la medida en que cada domicilio de los usuarios de la red constituye la terminal de un sistema integrado universal.

Pero el mismo autor destaca el lado negativo de tal avance, interpretando que no obstante, junto con esas incuestionables ventajas derivadas de las inmensas posibilidades de conocimiento, actuación y comunicación que permite la navegación por el ciberespacio, Internet ha hecho surgir en los últimos tiempos graves motivos de inquietud. El escándalo que agitó a la opinión pública europea —ejemplifica— en relación con el tráfico de imágenes de prostitución infantil a través de Internet, así como la utilización de la red para difundir propaganda de bandas terroristas, ha supuesto la confirmación de un peligro desde hace algún tiempo anticipado. Comenta que los miles de ciudadanos europeos, inmediata o potencialmente, agredidos por esas imágenes criminales, abren una brecha en la inconsciencia cívica y política sobre los peligros que entrañan determinadas manipulaciones de las nuevas tecnologías. Ha sido preciso llegar a esta situación —concluye— para que el conformismo cotidiano de quienes tienen como misión velar por la tutela de las libertades, y quienes tienen como principal tarea cívica el ejercerlas, se viese agitado por la gravedad del riesgo y la urgencia que reviste su respuesta.

Si —como ya se ha dicho— las sociedades modernas han sido caracterizadas como “sociedades de riesgo” (pues los efectos adversos del desarrollo de la tecnología, la producción y el consumo adquieren tales dimensiones que provocan riesgos masivos a los ciudadanos), en ese contexto debe ubicarse a la informática, la que

a pesar de sus efectos positivos, esto es, los importantes beneficios que implica en la sociedad (o precisamente en razón de ellos) adquiere también una faz negativa que socialmente debe ser soportada en lo que no pueda prescindirse, y eficazmente combatida sólo en cuanto implique la afectación de bienes jurídicos fundamentales (como sucede con la difusión de pornografía infantil mediante internet). He aquí, pues, que aparece la regulación de los delitos informáticos como reacción estatal ante los efectos negativos de la tecnología informática: a través del *ius puniendi*, los estados intentan poner límites precisos para que el lado negativo de la tecnología sea atenuado. En otras palabras, se intenta desalentar, con figuras penales, la comisión de determinados actos disvaliosos socialmente (prevención general positiva o negativa)⁴³.

⁴³ En el Preámbulo del Convenio sobre Cibercriminalidad (Budapest, 23/11/2001) se expone claramente el equilibrio que debe haber entre las mayores exigencias de respuestas punitivas en una sociedad de riesgo, y el respeto a los derechos fundamentales del hombre: "Convencidos de que el presente Convenio es necesario para prevenir los actos atentatorios de la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los sistemas informáticos, de las redes y de los datos, así como el uso fraudulento de tales sistemas, redes y datos, asegurando la incriminación de dichos comportamientos, como los descritos en el presente Convenio, y la atribución de poderes suficientes para permitir una lucha eficaz contra estas infracciones penales, facilitando la detección, la investigación y la persecución, tanto a nivel nacional como internacional, y previendo algunas disposiciones materiales al objeto de una cooperación internacional rápida y fiable; Persuadidos de la necesidad de garantizar un equilibrio adecuado entre los intereses de la acción represiva y el respeto de los derechos fundamentales del hombre, como los garantizados en el Convenio para la protección de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales del Consejo de Europa (1950), en el Pacto internacional relativo a los derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas (1966), así como en otros convenios internacionales aplicables en materia de derechos del hombre, que reafirman el derecho de no ser perseguido por la opinión, el derecho a la libertad de expresión, incluida la libertad de buscar, obtener y comunicar informaciones e ideas de toda naturaleza, sin consideración de fronteras, así como el derecho al respeto de la vida privada". En su artículo 15 establece, en este sentido, bajo el título "condiciones y garantías", que: "Las Partes velarán para que la instauración, puesta en funcionamiento y aplicación de los poderes y procedimientos previstos en la presente sección se sometan a las condiciones y garantías dispuestas en su derecho interno, que debe asegurar una protección adecuada de los derechos del hombre y de las libertades y, en

GALÁN MUÑOZ ⁴⁴ expone cuatro características de la criminalidad informática, dos de ellas —la tercera y la cuarta— relacionadas con el derecho penal de las sociedades de riesgo.

1) *Enorme cifra negra*. Aquí hace referencia a que la inmensa mayoría de las conductas que se engloban en el concepto de criminalidad informática permanecen finalmente sin castigo o ni siguiera llegan a ser denunciadas.

2) *Peculiaridades del sujeto activo (insider)*. En segundo lugar, sostiene que a pesar de que la creencia común concibe al delincuente informático como un joven intelectualmente superdotado, con unos problemas de adaptación social que lo llevan a volcar su interés en el mundo cibernético y a abstraerse del mundo real, la realidad indica que el delincuente informático es normalmente una persona con conocimientos normales en informática y sin problemas de adaptación social; el mayor número de ataques informáticos son realizados por personas que actúan desde dentro de la institución a la que atacan (*insider*).

3) *Relativización de los parámetros espaciales y temporales*. Con este epígrafe el autor citado refiere una característica muy marcada y propia de los avances en materia de informática, y los lados positivo y negativo de ella. Expresa que la extensión del uso de los sistemas informáticos y de las modernas redes de telecomunicaciones creadas gracias a aquellos ha permitido relativizar los criterios espacio-temporales que rigen el mundo físico, haciendo mucho más rápido y ágil el libre tránsito de informaciones en todo el mundo, con las innegables ventajas que ello generará en términos de desarrollo científico y cultural. Pero agrega que esos mis-

particular, de los derechos derivados de las obligaciones que haya asumido en aplicación del Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales del Consejo de Europa (1950) y del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de Naciones Unidas (1966) o de otros instrumentos internacionales relativos a los derechos del hombre, y que debe integrar el principio de proporcionalidad”.

⁴⁴ GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “Expansión e intensificación del derecho penal de las nuevas tecnologías: un análisis crítico de las últimas reformas legislativas en materia de criminalidad informática”, publicado en *Revista de Derecho y Proceso Penal* N° 15, ed. Arandi.

mos avances han facilitado el desarrollo de una criminalidad de marcado carácter transnacional, ya que permiten que una sola persona pueda por sí sola ocasionar daños o perjuicios en lugares que se encuentran muy alejados de aquel en que se ejecuta su conducta, lo que obligará a la cooperación judicial y la coordinación jurídica de todos los países para un eficaz combate de tal fenómeno. Agrega que estos nuevos sistemas, desde el punto de vista temporal, permitirán que un sujeto fije con total precisión el período de tiempo que quiere que medie entre la realización de su conducta y la efectiva producción del resultado lesivo (ejemplifica con los virus informáticos que se activan en una fecha determinada). Estima que ello obligará a analizar con detenimiento cuáles entre todos los resultados finalmente producidos se podrían imputar objetivamente a la conducta inicialmente efectuada. Concluye que esta relativización de los parámetros espacio-temporales debe ser un referente de toda política criminal que pretenda tratar de forma adecuada a este nuevo ámbito de la criminalidad.

4) *Generación de nuevos y mayores peligros.* Bajo este rótulo, GALÁN MUÑOZ señala que la utilización de sistemas y redes informáticas han permitido que una sola persona pueda realizar, mediante instrumentos relativamente accesibles, resultados perjudiciales inimaginables, por ejemplo al patrimonio (menciona nuevamente el caso de los virus informáticos). Por ese motivo —afirma— gran parte de la doctrina ha considerado que el Derecho Penal informático es, de hecho, un Derecho Penal creado para responder a los nuevos y enormes riesgos que se derivan de la utilización de los sistemas informáticos de la sociedad actual, con lo que se convertiría en una parte integrante de ese Moderno Derecho Penal creado en las sociedades postindustriales (cita autores como HASSEMER, SILVA SÁNCHEZ, GRACIA MARTÍN y ROVIRA DEL CANTO)⁴⁵.

Dentro de esta última característica, agrega el autor español que una de las corrientes doctrinales de más peso ha institucionalizado un *bien jurídico colectivo de naturaleza informática*, que estaría constituido por el correcto funcionamiento, la seguridad y la confi-

⁴⁵ GALÁN MUÑOZ, Alfonso, *Expansión...* (op. cit.), p. 22.

dencialidad de los sistemas informáticos y sus datos, bien jurídico que se vería puesto en peligro con cada concreto delito informático. De este modo —sostiene— se podría predicar respecto del Derecho Penal Informático dos de los más significativos caracteres del Moderno Derecho Penal de la sociedad del riesgo: 1) se dotaría de protección a bienes jurídicos de carácter meramente colectivo; 2) se legitimaría un adelantamiento de las barreras de intervención penal, pudiendo sancionarse penalmente la mera puesta en peligro abstracto de dicho bien jurídico colectivo o incluso la del correspondiente bien jurídico individual al que éste se encontrase vinculado, relegándose así la tradicional exigencia típica de la producción de su efectiva lesión⁴⁶. Con ello se expande el ámbito de lo punible y se facilita la prueba y castigo de los delitos informáticos (no se necesita constatar lesión del bien jurídico o relación de causalidad alguna: basta la acción peligrosa).

El mismo autor explica que son tres las categorías afectadas por este proceso de “modernización” del derecho penal⁴⁷: a) la ausencia de la lesión al bien jurídico como referente de la graduación en la imputación penal; b) no delimitación entre acto preparatorio, tentativa y consumación; c) establecimiento de una concepción unitaria de autor. Las exponemos resumidamente a continuación.

a) *La ausencia de la lesión al bien jurídico como referente de la graduación en la imputación penal.* Sostiene que en los delitos informáticos, al tratarse de delitos de peligro abstracto, en unos casos se castiga la efectiva lesión de un valor individual y la puesta en peligro del bien jurídico colectivo informático (delitos de peligro-lesión), mientras que en otros casos, la situación es inversa, pues su injusto típico exigiría la apreciación de una lesión de la seguridad de los sistemas informáticos y tan sólo una puesta en peligro de los bienes jurídicos individuales (delitos de lesión-peligro). Esta última configuración —entiende— permitirá crear un grupo cada vez mayor de figuras delictivas informáticas cuyos tipos de injusto no contemplarán la constatación de la efectiva lesión de un bien jurídico

⁴⁶ Idem, *op. cit.*, p. 23.

⁴⁷ Idem, *op. cit.*, p. 23 a 26.

individual como resultado determinante de su consumación. Considera, en definitiva, que esas nuevas figuras delictivas, creadas supuestamente para resolver los problemas de las nuevas tecnologías, traerán otros problemas de difícil solución desde la concepción tradicional de la teoría del delito: no sólo supondrán la postergación de la importancia práctica de efectiva lesión de los bienes jurídicos individuales y, consiguientemente, de la teoría de la imputación objetiva como referente básico de la gradación de estos delitos, sino que también terminarían desdibujando o eliminando completamente otros referentes clásicos de dicha gradación.

b) *No delimitación entre acto preparatorio, tentativa y consumación.* Señala GALÁN MUÑOZ que todos los principios básicos referidos al denominado *iter criminis* quedan en entredicho al castigarse la mera creación, tenencia o distribución de instrumentos informáticos peligrosos idóneos para cometer ciertos delitos (meros actos preparatorios que deberían permanecer impunes) con la misma pena que la que correspondería a la efectiva consumación de éstos.

c) *Establecimiento de una concepción unitaria de autor.* Por último, comenta que ese tipo de delitos de mera creación, tenencia o distribución de instrumentos informáticos peligrosos atentan además contra la concepción diferenciada entre autoría y participación. Sostiene que se castiga con la misma pena tanto al sujeto que creó el programa para usarlo él mismo en la comisión del delito, como a aquel otro que, por el contrario, lo creó para que un tercero lo usase. De tal manera, la configuración típica de esas figuras delictivas permitiría castigar como autores a quienes deberían ser considerados, conforme a las reglas tradicionales, todo lo más como responsables de una mera participación intentada en los delitos de referencia, castigo que se aplicará incluso cuando no hubiesen actuado con la intención de usarlo o de ayudar a un tercero a hacerlo, o cuando dándose este última intención el hipotético autor no hubiese comenzado a ejecutarlos. De esta manera, se deja de lado la *accesoriedad* de la responsabilidad del partícipe respecto de la del autor, que determina que sólo se pueda atribuir responsabilidad al primero cuando el segundo dé comienzo a la ejecución del

hecho delictivo; se abandona también la exigencia de que toda participación deba ser *dolosa* ⁴⁸.

