

Artículo de investigación científica

NADIE VIO BLACK MIRROR¹: UN ANÁLISIS SOBRE BASES CONVENCIONALES DE LOS DELITOS CONTENIDOS EN LOS ARTÍCULOS 153 Y 153 BIS DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

NO ONE WATCHED BLACK MIRROR: AN ANALYSIS BASED ON CONVENTIONAL STANDARDS OF THE OFFENSES CONTAINED IN ARTICLES 153 AND 153 BIS OF THE ARGENTINE CRIMINAL CODE

ABRIL CANDÁS

abrilcandas1@gmail.com

TOBIÁS ÁVILA

tobiasavila17@gmail.com

“(…) el ser humano está condenado de antemano a morir sin necesidad de someterse a una desaparición de recuerdos, y a ello debemos resignarnos. Forma parte intrínseca de la vida misma”.

Yoko Ogawa en La Policía de la Memoria (página 262)

RESUMEN

En el presente se examina la tipificación de los delitos consagrados en los artículos 153 y 153 Bis del Código Penal Argentino, a la luz de la Constitución Nacional Argentina, los Tratados suscritos por la República Argentina y las visiones tanto jurisprudenciales como de los más prestigiosos doctrinarios en la materia. Combinando el análisis doctrinal con el jurisprudencial, se indaga en la estructuración típica de estas figuras penales, sus elementos constitutivos y agravantes, así como en los criterios hermenéuticos adoptados por los tribunales argentinos en su aplicación. Desde este prisma, se abordan controversias a la hora de su análisis, como lo es la determinación de la competencia judicial, evaluando la pertinencia de la intervención de la justicia federal o provincial en razón de la incidencia de las tecnologías de la información en el ámbito penal. A modo de conclusión, se expondrá la correspondencia (o no) de la normativa argentina con instrumentos internacionales, los principios penales imperantes en el diseño jurídico de la Argentina y propondremos nuestra propia visión de la misma.

Palabras Clave: Conductas, intimidad, Código penal, Derecho penal, Garantías constitucionales.

1 Un juego de palabras con dos títulos: el libro Nadie Vio Matrix de Walter Graziano y la serie de Netflix Black Mirror, la cual muestra una visión interesante sobre lo que la tecnología puede llegar a generar en nosotros en un futuro no tan lejano.

ABSTRACT

This study examines the codification of the offenses enshrined in Articles 153 and 153 Bis of the Argentine Penal Code, considering the Argentine National Constitution, international treaties ratified by the Argentinian Republica, and the perspectives of both jurisprudence and the most esteemed doctrinarians in the field. By combining doctrinal and jurisprudential analysis, this work explores the typological structure of these criminal offenses, their constitutive elements and aggravating factors, as well as the interpretative criteria adopted by Argentine courts in their enforcement. From this perspective, it addresses key controversies in their legal assessment, particularly the determination of judicial jurisdiction, evaluating whether federal or provincial courts should preside over these matters given the increasing impact of information technologies on criminal law. In conclusion, the study will examine whether Argentine legislation aligns with international legal instruments, the prevailing principles of criminal law within Argentina's legal framework and will ultimately put forward our own perspective on the matter.

Keywords: Behaviors, Privacy, Penal Code, Criminal Law, Constitutional Guarantees

Revisado: 02/03/2025. **Aceptado:** 03/06/2025.

Citado: Avila, T., & Candás, A. NADIE VIO BLACK MIRROR: UN ANÁLISIS SOBRE BASES CONVENCIONALES DE LOS DELITOS CONTENIDOS EN LOS ARTÍCULOS 153 Y 153 BIS DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO. *Juris Studia*, 2(3).
<https://doi.org/10.52428/30074320.v2i3.1278>

I. PRIMERO LO PRIMERO: INTRODUCCIÓN

A la reflexión utilizada como puntapié de este escrito podemos sumarle que no estamos obligados a someternos tanto a una desaparición, como a una apertura, como a un apoderamiento o incluso a una interceptación y/o captación no de nuestros recuerdos, sino de nuestra correspondencia.

Asimismo, tampoco deberíamos vernos vulnerados a través de un acceso no autorizado a un sistema o dato propio de carácter informático y de acceso restringido.