En definitiva, todas estas cuestiones expuestas por los autores citados se relacionan íntimamente con el objeto del presente trabajo, que no es sino determinar —como ya se dijo— si el avance del Estado en la creación de figuras penales en el ámbito de los delitos informáticos (en nuestro país, con la reciente ley 26.388 de reforma al código penal) no es un reflejo de lo que se conoce como *expansión del derecho penal* (inflación penal), el que, como ya se expuso ampliamente, implica la violación del principio de mínima intervención. Ahora bien, a la postura expansionista cabe enfrentar la intención reduccionista, que pretende trasladar los delitos económicos al ámbito del derecho administrativo sancionatorio, excluyéndolos del ámbito del denominado “derecho penal nuclear”, el que no abarcaría la protección de los bienes jurídicos colectivos. Esta postura implica una “bagatelización” de este tipo de delitos cometidos por delincuentes de “guantes blancos” o “white collar”. Se enrola en esta postura HASSEMER, representante de la llamada escuela de Frankfurt, e intenta superarla SILVA SÁNCHEZ con su derecho penal de dos velocidades (remitimos al primer capítulo).

Aquí postulamos —en base a lo expuesto en el primer capítulo— que la criminalidad informática (una de las manifestaciones de la sociedad de riesgo) no debe implicar una ampliación indiscriminada del derecho penal. Éste debe mantenerse dentro de lo *razonable*, evitando recurrir indiscriminadamente a él con objetivos meramente simbólicos (ilusión o sensación de seguridad o de guerra total contra la delincuencia), limitándose a la protección de intere-

⁴⁸ “¿Dónde quedaría entonces —se pregunta el autor—, en estos casos, el principio de accesoriadad de la participación y la exigencia de que toda participación tenga que ser dolosa? (...) ¿por qué razón el mero creador, poseedor o distribuidor de uno de estos programas siempre responderá con la misma pena que el autor de dichos delitos, incluso cuando habiéndose apreciado su participación dolosa, se le hubiera de tener como un mero cómplice del delito, atendiendo a los criterios generales de la participación? ¿No se está implantando de facto un concepto unitario de autor en este ámbito delictivo, mediante la reforma de la parte especial del Código Penal, abiertamente contrapuesto con el sistema general de participación accesoria establecido en su parte general?”.

ses sociales que adquieran la suficiente importancia social para erigirse válidamente en bienes jurídicos-penales dignos de protección. De lo contrario, la intervención punitiva estatal implicará una violación inaceptable al carácter de *ultima ratio* del derecho punitivo. En materia de delitos informáticos —nunca será demasiado reiterativo afirmarlo— debe existir un respeto absoluto por los principios de legalidad y de reserva, de lesividad, de proporcionalidad y de mínima suficiencia, y, respecto de este último, los subprincipios de subsidiariedad y fragmentariedad del derecho penal.

2.2. Definición de “delitos informáticos” o “criminalidad informática”. Bien jurídico protegido.

Si el objetivo del presente trabajo —como se estableció— es determinar la posible afectación de los principios rectores del derecho penal por la reforma al código penal por la ley 26.388 de delitos informáticos, y más precisamente, por la regulación de la llamada ciberpornografía infantil, comencemos, pues, por determinar el concepto (si es que hay uno) de delito informático o criminalidad informática, tras lo cual —en el punto siguiente— se precisará el concepto de pornografía infantil.

Sostiene RIQUERT que conviene hablar de “delincuencia informática” y no directamente de “delitos informáticos”, pues si bien la doctrina coincide en asignar a la informática un claro rol como factor “criminógeno”, es decir, generador de delitos, no hay en cambio coincidencia sobre la autonomía de tales delitos; agrega el citado autor que la mayoría de la doctrina ve en la informática un medio que ha renovado las posibilidades y modalidades de ataque respecto de los bienes jurídicos tradicionales, mientras que el sector minoritario no sólo afirma la autonomía como clasificación de los delitos informáticos sino que le reconocen un bien jurídico protegido propio: la información en términos macrosociales ⁴⁹.

⁴⁹ RIQUERT, Marcelo A., *Delitos informáticos*, en AA.VV., *Derecho penal de los negocios*, Astrea, Buenos Aires, 2004, pp. 304-5. Sin embargo, el citado autor titula su trabajo en los términos que considera no preferibles.

Por su parte, GALÁN MUÑOZ agrupa las distintas propuestas de delimitación o definición de “criminalidad informática” en tres ramas, conforme se expone en los párrafos que siguen.

1) *Concepción amplia*. Sostiene el mencionado autor que inicialmente la doctrina y las legislaciones nacionales e internacionales establecieron conceptos absolutamente amplios o abiertos para definir la criminalidad informática, y brinda como ejemplo la definición realizada por un grupo de expertos reunidos en la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo), que la define como “cualquier comportamiento ilegal, no ético o no autorizado que involucrase el proceso o la transferencia de datos”⁵⁰. Aclara que dicho concepto no responde al principio de legalidad que rige en materia penal, que —agregamos nosotros— consagra a la ley penal previa, escrita y estricta como única fuente del derecho penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), y que excluye toda analogía “*in malam partem*” (en perjuicio del imputado). En virtud de ello, parte de la doctrina rechazó esta propuesta amplia y propuso concretar un concepto de criminalidad informática que aglutine conductas consideradas delictivas por la ley, centrando los esfuerzos en encontrar un criterio aglutinador de todas ellas.

2) *Concepción técnico-jurídica*. Se caracteriza por buscar un elemento común, integrador y unificador de las figuras delictivas integradas en el concepto de criminalidad informática. Existen a su vez dos tendencias: a) autores que consideraban que el elemento aglutinador común a todas las conductas de criminalidad informática estaría dado por el *instrumento* utilizado en su comisión, esto es, por la utilización de sistemas informáticos⁵¹; b) autores que con-

⁵⁰ Definición realizada por el grupo de expertos reunidos por la OCDE para la realización del informe “Computer-related Criminality: Analysis of Legal Policy in the OCDE Area”, París, 15/11/84, citado por SIEBER, U., *Documentación para una aproximación al delito informático*, Trad. Joshi JUBERT, en *Delincuencia informática*, Edit PPU, Barcelona, 1992, p. 66; citado, a su vez, por GALÁN MUÑOZ, Alfonso, *Expansión...* (*op. cit.*), p. 15.

⁵¹ A modo de ejemplo, cita GALÁN MUÑOZ distintas definiciones, entre ellas, la de TIEDEMANN, K, que define la criminalidad informática como “todos los actos antijurídicos según la ley penal vigente (o socialmente perjudiciales y por ello

sideran que lo fundamental en estos delitos es la afectación más o menos directa de un *nuevo bien jurídico* de naturaleza netamente informática, a saber, la seguridad de los datos y sistemas informáticos. En esta última posición ubica a REYNA ALFARO, que diferencia entre delitos *computacionales*, efectuados por medios informáticos contra bienes jurídicos ya tutelados por el ordenamiento, y delitos *informáticos* propiamente dichos, esto es, aquellos que protegen un nuevo bien jurídico de naturaleza informática⁵². Opina GALÁN MUÑOZ que el primer subgrupo (a) no aporta un criterio delimitador suficientemente fiable, pues la realidad demuestra que prácticamente todos los delitos pueden ser cometidos mediante el uso de sistemas informáticos. Menciona el caso en el que se pretendió acabar con la vida del embajador ruso Dobrynin mediante la manipulación del sistema informático de radar del avión de la compañía Aeroflot en que viajaba⁵³, considerándolo como un claro ejemplo de conducta delictiva realizada mediante sistemas informáticos que no debe ser tratado como un verdadero caso de criminalidad informática⁵⁴. Concluye que se trata de un delito tradicional

penalizables en el futuro), realizados con el empleo de un equipo automático de procesamiento de datos”, en *Poder económico y delito*, Ariel, Barcelona, 1985, p. 122, y en *Criminalidad mediante computadoras*, en *Temas de Derecho penal económico y ambiental*, IDEMSA, Lima, 1999.

⁵² REYNA ALFARO, Luis Miguel, *La criminalidad informática: cuestiones para una reflexión inicial*, en AP núm. 21, 2002, p. 545. Citado por GALÁN MUÑOZ, *op. cit.*, p. 16. Véase también el siguiente trabajo del autor mencionado en primer término: *Pornografía e internet: aspectos penales*, ALFA-REDI, Revista de Derecho Informático, extraído de <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1449>, en donde a su vez cita otros trabajos de su autoría: *El Bien Jurídico en el delito informático*, publicado en *Actualidad Jurídica*, tomo 89, pág. 37 y ss., Gaceta Jurídica, Lima, 2001, y en *Revista Jurídica del Perú*, año LI, n° 21, pág. 181 y ss., Edit. Normas Legales, Trujillo, 2001; “La información como bien jurídico penalmente protegido en los delitos informáticos”, en *Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Ucayali*, n° 1, pág. 69 y ss., Ucayali, 2001.

⁵³ Caso tomado por GALÁN MUÑOZ de SIEBER, *op. cit.*, p. 2/137 y 138.

⁵⁴ Plantea además que la producción de homicidio mediante el uso de sistemas informáticos no resulta en absoluto imposible, ya que se podría manipular el ordenador de un sistema de vigilancia electrónica de un enfermo para llevarle a la muerte.

(homicidio), cuya naturaleza permanece inalterada, aunque en su ejecución se hubiese utilizado el medio mencionado. En cuanto al segundo subgrupo (b), que postula la existencia de un bien jurídico común a los delitos informáticos, nos enfrenta al problema de cuál es ese bien jurídico.

3) *Concepción criminológica*. Por último, explica GALÁN MUÑOZ la tendencia doctrinal que entiende que el concepto de criminalidad o delincuencia informática tiene una finalidad exclusivamente criminológica, siendo un mero instrumento auxiliar del derecho penal. No es un concepto propiamente jurídico —aclara— sino criminológico, pues se refiere a determinada forma de comisión de delitos a través de *sistemas informáticos*, que dificulta su tratamiento conforme a las categorías y los tipos delictivos del derecho penal tradicional.

Esta última es la concepción que el autor citado considera la más adecuada.

2.3. Distintas clasificaciones de delitos informáticos

2.3.1. PALAZZI nos brinda su clasificación de delitos informáticos basándose en el bien jurídico protegido, con la que entiende “se centrarán las bases para fijar una adecuada política de reforma del Código Penal en materia de delitos informáticos que contemple las verdaderas necesidades que requiere nuestra legislación criminal”⁵⁵:

- 1) *Delitos contra el patrimonio*
- 2) *Delitos contra la intimidad*
- 3) *Delitos contra la seguridad pública y las comunicaciones*
- 4) *Falsificaciones informáticas*
- 5) *Contenidos ilegales en internet*

En esa clasificación, la pornografía infantil a través de internet queda ubicada dentro de la última clase de delitos informáticos.

⁵⁵ PALAZZI, Pablo Andrés, *Delitos Informáticos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 43 y ss.

2.3.2. Una categorización más amplia es la que referíamos al tratar sobre el concepto de criminalidad informática, brindada por REYNA ALFARO, que distingue entre delitos computacionales y delitos informáticos⁵⁶. La importancia de tal distinción reside —según dicho autor— en que servirá no sólo para dilucidar uno de los aspectos que mayor confusión ha provocado en la doctrina penal, sino que será útil también para fijar los límites y pretensiones de su investigación sobre el tema.

Sostiene que el *delito computacional* es aquella conducta en que los medios informáticos, utilizados en su propia función, constituye una nueva forma de atacar bienes jurídicos cuya protección ya ha sido reconocida por el Derecho penal, y menciona como el ejemplo más característico el delito de hurto cometido mediante “sistemas de transferencia electrónica de fondos, de la telemática en general o violación del empleo de claves secretas”.

A su vez, define al *delito informático propiamente dicho* como aquel que afecta un nuevo interés social, un nuevo bien jurídico-penal que identifica como: “la información (almacenada, tratada y transmitida mediante los sistemas de tratamiento automatizado de datos)”.

Agrega que aunque para algunos autores dicha distinción carece de trascendencia, las consecuencias metodológicas que su utilización conlleva son, sin duda, importantes, en la medida que nos permite utilizarla como criterio diferenciador del bien jurídico y, ulteriormente, como opción de política criminal para el combate de la denominada “criminalidad mediante computadoras”, término que engloba tanto a los delitos computacionales como a los delitos informáticos propiamente dichos.

Concluye que el fenómeno de la pornografía en Internet puede, conforme a lo señalado, ser englobado dentro de los denominados “delitos computacionales” pues supone únicamente una nueva manifestación del delito de viejo cuño conocido como “ofensas al pudor”, cuya comisión afecta un bien jurídico cuya

⁵⁶ REYNA ALFARO, Luis Miguel, *Pornografía e internet: aspectos penales*, ya citado.

carta de naturaleza tiene antigua data, esto es la "libertad" o "indemnidad" sexuales.

2.3.3. Por su parte, el Convenio de Budapest sobre Cibercriminalidad propone a los estados firmantes la adopción de los siguientes delitos:

1) *Infracciones contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos* (Título 1)

- Acceso ilícito (art. 2)
- Interceptación ilícita (art. 3)
- Atentados contra la integridad de los datos (art. 4)
- Atentados contra la integridad del sistema (art. 5)
- Abuso de equipos e instrumentos técnicos (art. 6)

2) *Infracciones informáticas* (Título 2)

- Falsedad informática (art. 7)
- Estafa informática (art. 8)

3) *Infracciones relativas al contenido* (Título 3)

- Infracciones relativas a la pornografía infantil (art. 9)⁵⁷

4) *Infracciones vinculadas a los atentados a la propiedad intelectual y a los derechos afines* (Título 4 y art. 10).

2.3.4. Otra clasificación que atiende a la posible afectación de bienes jurídicos protegidos por el código penal español es proporcionada por el profesor sevillano PÉREZ LUÑO⁵⁸, quien, tras sostener que internet implica el riesgo de un efecto multiplicador de los atentados contra derechos, bienes e intereses jurídicos, especifica que su potencialidad en la difusión ilimitada de imágenes e informaciones la hace un vehículo especialmente poderoso para perpetrar atentados criminales contra cuatro tipos de bienes jurídicos básicos:

1) *La intimidad, la imagen, la dignidad y el honor de las personas* (bienes que son tutelados en los artículos 197 ss. y 205 ss. del Código Penal español de 1995), al posibilitar la intromisión indebida en datos personales, su transmisión no autorizada, el acoso in-

⁵⁷ Sobre el contenido de este título —objeto del presente trabajo— nos explicamos más abajo.

⁵⁸ En su artículo *Impactos...*(ya citado).

formático, la propagación universal de difamaciones, calumnias e injurias, la incitación al odio o la discriminación raciales...

2) *La libertad sexual* al permitir la propagación de imágenes o informaciones que entrañen formas de exhibicionismo, provocación sexual o fomenten la pornografía entre menores de edad (actividades penadas en los arts. 185, 186 y 189 del nuevo Código Penal español).

3) *La propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores* (bienes protegidos en los arts. 270 ss. del Código Penal español), ya que Internet puede contribuir a la distribución ilícita de obras registradas como propiedad intelectual o industrial, a la piratería de programas, así como a la difusión de contenidos publicitarios ilegítimos.

4) *La seguridad nacional y el orden público* (garantizados por los arts. 544 ss. del Código Penal), en cuanto que pueden contribuir a facilitar atentados y desórdenes públicos, e incluso actividades terroristas.

2.4. Delincuencia informática: modelos legislativos comparados ⁵⁹

Sostiene RIQUERT que en el plano del derecho comparado pueden observarse diversas formas de acercarse a la tipificación de las conductas disvaliosas vinculadas a las nuevas tecnologías de la información. Efectúa esta sintética categorización de modelos:

- a) Dictado de Ley Especial.
- b) Modificación del Código Penal.
 - b.1) Difuminada
 - b.2) Concentrada en un capítulo especial
- c) Mixto (anárquico, combina a y b).

⁵⁹ RIQUERT, Marcelo Alfredo, según su disertación sobre delitos informáticos realizada en el marco de la Especialización en Derecho Penal Económico, organizada conjuntamente por la UCLM y la U.N.Córdoba, octubre de 2008; cf. tb. www.riquertdelincuenciainformatica.blogspot.com.

Aclara que no se trata aquí del planteo de las ventajas y desventajas que cada uno de estos modelos posee, sino simplemente de objetivar la disímil técnica utilizada.

La reciente ley 26.388 de delitos informáticos, como se verá, no es una ley especial, que regula este tipo de delitos en un cuerpo normativo separado del código penal con figuras propias y específicas, sino una ley que modifica, sustituye e incorpora figuras típicas a diversos artículos del código actualmente en vigencia, con el objeto de regular las nuevas tecnologías como medios de comisión de delitos previstos en el CP. Implica una modificación difuminada del código penal.

3. La reforma al código penal por ley 26.388

3.1. Antecedentes

a) *Causa Gornstein. Proyecto de 2002*⁶⁰

Causa “Gornstein”, también conocida como el caso del “X Team”. El 26 de enero de 1998 fue violada la seguridad del sitio *web* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, reemplazándose su página de inicio institucional por una alusiva al aniversario del asesinato del periodista José Luis Cabezas. Luego de la violación del sistema se recibió un correo electrónico que informaba los motivos de tal adulteración del sitio. En los medios periodísticos se dio amplia difusión al caso, cuya autoría se adjudicó a un grupo de *hackers* denominado “X Team”. No obstante, el juez dispuso su sobreseimiento por considerar la conducta atípica (art. 336, inc. 3ª, Cód. Proc. Penal) tras descartar su encuadre en la figura básica de daño del art. 183 del Cód. Penal, o su agravante del art. 184, inc. 5º, por recaer sobre bien de uso público. Lo resuelto produjo una repercusión inusual, entre lo que se destaca la

⁶⁰ RIQUERT, *Delitos informáticos*, en AA.VV., Derecho penal de los negocios, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 320 ss.

acordada 30/02 de la Corte Suprema mediante la cual reclama al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación que impulse la sanción de leyes penalizadoras de este tipo de conductas para proteger a los nuevos sistemas de comunicación, habida cuenta que la ausencia de encuadramiento legal expreso llevó a que la causa concluyera con un resultado perjudicial para la administración de justicia. La Secretaría de Comunicaciones de la Nación abrió una consulta pública y se elaboró un anteproyecto de ley de delitos informáticos, que obtuvo media sanción parlamentaria, y que definía tres tipos delictivos: el acceso ilegítimo informático (*hacking*), el daño informático (*cracking*) y el fraude informático. Otra consecuencia del fallo fue la presentación del proyecto de ley de las legisladoras Ferrari de Grand y Chaya, que establecía las siguientes figuras: intrusismo informático (art. 1), violación de correo electrónico (art. 2), sabotaje o daño informático (art. 3), fraude o estafa informática (art. 4) y exhibición, transmisión o comercialización por medios informáticos de pornografía infantil (art. 5).

*b) Ataque a correo electrónicos. Proyecto de 2006*⁶¹

PALAZZI describe detalladamente el proceso de sanción de la presente ley en los términos que se reproducen a continuación.

En el año 2006 —comenta el autor— se desató la polémica sobre la violación de correos electrónicos de varios periodistas y jueces, a raíz de una denuncia realizada por un importante diario de la Capital. Inmediatamente se presentaron en el Congreso varios proyectos de leyes relacionados con el correo electrónico. En junio del 2006 se comenzó a debatir en las comisiones de Legislación Penal, Comunicaciones y Libertad de Expresión de la Cámara baja un proyecto de modificación al Código Penal presentado por la diputada Diana Conti. La iniciativa, que igualaba la intromisión en co-

⁶¹ PALAZZI, Pablo A., *Análisis del proyecto de ley de delitos informáticos aprobado por el Senado de la Nación en el año 2007*, Extraído de la siguiente página web: <http://www.delitosinformaticos.com.ar/blog/wp-content/uploads/2008/04/comentario-proyecto-delitos-informaticos-2008-palazzi.pdf> .

reos electrónicos con las de misivas en papel, proponía penas de hasta diez años de prisión para la violación del correo electrónico por parte de funcionarios públicos o miembros de fuerzas de seguridad. Con el correr de los meses —aclara— el Congreso estimó conveniente introducir una reforma no sólo referida al correo electrónico sino a otros delitos informáticos.

A fines del año 2006, luego de un amplio debate de sus comisiones, la cámara de diputados aprobó el proyecto de ley. El proyecto contempló los delitos informáticos más tradicionales tales como la estafa informática, el daño informático, el acceso no autorizado a un ordenador, la falsificación de documentos digitales, y la violación de correspondencia digital, correo electrónico y cualquier otro medio de comunicación moderno así como su interrupción. También se contemplan delitos relacionados con la pedofilia y la distribución de virus informáticos.

El 28 de noviembre de 2007, el Senado aprobó con reformas el proyecto de ley de delitos informáticos que había sido aprobado con media sanción el año anterior por la Cámara de Diputados.

En el Senado, las Comisiones de Justicia y Asuntos Penales y de Sistemas, Medios de Comunicación y Libertad de Expresión, luego de numerosas reuniones con expertos y luego de considerar otros proyectos de ley, emitieron un dictamen de comisiones (CD 109-06) que fue aprobado por el Senado en pleno.

Finalmente, el día 4 de junio de 2008 se sanciona la ley 26.388, la que es promulgada de hecho el día 24 y publicada en el B.O. el día 25 del mismo mes y año.

En líneas generales —entiende PALAZZI— las reformas del senado al proyecto de ley originario de diputados no han hecho sino mejorarlo en su técnica legislativa y en ciertos aspectos que fueron señalados por diversos juristas y asociaciones que participaron en la discusión en las comisiones. Pero el proyecto conserva la factura inicial que le dio la Cámara de Diputados.

Se trata —concluye el autor— de una reforma al Código Penal, no de una ley de delitos informáticos. Por eso en líneas generales no se crean nuevos delitos sino que se modifican ciertos aspectos de los existentes para receptar las nuevas tecnologías.

3.2. Enunciación de las reformas ⁶²

La ley 26.388 representa un gran avance de nuestro país en el castigo penal de hechos que hasta el momento quedaban sin sanción por el vacío legal que representaban. Las principales reformas introducidas al código penal consideran delitos a las siguientes acciones:

- Pornografía infantil por Internet u otros medios electrónicos (art. 128 CP)
- Violación, apoderamiento y desvío de comunicación electrónica (art. 153, párrafo 1° CP)
- Intercepción o captación de comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones (art. 153, párrafo 2° CP)
- Acceso ilegítimo a un sistema o dato informático (artículo 153 bis CP)
- Publicación indebida de una comunicación electrónica (artículo 155 CP)
- Acceso ilegítimo a un banco de datos personales (artículo 157 bis, párrafo 1° CP)
- Revelación ilegítima de información registrada en un banco de datos personales (artículo 157 bis, párrafo 2° CP)
- Inserción ilegítima de datos en un archivo de datos personales (artículo 157 bis, párrafo 2° CP; anteriormente regulado en el artículo 117 bis, párrafo 1°, incorporado por la Ley de Hábeas Data)
- Fraude informático (artículo 173, inciso 16 CP)
- Daño o sabotaje informático (artículo 183 y 184, incisos 5° y 6° CP)

En el presente trabajo nos ocupamos del primero de los delitos, analizado en el ámbito del "derecho penal de las sociedades de riesgo" descripto *supra*. Quedará para otra oportunidad el tratamiento de cada una de las demás figuras, lo que excede largamente el alcance del presente ⁶³.

⁶² Al final del trabajo se anexa el texto legal.

⁶³ Véase PALAZZI, *Análisis...*, ya citado, donde se efectúa un breve pero completo análisis de las reformas.

3.3. La ley 26.388 y el principio de legalidad (ley estricta y prohibición de analogía)

Se dijo arriba que una concepción amplia de criminalidad informática afecta el principio de legalidad en virtud de no partir de conductas tipificadas penalmente por la ley⁶⁴. Ello ha sido destacado en los fundamentos del Proyecto de Diputados en los siguientes términos: “también, y en este sentido, es fundamental que ante el peligro que representa la violación de los principios de legalidad y la prohibición de la analogía dentro del Derecho Penal, resulta necesaria la correcta tipificación de las conductas reprochables sin perder la claridad”⁶⁵.