En este sentido, nuestro legislador ha compartido criterio con la autora japonesa citada y ha tipificado en nuestro Código Penal (a través de una reforma realizada en el año 2008 a través de la Ley N°26.388) en su artículo 153 las conductas señaladas el primer párrafo del presente y, en el 153 Bis, lo señalado en el segundo.

Ahora bien, no es ajeno a nosotros que el apabullante avance de las Tecnologías de la Información vuelven cada vez más compleja la persecución penal de conductas que atentan contra la intimidad y/o libertad de todos los ciudadanos, debido a la zona gris en la que los internautas o hackers se movilizan.

Se extrae, entonces, que resultaría imposible intentar abordar en un único trabajo las múltiples (por no decir infinitas) conductas realizables por los amigos virtuales de lo ajeno atentando contra la intimidad y/o libertad. No obstante, sí es posible realizar un análisis crítico tanto de lo tipificado por nuestro Código Penal en sus artículos 153 y 153 Bis como la forma de resolver e interpretar el texto legal por parte de Cámaras, Superiores Tribunales de Justicia y la Corte Suprema de Justicia de la Nación².

De esta manera, nos proponemos realizar un recorrido por las cuatro figuras contempladas por el artículo 153 y la única contenida en el 153 Bis del Código Penal a la luz de lo dicho por los más importantes doctrinarios de habla hispana en la materia.

Así, y como lo indica el título de este artículo, surge como horizonte arribar a la respuesta a la interrogante ¿se condice lo tipificado en estos dos artículos del digesto punitivo con los principios del Derecho Penal, las garantías constitucionales y lo dicho por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos elevados a aquella categoría?

Es menester aclarar, consecuentemente, que el trabajo a realizar es de carácter cualitativo, basándonos en una investigación doctrinal y jurisprudencial para arribar a la contestación que buscamos.

2 En principio, nuestra intención era traer a este trabajo un análisis de jurisprudencia estrictamente regional, es decir, de tribunales chaqueños y/o correntinos. No obstante, debido a la complejidad que reviste la novedad de las figuras que analizaremos (ya que nos enfocamos en sus modalidades informáticas), no ha sido posible encontrar precedentes tanto en tribunales inferiores como en Cámaras de Apelaciones e incluso en los Superiores Tribunales de Justicia tanto del Chaco como de Corrientes. Es por ello que las sentencias que traeremos a colación son, en esencia, de la Provincia de Buenos Aires y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Extendemos nuestra inmensa gratitud para con la Dra. Yamila Semhan, quien nos facilitó el acceso de esta investigación a la biblioteca del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes y para con el Dr. Hugo Robledo, por permitirnos acceder a la Biblioteca del Superior Tribunal de Justicia del Chaco.

Sin más que aclarar, comenzaremos analizando las figuras penales y sus núcleos típicos, para luego avanzar sobre el cumplimiento (o no) de su redacción con las pautas constitucionales y convencionales del plexo normativo argentino.

II. UNA NORMA COMPLEJA: EL ARTÍCULO 153 DEL CÓDIGO PENAL Y LA VIOLACIÓN DE CORRESPONDENCIA

II. A. El artículo 153 y el bien jurídico protegido

El artículo 153 de nuestro Código Penal inaugura el Capítulo III titulado “Violación de Secretos y de la Privacidad” y, en particular, se trata de un artículo compuesto y extenso. Decimos esto en virtud de que en el mismo se tipifican cuatro (4) delitos y dos (2) agravantes.

Asimismo, se tutelan derechos directamente constitucionales. En primer lugar, por lo dispuesto en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional. Y es que dicha norma, en el espacio que nos importa aquí, señala que, así como el domicilio es inviolable, lo es “también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación”.

En este mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (elevada a jerarquía constitucional por el artículo 75 inciso 22 de la C.N.) establece en su artículo 11.2 que “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la familia, en su domicilio o en su correspondencia”.

Así también, el artículo 19 de la Constitución Nacional establece que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”, reforzando lo dicho por el anterior artículo 18 con respecto a la inviolabilidad de todo aquello que sea considerado “privado”, como lo es la correspondencia (Fontán Balestra, 2013).