Tal afectación podía advertirse, por ejemplo, en la violación de correo electrónico, conducta que provocó disímiles pronunciamientos judiciales en nuestro país: desde equipararla a la conducta descrita en el art. 153 del código penal (anterior a la reforma de la ley 26.388), hasta su declaración de atipicidad e imposibilidad de encuadrarlo en tal disposición por afectación del principio

⁶⁴ Aquí se hace referencia, en términos de FERRAJOLI, a la legalidad en sentido lato (*nulla poena, nullum crimen sine lege*); en cambio, el principio de estricta legalidad —dice el autor— exige todas las demás garantías como condiciones necesarias de la legalidad penal (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*). Afirma que “mientras el principio convencionalista de mera legalidad es una norma dirigida a los jueces, a los que prescribe que consideren delito cualquier fenómeno libremente calificado como tal por la ley, el principio cognoscitivista de estricta legalidad es una norma meta-legal dirigida al legislador, a quien prescribe una técnica específica de calificación penal idónea para garantizar, con la taxatividad de los presupuestos de la pena, la decidibilidad de la verdad de su enunciación. Añade que “De ahí se sigue (...), un distinto papel de los dos principios y una distinta estructura normativa del sistema legal exigida por ellos: la simple legalidad de la forma y de la fuente es la condición de la vigencia o de la existencia de las normas que prevén penas y delitos, cualquiera que sean sus contenidos; la estricta legalidad o taxatividad de los contenidos, tal y como resulta de su conformidad con las demás garantías, por hipótesis de rango constitucional, es en cambio una condición de validez o legitimidad de las leyes vigentes”. Para profundizar sobre la diferencia entre una y otra, véase la obra citada (*Derecho y Razón...*), pp. 34 s., 44, 94 s., etc.

⁶⁵ Fundamentos del Proyecto de Diputados.

de legalidad y la prohibición de analogía *in malam partem*. El nuevo artículo 153 del código, reformado por la ley 26.388 de delitos informáticos (publicada el 25/6/08), prevé expresamente la violación de correo electrónico. Se supera así la discusión jurisprudencial de si tal conducta podía encuadrarse en la anterior versión de la disposición citada, que sólo hacía referencia a “carta” y a “correspondencia”, expidiéndose algunos tribunales en el sentido contrario en resguardo del principio de legalidad, que —como se dijo— exige que la ley sea previa, escrita y estricta y prohíbe la analogía ⁶⁶.

Algo similar ocurría con las conductas de producción, publicación y distribución de imágenes pornográficas a través de internet, cuyo encuadramiento en el anterior art. 128 del código penal era

⁶⁶ Decía al respecto RIQUERT, Marcelo Alfredo, en su trabajo *Hacking, Cracking, E-mail y dos fallos judiciales que denuncian lagunas en la legislación penal argentina*, extraído de www.carlosparma.com.ar : “Una vez más las discusiones sobre la protección penal del correo electrónico (con motivo de la denuncia de P.A.S. por CCS S.R.L. contra Vía Networks Argentina S.A.). La discordancia en la interpretación de las previsiones legales en juego entre órganos del Poder Judicial y del Ministerio Público Fiscal de la Nación en la solución de este caso no hace más que poner en evidencia otra vez la inseguridad jurídica que provoca la inacción del Poder Legislativo en este materia. Así, mientras el juzgador optó por seguir la tesis por la posibilidad de punición sentada por la Sala VI de la C.N.Crim.yCorrec. de Capital Federal en la conocida causa “Lanata”, el representante del M.P.F. requirió el archivo de la causa por considerar la conducta atípica. (...) En concordancia con nuestra opinión personal, Mariano Municoy ha resumido la imposibilidad de equiparar correo tradicional y electrónico por vía de analogía, señalando que se diferencian en tres aspectos: multiplicidad, ubicuidad y dispersión. El primero, porque el mensaje digital no es un documento único, sino múltiple, implicando la asistencia de dos o más duplicados, mientras que el tradicional existe en general en una sola copia. La ubicuidad, en cuanto cuando el usuario envía el mensaje electrónico se crean múltiples copias potencialmente diseminadas por el mundo, dependiendo del punto de partida y de llegada, lo que no sucede cuando una carta común se deposita en un buzón. Lo último, porque cada persona que posee un e-mail tiene la capacidad de duplicarlo hasta el infinito, utilizando además de la comunicación de individuo a individuo, las listas de correo, boletines digitales y news groups (factor dispersión). Ello además de las copias que quedan creadas en la memoria del emisor (incluso archivos temporales) y las que quedan grabadas en el servidor del proveedor de acceso...”.

discutible. Y si bien algunos autores opinaban que no se afectaba el mencionado principio⁶⁷, con la nueva ley, que reforma el mencionado artículo, la cuestión queda totalmente zanjada, al preverse que tales conductas —entre otras— pueden cometerse “por cualquier medio”.

En definitiva, la nueva ley tipifica con rigurosidad conductas que antes podían discutiblemente encuadrarse en figuras ya existentes, lo que implicaba interpretación reñida con el grado de precisión que debe tener toda ley, tanto en la delimitación de la tipicidad como en la determinación de la pena.

3.4. *La ley 26.388 y el principio de mínima suficiencia (subsidiariedad y fragmentariedad)*⁶⁸

En los fundamentos del proyecto de la Cámara de Diputados se remarcó que la necesidad de una reforma amplia no debía atentar contra el carácter subsidiario del derecho penal: “Se ha intentado en el mismo realizar una síntesis de las distintas iniciativas, proponiéndose una reforma que sea lo más abarcativa posible en cuanto a las distintas figuras que comprende, en el entendimiento de que la actividad informática forma parte de una transformación global que en sus diferentes aspectos debe ser regulada por un conjunto específico de normas y de principios e instituciones que le sean propias. Ello sin dejar de tener en cuenta que el Derecho Penal es de *ultima ratio* y que modificar sus disposiciones no debe ser una respuesta ante cualquier tipo de contingencias que se susciten en la vida en

⁶⁷ V. gr., RIQUERT en *Estado de la Legislación contra la Delincuencia Informática en el MERCOSUR*, Alfa-Redi: Revista de Derecho Informático, N° 116, Marzo del 2008, dice: “Entendemos que la amplitud de las conductas descriptas permite aprehender sin mayor problema los casos en el que el medio utilizado fuere Internet, aún cuando no sea mencionado en forma expresa pues ningún otro lo ha sido” (extraído de la siguiente página web: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=10136>)

⁶⁸ El tópico se relaciona con el concepto de “legalidad estricta” de FERRAJOLI, relacionado a su vez con el principio de necesidad o economía (véase *supra*, notas n° 40 y 64).

sociedad, sino sólo una reacción del Estado frente a la vulneración de valores y bienes jurídicos fundamentales”⁶⁹.

4. Pornografía infantil e internet

4.1. Necesidad de regulación

La necesidad de establecer normas que repriman penalmente este tipo de conductas surge evidente con el avance avasallante del contenido pornográfico que incluye a menores en internet⁷⁰. Trátase de uno de los fenómenos de las ya explicadas “sociedades de riesgo”. Indiscutiblemente no se trata de tomar una posición moralista que intente poner un freno a la concupiscencia humana; sólo pueden erigirse en delitos las acciones que lesionen un derecho⁷¹, y este es el caso de la figura aquí estudiada: el bien jurídico prote-

⁶⁹ Fundamentos del Proyecto de Diputados.

⁷⁰ Ello ha sido expresado claramente en el Preámbulo del Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, que complementa la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño: “Preocupados por la disponibilidad cada vez mayor de pornografía infantil en la Internet y otros medios tecnológicos modernos y recordando la Conferencia Internacional de Lucha contra la Pornografía Infantil en la Internet (Viena, 1999) y, en particular, sus conclusiones, en las que se pide la penalización en todo el mundo de la producción, distribución, exportación, transmisión, importación, posesión intencional y propaganda de este tipo de pornografía, y subrayando la importancia de una colaboración y asociación más estrechas entre los gobiernos y el sector de la Internet”. Dicho protocolo ha sido aprobado en nuestro país por la ley 25.763 (2003).

⁷¹ Decía en este sentido Francesco CARRARA: “Del principio fundamental de la razón de castigar ya hemos deducido la máxima, que va tornándose norma para todas las buenas legislaciones criminales, según la cual no puede castigarse un pecado como un delito, salvo cuando se exteriorice en una lesión del derecho. Es feísimo pecado la incontinencia; pero los legisladores excederían los poderes que les corresponden, si castigarán la incontinencia sólo en cuanto es incontinencia, sin buscar, a tal fin, la resultante de un derecho violado” (*Programa del Curso de Derecho Criminal, Parte Especial*, traducción de la 11ª edición italiana bajo la dirección de Sebastián Soler y la colaboración de Ernesto R. GAVIER y Ricardo C. NÚÑEZ, Depalma, Buenos Aires, 1945, Vol. II, p. 165).

gido es el normal desarrollo psíquico y sexual de los menores de 18 años, el que se vería gravemente afectado con la participación de éstos —o mejor dicho, con su explotación— en escenas de contenido sexual explícito, fenómeno potenciado por el crecimiento exponencial del uso de *internet* (término definido por la Real Academia Española como “red informática mundial, descentralizada, formada por la conexión directa entre computadoras u ordenadores mediante un protocolo especial de comunicación”⁷²).

La pornografía infantil repercute de dos formas distintas: en primer lugar, es responsable de la explotación sexual de miles de niños distribuidos en todo el mundo, a los que se utiliza para confeccionar todo tipo de fotografías y videos que van desde la exhibición de sus cuerpos hasta la violación y la tortura; por otro lado, repercute sobre el conjunto de todos los niños al incitar e invitar constantemente a sus consumidores para que lleven al terreno de la realidad sus “fantasías”⁷³. Se trata, como se puede advertir, de un círculo vicioso que se acrecienta día a día y requiere la más firme y decidida regulación penal.

Siempre deberá tenerse en vista el *interés superior del niño* consagrado por la legislación supranacional, nacional y provincial, que debe anteponerse a otros derechos, prevaleciendo según las circunstancias particulares de cada caso (cf. Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU; ley nacional 26.061 de Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; ley provincial 9053 de Protección Judicial del Niño y el Adolescente).

4.2. Concepto de “pornografía infantil”. Bien jurídico protegido.

El art. 128 del código penal reprimía, en su origen, la publicación, fabricación o reproducción de libros, escritos, imágenes y objetos obscenos, y la exposición, distribución o circulación de ese

⁷² www.rae.es

⁷³ Cf. proyecto de ley de protección del niño y adolescente en el uso de internet (3622-D-2006).

material. El bien jurídico protegido era el pudor público, entendido como sentimiento medio de decencia sexual, que se atacaba por medio de la obscenidad, entendida como lo sexualmente lujurioso, lo que constituye un exceso respecto de lo sexual ⁷⁴.

Con la reforma al citado artículo por la ley 25.087 (B.O. 14/5/99) lo que se reprime deja de ser lo *obsceno*, que era considerado un concepto demasiado amplio y sujeto a criterios personales, el que es reemplazado por lo *pornográfico*, pero sólo en cuanto implique la exhibición de menores de 18 años. El bien jurídico protegido ya no es, en consecuencia, el pudor público, sino el *normal desarrollo psíquico y sexual* de quienes no han cumplido 18 años de edad y, por ende, no han alcanzado suficiente madurez psíquica y sexual para protagonizar esas exhibiciones ⁷⁵; el objetivo primario de la incriminación reside en reprimir la explotación de niños en la producción de imágenes pornográficas ⁷⁶. En síntesis, la nueva norma hizo referencia sólo a la *pornografía infantil*.

La pornografía era, así, un elemento normativo del tipo penal que calificaba a las imágenes ⁷⁷. Era necesario, entonces, brindar una acertada definición de pornografía para aplicar correctamente la figura legal a los casos concretos, tarea nada sencilla si se considera que el concepto de pornografía —de modo similar a lo que ocurriría con el de obscenidad— gira en torno a valoraciones éticas y morales y varía en torno a las necesidades y las costumbres según las sociedades y las épocas ⁷⁸.

⁷⁴ CREUS, Carlos, *Derecho Penal Parte Especial*, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1992, t. 1, p. 240.

⁷⁵ NÚÑEZ, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal, Especial*, 2ª ed. actualizada por V. F. Reinaldi, Lerner, Córdoba, 1999, p. 123

⁷⁶ Discusión parlamentaria de la ley 25.087. Cf. LAJE ANAYA - GAVIER, *Notas al Código Penal Argentino, Parte Especial*, 2ª edición, Lerner, Córdoba, T. II, p. 199; D'ALESSIO, ANDRÉS JOSÉ, DIVITO, MAURO A., Y OTROS, *Código Penal Comentado y Anotado*, Parte Especial, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2004, t. II, p. 201.

⁷⁷ NÚÑEZ, *op. cit.*, p. 123.

⁷⁸ D'ALESSIO y OTROS, *op. cit.*, p. 201. Por su parte, CREUS resaltaba lo mismo respecto de la obscenidad, poniendo como ejemplo que un mojón fálico coloca-

Según la Real Academia Española, la *pornografía* es el carácter obsceno de ciertas obras literarias o artísticas, o la obra literaria o artística de ese carácter; por otro lado, define al adjetivo *obsceno* como lo impúdico, torpe, ofensivo al pudor; a su vez, éste es definido como honestidad, modestia, recato (*Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima segunda edición, 2001). En base a ello, LAJE ANAYA y GAVIER sostienen que lo pornográfico, a pesar del cambio del término, continúa siendo lo obsceno, que definen como lo que ofende el sentimiento público de decencia sexual, el pudor que se traduce en la compostura o vergüenza que la generalidad de las personas experimenta frente a asuntos de índole sexual, resultando afectado por lo que es impúdico por su lujuria, y lo que por su tendencia a exaltar los instintos sexuales de las personas es una torpe exaltación de la lascivia ⁷⁹.

NÚÑEZ, por su parte, consideraba que las imágenes pornográficas son las que “tienen a provocar o excitar sexualmente a terceros” ⁸⁰.

La ley 25.763, que aprueba el “Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía” (Asamblea General de Naciones Unidas, 25/5/00), en su art. 2º, inc. c, establece que “por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”.

Con la reforma de la ley 26.388, ya no se utiliza el término “pornográfico”, sino que se habla de “*toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines pre-*

do en la vía pública no era obsceno en algunas sociedades antiguas, pero esa es-cultura resultaría una obscenidad si se instalara en una de nuestras plazas (*op. cit.*, p. 241).

⁷⁹ LAJE ANAYA - GAVIER, *op. cit.*, p. 199.

⁸⁰ NÚÑEZ, *op. cit.*, p. 123.

dominantemente sexuales”, adoptando, de esa forma, la definición señalada en el párrafo que antecede (a excepción de las actividades sexuales explícitas *simuladas*, como se verá *infra*).

Sin embargo, en proyectos anteriores se daba una definición mucho más amplia, como puede leerse en la siguiente disposición: “Para los alcances de la presente Ley, debe entenderse por Pornografía Infantil toda representación, por cualquier medio, de un niño, niña o adolescente dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño, niña o adolescente con fines primordialmente sexuales. Dentro de esta definición, también debe englobarse lo que se conoce como ‘Pornografía Infantil Técnica’, es decir, la alteración de imágenes de adultos que participan en actos sexuales para que parezcan menores; la ‘Pseudopornografía Infantil’ es la realización de fotomontajes con imágenes de menores para asemejarlas a actos sexuales, que al contener imágenes reales de menores agravan el delito; y ‘Pornografía Virtual’, que es la exhibición de contenidos sexuales a través de representaciones virtuales, como dibujos animados, que impliquen una referencia implícita o explícita a menores de edad en actos sexuales”. De esta manera, comprendía no sólo la pornografía infantil propiamente dicha, sino la pornografía infantil técnica, la pseudopornografía infantil y la pornografía virtual ⁸¹.

Esto es precisamente lo que GALÁN MUÑOZ considera una desmedida e injustificable expansión del derecho penal en materia de pornografía infantil ⁸², pero que finalmente no ha sido receptado por la ley 26.388, como se verá.

4.3. *La pornografía y las representaciones artísticas*

Un problema interesante se plantea en el caso de las representaciones artísticas con un contenido sexual explícito (en las que se

⁸¹ Proyecto de ley de protección del niño y adolescente en el uso de Internet, art. 2 (Expte. N° 3622-D-2006).

⁸² GALÁN MUÑOZ, *Expansión...* (op. cit.), p. 27 y nota 38.

incluya a menores de edad). Se argumenta que la finalidad artística impediría considerar la obra como violatoria del artículo 128.

En este sentido, los tipos previstos por el artículo 128 originario, que reprimía todo tipo de representación "obscena", fueron derogados por la ley 25.087 a fin de —según NÚÑEZ— no limitar la libertad de expresión y las manifestaciones artísticas, muchas veces afectadas a causa de la vaguedad del término "obsceno", interpretado a menudo de acuerdo a criterios personales respecto de los cuales debe permanecer ajeno⁸³. Pero incluso antes de su derogación, se dictó la ley 23.052 y sus decretos reglamentarios 824/84 y 3899/88, por los que se autorizó la exhibición de películas de contenido obsceno con advertencia a los mayores y prohibición de ingreso a los menores de 18 años⁸⁴.

Con la redacción actual del artículo 128, una representación, aun de carácter pretendidamente artístico, será pornográfica y, por ende, su producción, distribución, etcétera, caerá en la figura aquí estudiada, cuando *objetivamente* incluya imágenes de menores dedicados a actividades sexuales explícitas (reales) o de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales). Se afirma que trata de un concepto de carácter objetivo en el que no interesa la finalidad del autor, pues ésta surge del modo y contexto en el que se ha realizado la acción; en el caso de la pornografía, la finalidad —afirma Soler— es patente y hace imposible, en realidad, que en la producción se concrete una verdadera voluntad artística⁸⁵.

La infancia es un bien jurídico que debe ser preservado y cuya defensa y protección adquiere preeminencia ante otros bienes jurídicos también tutelados en nuestro ordenamiento jurídico. Si bien nuestro país consagra como garantía fundamental la libertad de expresión y la libertad de información, estas libertades deben ceder

⁸³ NÚÑEZ, *op. cit.*, p. 123. Por su parte, CREUS ponía énfasis en que lo obsceno debía ser ajeno a criterios personales sobre el pudor (*op. cit.*, p. 241).

⁸⁴ NÚÑEZ, *idem*. También LAJE ANAYA - GAVIER, *op. cit.*, p. 198.

⁸⁵ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, citado en D'ALESSIO y OTROS, *op. cit.*, p. 201.

cuando se someten a una colisión con los bienes jurídicos que protegen a los niños y adolescentes y su integridad sexual ⁸⁶.

4.4. Documentos internacionales relacionados a la pornografía infantil e internet

a) Convenio sobre cibercriminalidad (Budapest, 23/11/2001)

En la sanción de la ley 26.388 se tuvieron en cuenta las previsiones del Convenio de Cibercriminalidad de Budapest, aunque tal instrumento todavía no fue suscripto por nuestro país. El contenido de tal convenio, específicamente en relación a la pornografía infantil, es el siguiente:

Título 3 – Infracciones relativas al contenido

Artículo 9 – Infracciones relativas a la pornografía infantil

1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que se estimen necesarias para prever como infracción penal, conforme a su derecho interno, las siguientes conductas cuando éstas sean cometidas dolosamente y sin autorización:

- a. la producción de pornografía infantil con la intención de difundirla a través de un sistema informático;
- b. el ofrecimiento o la puesta a disposición de pornografía infantil a través de un sistema informático;
- c. la difusión o la transmisión de pornografía infantil a través de un sistema informático;
- d. el hecho de procurarse o de procurar a otro pornografía infantil a través de un sistema informático;

⁸⁶ Conceptos vertidos en los fundamentos de uno de los proyectos de ley de protección del niño y adolescente en el uso de Internet (Expte. N° 3622-D-2006). Tales fundamentos no hacen, pues, sino referir al tan declamado "interés superior del niño", consagrado por la legislación supranacional, nacional y provincial, que debe anteponerse a otros derechos, prevaleciendo según las circunstancias particulares de cada caso (cf. Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU; ley nacional 26.061 de protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes; ley provincial 9053 de protección judicial del niño y el adolescente).

e. la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un medio de almacenamiento de datos informáticos.

2. A los efectos del párrafo 1 arriba descrito, la “pornografía infantil” comprende cualquier material pornográfico que represente de manera visual:

a. un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito;

b. una persona que aparece como un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito;

c. unas imágenes realistas que representen un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito.

3. A los efectos del párrafo 2 arriba descrito, el término “menor” designa cualquier persona menor de 18 años. Las Partes podrán exigir un límite de edad inferior, que debe ser como mínimo de 16 años.

4. Los Estados podrán reservarse el derecho de no aplicar, en todo o en parte, los párrafos 1 (d) y 1 (e) y 2 (b) y 2 (c).

b) Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía

Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en sesión plenaria del 25 de mayo de 2000. Aprobado en nuestro país por ley 25763 (B.O. 25/8/2003), art. 1. Este protocolo da una definición concreta de pornografía infantil, y su importancia radica en que ha sido la base de la reforma del artículo 128 del código penal por la ley 26.388.

*c) Unión Europea: Comunicación de la Comisión sobre Contenidos ilícitos y nocivos en Internet - Libro verde sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los nuevos servicios audiovisuales y de información*⁸⁷

PÉREZ LUÑO reseña que en el marco de la Unión Europea se elaboró la Comunicación de la Comisión sobre *Contenidos ilícitos*

⁸⁷ Se reproduce en gran parte el análisis de PÉREZ LUÑO, *op. cit.*

y nocivos en Internet, en el año 1996, la que tiene por fin principal el logro de "un correcto equilibrio entre la garantía de la libre circulación de la información y la protección del interés público" entre los Estados miembros de la Unión Europea. Indica que el principio básico consiste en que lo que es ilegal fuera de la red también lo es en ella, por lo que los Estados miembros deben aplicar la legislación existente que pueda sancionar esas conductas ilícitas. Agrega que en virtud de la descentralización y el carácter planetario de Internet, son necesarias la cooperación y la respuesta jurídica unitaria, para lo cual el documento de referencia insta a incrementar el intercambio de información entre los Estados miembros sobre los suministradores de contenidos delictivos, y exhorta a los Estados miembros para que establezcan "criterios europeos mínimos" sobre contenidos criminales en Internet. Además, se declara el propósito de fomentar los proyectos de autorregulación elaborados por las asociaciones de suministradores de acceso a Internet, por considerar que el papel de ellas es de primordial eficacia para limitar la distribución de contenidos ilícitos en la red.

El mismo autor menciona como complementario al anterior el llamado *Libro Verde sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los nuevos servicios audiovisuales y de información*, elaborado también por la Comisión por petición del Parlamento Europeo y del Consejo. Indica que se trata de un documento, paradójicamente, más genérico y más específico; más genérico en cuanto a su *ámbito*, ya que no se limita a la regulación de Internet, sino que se ocupa de todos los servicios audiovisuales y de información; más específico en cuanto a su *objeto*, ya que se circunscribe a la protección de los menores y de la dignidad humana.

El *Libro Verde* recuerda que la protección jurídica de los menores y la dignidad en las normas constitucionales y legislativas de los Estados miembros de la Unión Europea tienen como soporte básico el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el que se reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8) y, asimismo, el derecho a la libertad de expresión (art. 10). No obs-

00

tante, ambos derechos no son considerados como absolutos e ilimitados, al estar previsto que pueda condicionarse su ejercicio por medidas necesarias, en una sociedad democrática, para garantizar la seguridad, la salud, la moral o los derechos y libertades de los demás (arts. 8.2 y 10.2). En consecuencia, la libertad de expresión a través de los servicios audiovisuales (entre ellos internet) no es ilimitada en el seno de la Unión Europea, si bien sus limitaciones deben ser admitidas restrictivamente.

El Libro Verde, acogiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), propugna que las restricciones a la libertad de expresión fundadas en la defensa de derechos ajenos, en concreto de los de los menores y la dignidad, se halle condicionada a tres exigencias acumulativas: 1) *prohibición de arbitrariedad*, lo que implica que cada restricción deba estar prevista por la ley; 2) *necesidad social* imperiosa de garantizar valores y derechos de las sociedades democráticas; 3) *legitimidad de objetivos*, enumerados de forma limitada y entre los que la defensa de la moralidad y la salud públicas se estiman particularmente adecuados para proteger a los menores y la dignidad humana.

No obstante, no basta que la medida restrictiva resulte “útil” o “razonable”; su carácter legítimo sólo puede probarse tras un profundo examen de su eficacia en relación con el grado de injerencia que implica. Este análisis constituye una *prueba de proporcionalidad* de las medidas restrictivas. No deben imponerse restricciones a la libertad de expresión audiovisual que no estén justificadas en virtud de dicha prueba de proporcionalidad.

El Libro Verde —concluye PÉREZ LUÑO— auspicia una regulación de las redes audiovisuales que tienda a armonizar la libertad de expresión con la defensa de los menores y de la dignidad. Para ello, aboga por el establecimiento de sistemas (por ejemplo, filtros de clasificación de contenidos) que garanticen que los menores no accedan a programas perjudiciales, permitiendo no obstante el acceso de los adultos. Se trata de soluciones procedentes de la base (*bottom up*) más que procedentes desde arriba (*top down*), que permiten obviar la necesidad de censura previa y aumentan la potencial eficacia de la autorregulación

4.5. La pornografía infantil e internet antes de la sanción de la ley 26.388, ¿violación del principio de legalidad?

Decíamos más arriba que la nueva ley 26.388 de reforma al código penal ha tipificado con precisión —a través de la modificación de artículos ya existentes en el código penal— conductas cuyo encuadramiento en figuras ya existentes era discutido y entendido, en general, como una violación al principio de legalidad y la prohibición de analogía *in malam partem*.