Debido a ello es que adscribimos con el sector de la doctrina que señala que el bien jurídico protegido por el artículo 153 es la inviolabilidad de la correspondencia, “independientemente de que el contenido de esa correspondencia pueda ser secreto”³ (Molina, 2021, p.473).

En otras palabras, lo que se protege es la comunicación escrita entre dos personas, penando la ilegítima intromisión de un tercero ya sea “accediendo a ella, interceptándola o desviándola de sus fines” (Donna, 2011, p. 410).

No resulta excluyente sino ampliatorio el criterio de Edgardo Donna en considerar que se protege “lo que el Tribunal Constitucional alemán ha llamado ‘la esfera de intimidad de la persona’, a la que sólo se debe acceder con orden de juez competente” (2010, p. 410).

En resumen, el objeto de los delitos tipificados en este artículo es la correspondencia (ya sea escrita o electrónica, como se verá en breve) y el bien jurídico protegido es la inviolabilidad de la misma, protegiendo a su vez el ámbito de privacidad de las

3 “Poco importa el contenido de la carta, sino que la protección es formal, en el sentido de que es suficiente que se proteja el secreto de la carta” (Donna, 2011, p. 411)

personas⁴, infranqueable tanto para un tercero, como para el Derecho, salvo contadas excepciones.

Retomando lo dicho, el texto legal del artículo 153 tipifica cuatro delitos y dos agravantes, por lo cual sería confuso y antipedagógico intentar explicar las cuatro figuras en paralelo. En consecuencia, comencaremos con el tratamiento de la primera de ellas (Apertura Indevida o Acceso Indevido de una Comunicación Ajena) para luego continuar con las siguientes, culminando esta sección con la explicación de las agravantes, también contempladas por esta misma norma.

II. B. Artículo 153 Primera Parte: Apertura Indevida o Acceso Indevido a una Comunicación Ajena⁵

En la primera parte del artículo 153 (primer renglón, hasta el primer punto y coma) del Código Penal no nos encontramos con uno, sino con dos tipos penales, como bien lo consigna el subtítulo de este apartado. Veamos el segmento de la norma que aquí nos interesa:

Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses el que abriere o accediere indebidamente a una comunicación electrónica⁶, una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, que no le esté dirigido...

Lo primero que identificamos en este enunciado es que estamos en presencia de dos verbos típicos: “abrir” y “acceder”, ambos, indebidamente. Si recurrimos a la pura definición gramatical, siguiendo en particular a Fontán Balestra, “abrir” consiste en “descubrir o hacer patente lo que está cerrado u oculto” mientras que “acceder” hace referencia a “entrar en un lugar o pasar a él” (2013, Tomo II, p. 482). Este autor

4 Entiéndase, la libertad de mantener en secreto ciertos aspectos de la vida y de la personalidad.

5 La mayoría de los autores, como se dirá, deciden desdoblarse el tipo penal en dos: apertura de correspondencia por un lado y acceso indevido a una comunicación electrónica, por otro. En ese sentido Molina (2021, página 472 y siguientes), Carlos Fontán Balestra (2013, Tomo II, página 482 y siguientes) Daniel Altmark y Eduardo Molina Quiroga (2012, Tomo III, página 268 y siguientes), entre otros. No obstante, no termina de ser del todo claro la necesidad de distinguir entre “abrir” y “acceder”, siendo que son dos caras de una misma moneda, se “abre” una carta física dirigida a otra persona y se “accede” a un e – mail ajeno. Aún, así, podríamos intercambiar ambos términos y seguir dando a entender lo mismo: “accedi” a través de la rotura de un sobre a una carta física ajena y “abri” un correo electrónico que no estaba dirigido a mi persona o “abri” una backdoor en un sistema para leer e – mails ajenos. En ambos casos se gana acceso a información que no debería ser accesible para el autor. Partiendo de la hipótesis de que la interpretación de la norma penal no puede ser estrictamente gramatical (se da también un análisis sistemático y teleológico) entendemos la decisión del legislador de utilizar ambos términos para intentar aggiornar el Código a las nuevas tendencias, anticipándose a las distintas formas de comisión de este delito en su modalidad electrónica e incorporar un término, si se quiere, menos arcaico. Por ello, es necesario distinguir aun así dos tipos penales, ya que nos encontramos con dos verbos, valga la redundancia, típicos, por lo que en el texto se apreciará la distinción. Empero, a fines prácticos, la relevancia en separar ambos términos es nula, entendiéndose, hoy en día, lo que quiere decirse indistintamente con la expresión “acceso a una comunicación ajena” ya sea si utilizamos el verbo “abrir” como si utilizamos el verbo “acceder”, así también como si se trata de una comunicación digital o analógica.