En lo que respecta, específicamente, a la pornografía infantil e internet, afirmaba RIQUERT —antes de la reforma que aquí se estudia— que en la Argentina, si bien no había una norma específica, la *amplitud* de las conductas descriptas por el artículo 128 del código penal (según Ley 25.087/99) permitía aprehender sin mayor problema los casos en el que el medio utilizado fuese Internet, aun cuando no fuera mencionado en forma expresa, pues ningún otro medio lo ha sido ⁸⁸.

Ello significa, en otras palabras, que para el autor mencionado ello no implicaba una violación al principio de legalidad y a la consecuencia de éste: la prohibición de la analogía *in malam partem*.

No obstante, indica que PALAZZI se ha pronunciado al respecto requiriendo una incorporación *expresa*, señalando que la punición de la ciberpornografía está prevista por la Convención de Cibercrime elaborada por el Consejo Europeo del año 2001. De ello puede deducirse que para este último autor el encuadramiento de la ciberpornografía en la figura prevista por el artículo 128 (anterior a la reforma) del código de fondo implicaba un inaceptable caso de aplicación analógica de la ley y, por ende, de violación del principio de legalidad (no hay otro modo de interpretar su requerimiento de incorporación expresa de tal conducta).

⁸⁸ Artículo 128, según ley 25.087: “Será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años el que produjere o publicare imágenes pornográficas en que se exhibieran menores de dieciocho años, al igual que el que organizare espectáculos en vivo con escenas pornográficas en que participaren dichos menores. En la misma pena incurrirá el que distribuyere imágenes pornográficas cuyas características externas hiciera manifiesto que en ellas se ha grabado o fotografiado la exhibición de menores de dieciocho años de edad al momento de la creación de la imagen...”.

Antes de la reforma RIQUERT sostenía que el alcance jurídico del concepto de pornografía infantil se encontraba delineado por la Ley 25.763 (B.O., 25/8/2003), cuyo art. 1° aprueba el Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño mencionado más arriba (véase punto 4.4, acápite “b”). El art. 2° inc. c) de dicho Protocolo establece que “*por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales*”. Adviértase la inclusión expresa de las *simulaciones* de acto sexual explícito de un menor, en función de los problemas que pudiera generar, lo que será tratado *infra* (punto 4.6.4). Aquí cita RIQUERT a MUÑOZ CONDE y su comentario sobre la modificación del art. 189 del CPE, que en su nuevo párrafo 7 penaliza la producción o difusión de material pornográfico “en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada”. Es decir, se tipifica la utilización de imágenes virtuales sin ninguna base real, lo que lleva al reconocido profesor a preguntarse si no estamos frente a un nuevo derecho penal de autor, donde lo punible es la tendencia pederasta como tal, aún cuando se traduzca en actos que concretamente incidan directamente en un menor o incapaz⁸⁹. Pero sobre este punto volveremos más adelante.

Veremos, sin embargo, que las conductas finalmente tipificadas por el art. 128 reformado son menos amplias que las previstas en la definición de pornografía infantil brindada por el Protocolo mencionado como fuente.

4.6. Análisis del artículo 128 reformado por la ley 26.388

4.6.1. Necesidad de reforma

La sanción de la ley era absolutamente necesaria ante los crecientes casos de pornografía infantil y la innegable realidad de que

⁸⁹ Pub. en el medio virtual www.elDial.com, sección el Dial Express, diario del 16/03/06.

Internet se ha convertido en el medio principal para que pedófilos intercambien archivos y fotografías de menores, incluso superando con su accionar las fronteras locales de los diferentes estados. Resultaba absolutamente necesario que el código penal contemplara esta nueva modalidad delictiva, sobre todo para cumplir con los compromisos internacionales que se habían adoptado. Ya se ha visto que en nuestro país la ley 25.763 aprobó el Protocolo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, que complementa la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (de rango constitucional según el art. 75 inc. 22 CN). El artículo 1 de dicho Protocolo dispone que "Los Estados Parte prohibirán la venta de niños, la prostitución infantil y la *pornografía infantil*, de conformidad con lo dispuesto en el presente Protocolo". El concepto de pornografía infantil se precisa en el art. 2 inc. "c", transcripto supra (véase punto 4.5, penúltimo párrafo). Finalmente, el art. 3 dispone que "Todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente: ... ii) c) La producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil, en el sentido en que se define en el artículo 2".

En definitiva, la reacción social ante la creciente ola de pederastia a través de internet, por un lado, y la adopción de los instrumentos internacionales citados, por el otro, hacían necesaria la pronta previsión legal de la ciberpornografía infantil como delito.

4.6.2. *El texto legal*

El texto del artículo 128 del código penal ha sido sustituido, por ley 26.388, por el siguiente: "Será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años el que produjere, finanziare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus

partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores. Será reprimido con prisión de cuatro meses a dos años el que tuviere en su poder representaciones de las descritas en el párrafo anterior con fines inequívocos de distribución o comercialización. Será reprimido con prisión de un mes a tres años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce años”.

4.6.3. *Definición adoptada*

En primer lugar, se advierte que la expresión “cualquier medio” permite incorporar el fenómeno de la pornografía infantil a través de internet, lo que despeja totalmente las dudas acerca de si se podían encuadrar tales conductas en el viejo art. 128 sin violar el principio de legalidad y la prohibición de analogía *in malam partem*.

Hay que destacar que la última redacción, que surgió del Senado, si bien es similar a la redactada inicialmente por Diputados, ha sufrido algunos cambios. En efecto, el dictamen del Senado (OD 959/2007) propuso realizar —entre otras— la siguiente modificación que fue aceptada finalmente por el pleno: “En lo que hace a los delitos contra la integridad sexual, específicamente respecto del elemento del tipo penal del artículo 128 actual, se sustituyó imágenes pornográficas por *toda representación de un menor de dieciocho años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales*”.

Como puede advertirse, se ha receptado —en parte— la definición del ya mencionado Protocolo Facultativo, a excepción de las actividades sexuales simuladas (véase supra, punto 4.5, penúltimo párrafo).

4.6.4. *Dos cuestiones: las actividades sexuales simuladas y la simple tenencia de material pornográfico*

En ninguna de las versiones finales de ambas Cámaras se incluyó la mención de actividades sexuales *simuladas*, la que si bien es-

taba incluida en la versión original de la cámara de diputados, se acordó su eliminación en un debate posterior. Tal mención también se discutió en el Senado pero se decidió no incluirla, a pesar de que está prevista —como se indicó *supra*— por el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención del Cibercrimen.

Creemos que la tipificación de tales conductas implica una injustificada expansión del derecho penal, y la consecuente violación a los principios de lesividad y mínima intervención que rigen —que deben regir— en esta materia. Consideramos, pues, acertada la decisión del legislador, a pesar de las críticas que pudiera recibir en virtud de desconocer la previsión que de tales conductas efectúa el referido Protocolo Facultativo.

Cabe destacar otro acierto —al menos así lo juzgamos nosotros— del legislador, tal como ya hemos adelantado más arriba. En relación al proyecto de Diputados, el Senado alteró las penas que el proyecto prevé para la producción y la tenencia y agregó un requisito más a la *tenencia* para penalizar sólo aquella que tenga *finés inequívocos* de comercialización o distribución. El dictamen del Senado (OD 959/2007) explica así estos cambios: “No se consideró conveniente reprimir con la misma pena a quién distribuya representaciones de las descriptas en el párrafo anterior como a quien las tenga en su poder, ya que son ilícitos de diferente peligrosidad, y asimismo, se vigorizó la idea, en salvaguarda del principio de reserva, de requerir en forma inequívoca la finalidad por parte del autor de proceder ulteriormente a su distribución o comercialización”.

A nuestro modo de ver, tal modificación implica que el legislador no ha caído en la tentación de expandir indebidamente la intervención penal sobre conductas que no causan lesión alguna al bien jurídico que protege la figura. Se respeta, de esta manera, la mínima intervención que se espera de un derecho penal liberal y, además, el principio de lesividad.

Es interesante traer aquí a colación la crítica que efectúa GALÁN MUÑOZ de las figuras incluidas por el legislador español: la pornografía virtual y la mera posesión de material pornográfico. Sostie-

ne, en primer lugar, que la interconexión en redes de los sistemas informáticos ha supuesto una revolución sin precedentes en el ámbito de las comunicaciones, al permitir una rápida y fácil transmisión y difusión de una gran cantidad de información a un grupo enorme de posibles destinatarios con medios relativamente accesibles para todos. Aprovechando esas nuevas posibilidades —agrega— se cometen conductas penalmente ilícitas: la difusión de datos de carecer personal ilícitamente obtenidos, la propagación de injurias o calumnias por la red o, principalmente, la difusión de algunos contenidos prohibidos como los referidos a la *pornografía infantil*. Y señala —en lo que aquí nos interesa— que el efecto facilitador que han tenido los modernos sistemas de telecomunicaciones en relación a la pornografía infantil ha llevado al legislador a afrontar en los últimos años un proceso de expansión extensiva de los tipos delictivos relativos a esta materia, que se ha reflejado en la tipificación, muchas veces cuestionable, de algunas nuevas conductas relacionadas con dichos contenidos ilícitos, como la *mera tenencia* sin finalidad de difusión o la de creación o difusión de lo que se denomina pornografía infantil *virtual*.

En este sentido, considera desmedida e injustificable la expansión producida —en el derecho español— en materia de pornografía infantil por la LO 5/2003, que sanciona tanto la *mera posesión* sin finalidad de distribución de este tipo de pornografía, como la producción y distribución de la pornografía infantil *virtual*, conductas delictivas contempladas en los apartados 2 y 7 del art. 189. Juzga que ambas figuras resultan contrarias al principio de intervención mínima y representan una inaceptable expansión de las barreras de intervención penal, ya que difícilmente pueda apreciarse en ellas una mínima lesividad respecto al bien jurídico la indemnidad sexual del menor, que legitime y fundamente la creación de tales delitos⁹⁰.

Y aquí surge la pregunta: ¿ha caído nuestro legislador en el mismo “pecado” que el legislador español? Ninguna de las dos figuras criticadas por el profesor español ha sido incorporada —como se precisó— al código penal por la reforma de la ley 26.388, por lo

⁹⁰ GALÁN MUÑOZ, *Expansión...* (op. cit.), p. 27 y nota 38.

que en este aspecto podemos afirmar que ha existido una especial atención del legislador argentino en el respeto de los principios arriba descriptos.

4.6.5. *¿Eliminación de la organización de espectáculos pornográficos en vivo?*

Por un error involuntario, en la cámara de Diputados la reforma del art. 128 del código penal había dejado de lado la figura del organizador de espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren menores, pero la redacción del Senado y, en definitiva, el texto de la ley 26.388, reinstala tal delito. El dictamen del Senado (OD 959/2007) explica así estos cambios: "...se conserva en la redacción del tipo penal la conducta del que organizare espectáculos en vivo con escenas pornográficas en que participaren dichos menores, que había sido suprimida por la sanción de la Cámara de Diputados del primer párrafo del artículo 128, sustituyendo escenas pornográficas por representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores".

De esta manera, la transmisión por internet de un espectáculo en vivo con representaciones sexuales implícitas en que participen menores implica también para el organizador del espectáculo transmitido el encuadramiento de su conducta en las previsiones del artículo 128.

4.6.6. *Responsabilidad de los distribuidores de internet: ¿posición de garante?*

Señala PALAZZI⁹¹ que esta nueva figura generó preocupación en las empresas que actúan como intermediarios en Internet (tales como empresas de telecomunicaciones, ISP, hosting, etc), quienes

⁹¹ PALAZZI, Pablo A., *Análisis del proyecto de ley de delitos informáticos aprobado por el Senado de la Nación en el año 2007*, Extraído de la siguiente página web: <http://www.delitosinformaticos.com.ar/blog/wp-content/uploads/2008/04/comentario-proyecto-delitos-informaticos-2008-palazzi.pdf> . Este autor cita la siguiente fuente: GÓMEZ TOMILLO, *Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de internet. Especial consideración del caso de los proveedores de contenidos, servicios, acceso y enlaces*, Thomson-Aranzadi, segunda edición, p. 123.

consideraron que podría llegar a imputárseles responsabilidad penal por los contenidos que transitan o se albergan (en el caso de hosting) en sus servidores, pese a que usualmente no tienen conocimiento acabado de la ilicitud del contenido en cuestión. Indica que la redacción dada al tipo penal no deja lugar a dudas que estamos ante a una figura *dolosa*, por lo que en esos supuestos no es posible inferir que se incurra en el delito del art. 128 CP. Para ello se basa en lo siguiente: a) no existe conocimiento efectivo de los contenidos y de su ilicitud; b) en la mayoría de los casos no podría existir tal conocimiento por la inviolabilidad de las comunicaciones; c) sumado a la inexistencia de un deber de vigilancia o supervisión de contenidos. Agrega que en todo el derecho comparado se considera a ésta como una figura dolosa, como lo han resuelto expresamente tribunales españoles.

De manera similar, GALÁN MUÑOZ⁹² comenta que el moderno derecho penal de las sociedades de riesgo se caracteriza por la creación de nuevas posiciones de garante. Explica que la expansión extensiva, producida al amparo de la presunta amenaza ilimitada que representan la difusión de todos estos contenidos a través de los nuevos sistemas de información, encuentra una de sus manifestaciones más controvertidas a la hora de establecer la posible responsabilidad que le correspondería a aquellas personas que habrán de contribuir, por razones técnicas, en la difusión de esos contenidos por internet, esto es, en relación a la atribución de posibles responsabilidades penales a los denominados proveedores de servicios o intermediarios de internet. ¿Cómo ha de responder el derecho penal —pregunta el autor— a las actividades que realizan los intermediarios de internet cuando las mismas contribuyan a la difusión de contenidos ilícitos penalmente sancionados? ¿Es factible atribuir responsabilidad a dichos sujetos cuando intervengan en la difusión de tales contenidos ajenos mediante el suministro de sus servicios de almacenaje o transporte de información? La respuesta que brinda es similar a la de PALAZZI: parece evidente que si el proveedor contribuye activa y *dolosamente* a la difusión de dichos contenidos

⁹² GALÁN MUÑOZ, *Expansión...* (*op. cit.*), p. 28.

ajenos podría llegar a ser considerado como autor correspondiente al delito de difusión o cuando menos como partícipe del mismo. Ambos autores, pues, coinciden en que, al tratarse de un delito doloso, será la existencia de este contenido subjetivo el que determine la responsabilidad de los proveedores de internet en la difusión de material pornográfico que incluya a menores de 18 años.

Ahora bien, GALÁN MUÑOZ complica un poco más la cuestión, con el siguiente interrogante: ¿cabría atribuirle también responsabilidad en los casos en que habiendo tenido conocimiento de la presencia de dichos contenidos en sus sistemas se limitase a no suprimirlos? Creemos que la respuesta es la misma, sólo que aquí estamos ante un delito de comisión por omisión.

Sin embargo, el autor citado comenta un caso real sucedido en Alemania en el que la justicia atribuyó responsabilidad penal a un distribuidor de internet por omitir suprimir material pornográfico: el denominado "caso Compuserve". Allí se enjuició al gerente de la filial alemana de una multinacional norteamericana de servicios de internet (*Compuserve*) por no haber borrado o bloqueado el acceso a un archivo informático que contenía material catalogado como pornográfico infantil y que se encontraba almacenado en el servidor de noticias de su matriz americana. En la sentencia se advirtió la posición de garante del gerente de la empresa alemana que le obligaba a retirar el contenido en cuestión, obligación cuyo incumplimiento llevó a que se le considerase como coautor en comisión por omisión de un delito de difusión de material pornográfico, y ello, pese a que se constató en el procedimiento que el citado gerente había llegado a instalar unos filtros informáticos tendientes a impedir el acceso a dicho contenido desde Alemania (por no tener capacidad técnica ni legal para obligar a su empresa matriz a borrarlos). Señala GALÁN MUÑOZ que este ejemplo nos coloca ante otra de las particularidades del llamado derecho penal del riesgo, que es el establecimiento de la posición de garante de todo aquel que desempeñe una actividad de las consideradas peligrosas con respecto a cualquier resultado lesivo que pudiese derivarse de ella; ello hace posible que se pueda atribuir responsabilidades penales en comisión por omisión en caso en que se llegasen a producir re-

sultados lesivos como consecuencias de su inactividad, expandiéndose así de forma cuestionable las posibilidades de intervención del derecho penal.

A la crítica de GALÁN MUÑOZ sólo agregaremos aquí que aplicar la “posición de garante” a casos como el descrito implicaría crear doctrinaria o jurisprudencialmente una versión *culposa* del delito en cuestión, que no ha sido prevista expresamente por el legislador. Se trata, por ende, de una posición incompatible con un sistema de *crimina culposa* o *numerus clausus* de tipos culposos, como el argentino, el español y el alemán, y sólo sería factible en el sistema del *crimen culpae* o *de numerus apertus* ⁹³.

Concluimos el tema de la responsabilidad de los distribuidores de internet proponiendo que desde el Estado se fomenten proyectos de autorregulación, a fin de que aquéllos desempeñen un papel central y eficaz para evitar la distribución de contenidos ilícitos en la red ⁹⁴.

4.6.7. *Usuarios que poseen imágenes guardadas sin conocimiento*

Comenta PALAZZI ⁹⁵ que por ser una figura de tenencia o posesión, se ha planteado en doctrina y jurisprudencia el problema de los usuarios que poseen en sus discos una imagen sin conocimien-

⁹³ Como es sabido, mientras el primer sistema (*numerus apertus*) se basa en una cláusula de la parte general del código penal que prescribe que cada delito doloso puede ser a su vez cometido culposamente, el segundo (*numerus clausus*), en la determinación de tipos penales culposos en la parte especial. Sobre el delito culposo o imprudente (en su concepción funcionalista) puede verse, entre otros: ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, trad. Luzón Peña y otros, Civitas, Madrid, 1997, p. 993 y ss.; PÉREZ BARBERÁ, *El tipo culposo - La preterintencionalidad*, en AA.VV., *Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudio*, Carlos J. Lascano (Director), Advoctus, Córdoba, p. 321 y ss.

⁹⁴ Es lo que se propone en el marco de la Unión Europea, tanto en la *Comunicación de la Comisión sobre Contenidos ilícitos y nocivos en Internet*, como en el *Libro verde sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los nuevos servicios audiovisuales y de información* (véase punto 4.4, acápite “c”, del presente trabajo).

⁹⁵ PALAZZI, *Análisis... (op. cit.)*.

to de dicha posesión. La respuesta que cabe dar es la misma que en los casos anteriores: la falta de dolo hace que no exista delito. Tal supuesto se daría en el caso de un usuario que “baja” directamente de Internet un archivo “zipeado” sin conocer su contenido en el entendimiento que es una película o archivo musical según el título del archivo, pero que luego resulta que contiene imágenes prohibidas por el artículo 128 del código penal (¿quién no padeció alguna vez esa desagradable sorpresa?). En este caso entendemos que tampoco existiría la finalidad de distribuir o comercializar que exige el segundo párrafo de la mencionada disposición (dolo específico).

Menciona además el citado autor el supuesto caso de un usuario adulto que solamente visualiza esas imágenes *on line* (acción que el artículo 128 no prohíbe) sin grabarlas, pero que por la configuración técnica del ordenador quedan grabadas en la memoria *caché* del navegador sin su consentimiento ⁹⁶. En estos supuestos, la jurisprudencia norteamericana sostuvo en el caso “US v. Stulock” que no se daban los elementos del tipo penal de tenencia de imágenes de pornografía infantil; a similares conclusiones llegó la doctrina de ese país, y es la solución que consideramos aquí acertada.

Conclusiones

La regulación de los delitos informáticos encuentra una serie de dificultades que se inician en la determinación misma de su concepto y la dilucidación de su posible autonomía, y culminan con el peligro de afectación de los principios básicos del derecho penal, so pretexto de una pretendida eficacia en la persecución de ese tipo de delitos.

⁹⁶ Caché (del francés *cachet*): 3. f. *Inform.* Memoria de acceso rápido de un computador, que guarda temporalmente las últimas informaciones procesadas. U. t. c. adj. *Memoria caché* (Real Academia Española, avance de la vigésima tercera edición; www.rae.es).

Sin embargo, notamos que el legislador argentino ha sido muy cuidadoso en la regulación de tales delitos por la reciente ley 26.388 (entre los que se ubica la llamada ciberpornografía infantil). En efecto, la gran demanda o presión social por la regulación de tales cuestiones (imposible de ser desoída, como reconoce SILVA SÁNCHEZ), y los innegables problemas que traen aparejados los avances tecnológicos en esta sociedad que se ha denominado “de riesgo”, no impidieron —hay que reconocerlo— que los legisladores se preocuparan por normar respetando los principios básicos de un derecho penal liberal, manteniéndose dentro de lo razonable, con respeto al carácter de *ultima ratio* del derecho punitivo y evitando una regulación meramente simbólica.

Se ha tenido en vista, antes que nada, el principio de legalidad y de reserva (legalidad en sentido lato, en la concepción de FERRAJOLI), desde que se han incorporado con precisión las conductas relacionadas a la criminalidad informática, solucionándose de esa forma los problemas de interpretación por analogía en perjuicio del imputado (tentación de algunos tribunales para punir tales delitos). Por otro lado, específicamente en lo referido a la pornografía infantil, se han respetado los principios de mínima suficiencia y subsidiariedad, pues la figura se limita al material en donde realmente han participado menores de 18 años; no se incorporaron la pornografía virtual ni las actividades sexuales simuladas, y se aseguró que la tenencia sólo será típica si es con fines de su comercialización, con lo cual se evita dar un carácter de abstractísimo a la figura. De esta manera, no advertimos en la nueva ley, en lo referido a la ciberpornografía infantil, una expansión innecesaria del derecho penal ni una afectación de sus principios rectores.

Existen obviamente cuestiones todavía problemáticas, como las analizadas en los últimos puntos de presente trabajo (responsabilidad de los distribuidores de internet, usuarios que tienen imágenes pornográficas de menores guardadas sin conocimiento, etc.), las que, sin embargo, podrán ser resueltas a partir de una correcta interpretación de la letra legal sin necesidad —entendemos— de una nueva reforma.

Hacemos nuestra, por convicción, la propuesta de FERRAJOLI de un derecho penal mínimo y una refundación garantista de la jurisdicción penal, aunque (o más bien, en razón de que) las legislaciones penales de algunos estados se dirijan hoy a la dirección contraria. Lo que no implica necesariamente negar la posibilidad de un derecho penal "de segunda velocidad", como propone SILVA SÁNCHEZ para delitos económicos, con flexibilización de garantías pero sin penas privativas de la libertad (rechazamos de plano, en cambio, la posibilidad de aceptación del llamado derecho penal de tercera velocidad o derecho penal del enemigo, que conjuga eliminación de garantías con pena de cárcel).

Creemos, con Norberto BOBBIO, que "el garantismo es un modelo ideal al que la realidad se puede acercar más o menos. Como modelo representa una meta que permanece tal aunque no se alcance y no pueda ser nunca alcanzada del todo"⁹⁷. Sólo el transcurso de los años dirá si en el mundo convulsionado en que hoy vivimos, con problemas nuevos y de extrema complejidad, se mantiene, como faro que ilumina y guía las decisiones políticas, legislativas y jurisdiccionales, el absoluto respeto por las garantías del ciudadano, o si, por el contrario, se opta por la solución fácil de abolirlas subrepticamente y de crear sistemas más o menos autoritarios, destinados a perseguir a quienes el poder político defina, en un momento dado, como "los enemigos" del sistema.

Finalizamos con la frase —cual verdad olvidada citada— al inicio del presente trabajo: *El Derecho penal no es el Derecho del combate a la delincuencia, sino el Derecho de los límites del combate a la delincuencia*⁹⁸. Que el derecho penal, escudo inmovible de los ciudadanos frente al poder punitivo estatal, no se transforme en arma letal puesta por las mismas víctimas, consciente o inconscientemente, en manos del Estado.

⁹⁷ Prólogo de la obra *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, ya citada, del jurista italiano LUIGI FERRAJOLI, p. 15.