6 La Ley N°26.388 del año 2008, reformadora del Código Penal y que ya mencionamos en la Introducción del presente, añade esta conducta al artículo 153, actualizando el clásico delito de la apertura de correspondencia para contemplar la modalidad electrónica del delito, en esta redacción en particular y para una parte de la doctrina, como un delito distinto.

especifica que “abrir” hace referencia a la correspondencia en soporte papel mientras que “acceder” se refiere al soporte digital (2013).

Jorge Buompadre (2009), por su parte y en análogo sentido, coincide en esta separación basada en el tipo de soporte en el cual se plasme la comunicación y agrega que la modalidad digital consiste en “acceder indebidamente” a una comunicación electrónica, ingresando, penetrando o utilizando un procedimiento similar a una correspondencia digital, sin importar la modalidad escogida por el autor.

Resulta interesante traer a colación la forma de concebir esta figura por parte de los autores Marcos Salt y Víctor Hugo Portillo, quienes doctrinan que:

[Los términos] Abrir o acceder [se entienden de la siguiente manera]: “Abre quien encuentra que una comunicación electrónica (email, mensaje de texto, chat privado, mensaje directo en plataformas de redes sociales, etc.) está “cerrada” y su acción lo abre y accede quien, aun estando abierta pero no accesible o disponible públicamente, ingresa para conocer su contenido” (Aboso [et ál], 2022, página 505)

Consideramos que esta última forma de definir o entender los términos “abrir” y “acceder” a correspondencia es la óptima debido a que se adapta tanto a la versión analógica (o “papel”) como a la versión electrónica del delito bajo examen.

De esta forma, podemos recrear ejemplos de apertura de correspondencia no sólo en casos de un sobre con una carta dentro, sino en el de una notificación de WhatsApp en una pantalla desbloqueada (que no despliega el contenido de la comunicación) de un smartphone ajeno en la cual, al hacer click, se abre el chat completo de manera indebida.

Siguiendo esta línea, un caso de acceso indebido sería el supuesto en que P deja su cuenta de WhatsApp Web abierta en la computadora de X, quien en vez de cerrar la sesión una vez ausente aquél, procede a acceder indebidamente a las comunicaciones de P.

Surge, a todas luces, que el objeto del delito (tanto de la apertura como del acceso indebido) es la correspondencia, a la cual entendemos como cualquier mensaje⁷ transmitido por un emisor a un receptor a través de cualquier medio, tecnología o aplicación, tanto escrito como electrónico. Se trata de un concepto amplio que persigue adaptarse a cualquier actualización promovida por las nuevas Tecnologías de la Información (TICS) pero delimitado suficientemente⁸ para no alterar el Principio de Legalidad⁹.

7 No resulta lógico limitar la definición de comunicación y/o mensaje a la transmisión de un pensamiento de manera escrita. Hoy en día, con la vigencia de variadas aplicaciones de mensajería instantánea, no puede dejarse de lado la posibilidad de enviar un mensaje de audio e incluso la conocida práctica de enviar un video breve y/o una imagen con fines comunicativos.

8 Se remite única y exclusivamente al caso del envío y recepción de correspondencia/mensajes, no a cualquier dato, lo que diferenciaremos en oportunidad de analizar el artículo 153 Bis del Código Penal.