⁹⁸ Wolfgang NAUCKE, citado por HASSEMER, *Por qué no debe suprimirse...*, ya citada, p. 34)

Bibliografía

a) Citas de primera mano

- BONETTO, Luis María, *Derecho penal y Constitución*, en AA.VV., *Derecho Penal Parte General, Libro de Estudio*, bajo la dirección de Carlos J. Lascano (h), Advocatus, Córdoba, 2005.
- CARRARA, Francesco, *Programa del Curso de Derecho Criminal, Parte Especial*, traducción de la 11ª edición italiana bajo la dirección de Sebastián Soler y la colaboración de Ernesto R. GAVIER y Ricardo C. NÚÑEZ, Depalma, Buenos Aires, 1945, Vol. II.
- CREUS, Carlos, *Derecho Penal Parte Especial*, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1992, t. 1.
- D'ALESIO, Andrés José, DIVITO, Mauro A., y otros autores, *Código Penal Comentado y Anotado, Parte Especial*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2004, t. II.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso, *Expansión e intensificación del derecho penal de las nuevas tecnologías: un análisis crítico de las últimas reformas legislativas en materia de criminalidad informática*, publicado en Revista de Derecho y Proceso Penal Nº 15, ed. Arandi.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, ed. Trotta, Madrid, 1995.
- HASSEMER, Winfried, *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003
- LAJE ANAYA, Justo - GAVIER, Enrique A., *Notas al Código Penal Argentino, Parte Especial*, 2ª edición, Lerner, Córdoba, T. II.
- LASCANO (H), Carlos Julio, *Sociedad de riesgo, derecho penal del enemigo y estado constitucional de derecho*, conferencia dictada el día 14 de noviembre de 2008 en la Diplomatura de Derecho Procesal Penal, realizada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, bajo la dirección del Profesor Consulto Manuel Ayán.
- MILANESE, Pablo, *El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima*, en Derecho Penal On Line (revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea), disponible en internet: <http://www.derechopenalonline.com>
- NÚÑEZ, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal, Especial*, 2ª ed. Actualizada por V. F. Reinaldi, Lerner, Córdoba, 1999.
- PALAZZI, Pablo A., *Análisis del proyecto de ley de delitos informáticos aprobado por el Senado de la Nación en el año 2007*, Extraído de la siguiente página web: <http://www.delitosinformaticos.com.ar/blog/wp-content/>

- uploads/2008/04/comentario-proyecto-delitos-informaticos-2008-palazzi.pdf .
- PALAZZI, Pablo Andrés, *Delitos Informáticos*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.
- PÉREZ BARBERÁ, *El tipo culposo - La preterintencionalidad*, en AA.VV., *Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudio*, Carlos J. Lascano (Director), Advocatus, Córdoba, p. 321 y ss.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Impactos sociales y jurídicos de internet*, *Impactos sociales y jurídicos de internet*, Argumentos de Razón Técnica, Núm. 1, 1998, p. 33/48. Extraído de: <http://www.argumentos.us.es/numero1/bluno.htm> .
- REYNA ALFARO, Luis Miguel, *Pornografía e internet: aspectos penales*, ALFA-REDI, Revista de Derecho Informático, N° 50, septiembre de 2002, que puede verse en <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1449> .
- RIQUERT, Marcelo Alfredo en *Estado de la Legislación contra la Delincuencia Informática en el MERCOSUR*, Alfa-Redi: Revista de Derecho Informático, N° 116, Marzo del 2008 (extraído de la siguiente página web: <http://www.alfaredi.org/rdi-articulo.shtml?x=10136>)
- . “Delitos informáticos”, en AA.VV., *Derecho penal de los negocios*, Astrea, Buenos Aires, 2004.
- . *Hacking, Cracking, E-mail y dos fallos judiciales que denuncian lagunas en la legislación penal argentina*, extraído de www.carlosparma.com.ar
- . exposición sobre delitos informáticos realizada en el marco de la Especialización en Derecho Penal Económico (material inédito facilitado por el autor a los alumnos), UCLM-UNCórdoba, octubre de 2008; cf. [tb. www.riquertdelincuenciainformatica.blogspot.com](http://tb.www.riquertdelincuenciainformatica.blogspot.com).
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, trad. Luzón Peña y otros, Civitas, Madrid, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2001.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, 4ª ed., Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1987.

b) Citas de segunda mano

- ALLER, Germán, *Introducción a “Co-responsabilidad social, Sociedad del riesgo y Derecho penal del enemigo”*, Carlos Álvarez editor, Montevideo, 2006; citado por LASCANO (H), Carlos Julio, *Sociedad de riesgo, derecho penal del enemigo y estado constitucional de derecho*, conferencia dictada el día 14 de noviembre de 2008 en la Diplomatura de Dere-

cho Procesal Penal, realizada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, bajo la dirección del Profesor Consulto Manuel Ayán.

- BECK, U., *La sociedad de riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Trad. Navarro/Domínguez/Borrás, Edit. Paidós Ibérica, Barcelona, 1998; autor citado también por GALÁN MUÑOZ, Alfonso, *Expansión e intensificación del derecho penal de las nuevas tecnologías: un análisis crítico de las últimas reformas legislativas en materia de criminalidad informática* trabajo cuya copia me facilitara el Dr. Carlos J. LASCANO (h).
- DIEZ REPOLLÉS, José Luis, *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena*, Actualidad penal n. 1, 2001; cit. por MILANESE, op. cit.
- GÓMEZ TOMILLO, *Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de internet. Especial consideración del caso de los proveedores de contenidos, servicios, acceso y enlaces*, Thomson-Aranzadi, segunda edición.
- HASSEMER, Winfried, *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*; citado por LASCANO, op. cit., p. 7.
- . *Crisis y características del moderno derecho penal*, citado por: MILANESE, Pablo, *El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima*, en Derecho Penal On Line (revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea), disponible en internet: <http://www.derechopenalonline.com>
- JAKOBS, *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*, citado por LASCANO, op. cit., p. 15.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, 5ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; cit. por MILANESE, op. cit.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *El moderno derecho penal en el nuevo código penal. Principios y tendencias*, La Ley, n. 3, 1996; citado por: MILANESE, op. cit.
- NAVARRO CARDOSO, Fernando, *El derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador*; citado por LASCANO, *Sociedad de riesgo...* (op. cit.), p. 7.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel, *La criminalidad informática: cuestiones para una reflexión inicial*, en AP núm. 21, 2002,. Citado por GALÁN MUÑOZ, op. cit., p. 16. Véase también el siguiente trabajo del autor mencionado en primer término: *Pornografía e internet: aspectos penales*, ALFARREDI, Revista de Derecho Informático, extraído de <http://www.alfarredi.org/rdi-articulo.shtml?x=19>, en donde a su vez cita otros trabajos de su autoría: *El Bien Jurídico en el delito informático*, publicado en *Actualidad Jurídica*, tomo 89, pág. 37 y ss., Gaceta Jurídica, Lima, 2001, y en *Revista Jurídica del Perú*, año LI, n° 21, pág. 181 y ss., Edit. Normas Legales, Trujillo, 2001; “La información como bien jurídico penalmente

protegido en los delitos informáticos”, en *Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Ucayali*, n° 1, pág. 69 y ss., Ucayali, 2001.

ANEXO (texto de la ley 26.388)⁹⁹

Texto de la Ley 26.388

Modificación.

Sancionada: Junio 4 de 2008

Promulgada de Hecho: Junio 24 de 2008

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley:

ARTÍCULO 1° – Incorpóranse como últimos párrafos del artículo 77 del Código Penal, los siguientes:

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

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

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

ARTÍCULO 2° – Sustitúyese el artículo 128 del Código Penal, por el siguiente:

Artículo 128: Será reprimido con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores.

Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descritas en el párrafo anterior con fines inequívocos de distribución o comercialización.

Será reprimido con prisión de un (1) mes a tres (3) años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce (14) años.

⁹⁹ Extraído de: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141790/norma.htm>

ARTÍCULO 3° – Sustitúyese el epígrafe del Capítulo III, del Título V, del Libro II del Código Penal, por el siguiente:

“Violación de Secretos y de la Privacidad”

ARTÍCULO 4° – Sustitúyese el artículo 153 del Código Penal, por el siguiente:

Artículo 153: Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses el que abriere o accediere indebidamente a una comunicación electrónica, una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una comunicación electrónica, una carta, un pliego, un despacho u otro papel privado, aunque no esté cerrado; o indebidamente suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o una comunicación electrónica que no le esté dirigida.

En la misma pena incurrirá el que indebidamente interceptare o captare comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido.

La pena será de prisión de un (1) mes a un (1) año, si el autor además comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito, despacho o comunicación electrónica.

Si el hecho lo cometiere un funcionario público que abusare de sus funciones, sufrirá además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

ARTÍCULO 5° – Incorpórase como artículo 153 bis del Código Penal, el siguiente:

Artículo 153 bis: Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses, si no resultare un delito más severamente penado, el que a sabiendas accediere por cualquier medio, sin la debida autorización o excediendo la que posea, a un sistema o dato informático de acceso restringido.

La pena será de un (1) mes a un (1) año de prisión cuando el acceso fuese en perjuicio de un sistema o dato informático de un organismo público estatal o de un proveedor de servicios públicos o de servicios financieros.

ARTÍCULO 6° – Sustitúyese el artículo 155 del Código Penal, por el siguiente:

Artículo 155: Será reprimido con multa de pesos un mil quinientos (\$ 1.500) a pesos cien mil (\$ 100.000), el que hallándose en posesión de una correspondencia, una comunicación electrónica, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, no destinados a la publicidad, los hiciere publicar indebidamente.

mente, si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros. Está exento de responsabilidad penal el que hubiere obrado con el propósito inequívoco de proteger un interés público.

ARTÍCULO 7º – Sustitúyese el artículo 157 del Código Penal, por el siguiente:

Artículo 157: Será reprimido con prisión de un (1) mes a dos (2) años e inhabilitación especial de un (1) a cuatro (4) años, el funcionario público que revelare hechos, actuaciones, documentos o datos, que por ley deben ser secretos.

ARTÍCULO 8º – Sustitúyese el artículo 157 bis del Código Penal, por el siguiente:

Artículo 157 bis: Será reprimido con la pena de prisión de un (1) mes a dos (2) años el que:

1. A sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales;
2. Ilegítimamente proporcionare o revelare a otro información registrada en un archivo o en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la ley.
3. Ilegítimamente insertare o hiciere insertar datos en un archivo de datos personales.

Cuando el autor sea funcionario público sufrirá, además, pena de inhabilitación especial de un (1) a cuatro (4) años.

ARTÍCULO 9º – Incorpórase 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.

ARTÍCULO 10. – Incorpórase como segundo párrafo del artículo 183 del Código Penal, el siguiente:

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.

ARTÍCULO 11. – Sustitúyese el artículo 184 del Código Penal, por el siguiente:

Artículo 184: La pena será de tres (3) meses a cuatro (4) años de prisión, si mediare cualquiera de las circunstancias siguientes:

1. Ejecutar el hecho con el fin de impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones;
2. Producir infección o contagio en aves u otros animales domésticos;
3. Emplear sustancias venenosas o corrosivas;

4. Cometer el delito en despoblado y en banda;
5. Ejecutarlo en archivos, registros, bibliotecas, museos o en puentes, caminos, paseos u otros bienes de uso público; o en tumbas, signos conmemorativos, monumentos, estatuas, cuadros u otros objetos de arte colocados en edificios o lugares públicos; o en datos, documentos, programas o sistemas informáticos públicos;
6. Ejecutarlo en sistemas informáticos destinados a la prestación de servicios de salud, de comunicaciones, de provisión o transporte de energía, de medios de transporte u otro servicio público.

ARTÍCULO 12. – Sustitúyese el artículo 197 del Código Penal, por el siguiente:

Artículo 197: Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años, el que interrumpiere o entorpeciere la comunicación telegráfica, telefónica o de otra naturaleza o resistiere violentamente el restablecimiento de la comunicación interrumpida.

ARTÍCULO 13. – Sustitúyese el artículo 255 del Código Penal, por el siguiente:

Artículo 255: Será reprimido con prisión de un (1) mes a cuatro (4) años, el que sustrajere, alterare, ocultare, destruyere o inutilizare en todo o en parte objetos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente, registros o documentos confiados a la custodia de un funcionario público o de otra persona en el interés del servicio público. Si el autor fuere el mismo depositario, sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo.

Si el hecho se cometiere por imprudencia o negligencia del depositario, éste será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta (\$ 750) a pesos doce mil quinientos (\$ 12.500).

ARTÍCULO 14. – Deróganse el artículo 78 bis y el inciso 1º del artículo 117 bis del Código Penal.

ARTÍCULO 15. – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS CUATRO DIAS DEL MES DE JUNIO DEL AÑO DOS MIL OCHO.

– REGISTRADO BAJO EL N° 26.388 –

EDUARDO A. FELLNER. – JULIO C. C. COBOS. – Enrique Hidalgo. – Juan H. Estrada.