9 Sobre la cuestión de la afectación del Principio de Legalidad, si bien la actual redacción del artículo 153 zanja la cuestión en favor de la posibilidad de imputar la apertura o acceso indebido a una comunicación electrónica, ello no siempre fue así. En efecto, es destacable el fallo “Lanata Jorge S/ Desestimación” en la cual a merced de la reclamación al conocido periodista de publicar información

Ahora bien, si decimos que la protección se centra en la intimidad de las personas, al abrir o acceder a una comunicación ¿se afecta al emisor o al receptor del mensaje? Entendemos, debido a que constitucionalmente se protege a la generalidad de la población ante la vulneración de su intimidad y el Código Penal norma en consecuencia, que se afecta a ambos.

Esta conclusión deriva en la ineluctable consecuencia de posibilitar el accionar contra el autor por parte de ambos sujetos (emisor y/o receptor), independientemente de que la persona a partir de la que se produce la apertura o acceso indebido haya sido uno u otro, ya que el bien jurídico protegido es la intimidad de ambos¹⁰.

De igual modo, cabe preguntarse quiénes pueden ser sujetos tanto activos como pasivos del delito que venimos comentando. La doctrina¹¹ coincide, y nosotros con ella, en que el sujeto pasivo de este delito puede ser cualquier persona destinataria o receptora de la comunicación¹². Así también, cualquier persona física¹³ puede ser sujeto activo¹⁴, “siempre que no resulte ser el propio destinatario de la comunicación en cuestión (‘que no le esté dirigida’)” (D’ Alessio, 2009, p. 521).

Se trata de una figura dolosa que no admite accionar culposo. Ello resulta positivo en virtud de que con el avance de la tecnología puede resultar que, una persona no familiarizada con los procesos digitales, acceda involuntariamente a un mensaje de una persona que, por ejemplo, se encuentra enseñándole como utilizar una computadora o un teléfono inteligente, lo cual no sería prudente penar.

Los autores Altmark y Molina Quiroga subrayan que “específicamente la expresión ‘indebidamente’, que aparece repetida cuatro veces [en el artículo 153], tiene el sentido de fundar el delito sobre una firme y delineada figura objetiva y subjetiva de licitud que excluye toda posibilidad de imputar el delito en forma culposa” (2012, Tomo III, p. 271).

Ya hemos dicho, al menos implícitamente, que los requisitos para abrir o acceder a una comunicación ajena es, justamente, “que la correspondencia debe estar cerrada de cualquier modo que exteriorice la voluntad del remitente” (Parma, Mangiafico y Álvarez Doyle, 2019, p. 357) de serle dirigida única y exclusivamente al receptor.

no destinada a ese fin y que había sido enviada por correo electrónico, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional dijo que “la correspondencia y todo lo que por su conducto pueda ser transmitido o receptado, goza de la misma protección que quiso darle el legislador al incluir los artículos 153 al 155 en la época de redacción del código sustantivo, es decir, cuando aún no existían estos avances tecnológicos” (Sentencia N°10.389, 1999). En realidad, y como bien señalan Salt y Portillo (Aboso et ál, 2022), desde una perspectiva gramatical con miras hacia el principio de la lex certa, la redacción en aquel entonces de la norma no preveía la vulneración ejercida sobre comunicaciones digitales y, en particular, se equiparaba un término con otro y eso está vedado por el Principio de Legalidad. Por ello y a la postre, el legislador retocó la redacción en el año 2008 e incorporó el término “comunicación electrónica” en este artículo.

10 Recordemos que, por imperio del artículo 73 del Código Penal, los delitos contenidos en el artículo 153 (todos ellos) son acciones exclusivamente privadas. Dicha norma en el segmento que aquí importa establece que “son acciones privadas las que nacen de los siguientes delitos: (...) 2) Violación de secretos, salvo en los casos de los artículos 154 y 157...”

11 En este sentido Buompadre (2009), Molina (2021), Salt y Portillo (Aboso et ál, 2022), Donna (2011), D’ Alessio (2009), entre otros.

12 Sobre el sujeto pasivo, Gonzalo Molina agrega que pueden serlo incluso los cónyuges, ya que no se posee un derecho a invadir la intimidad de la pareja (2021); y Andrés D’Alessio cita al autor Carlos Creus para aclarar que “incluso el despacho dirigido a un destinatario imaginario o a uno fallecido, sigue siendo un objeto cuya apertura es típica, ya que este delito protege el derecho al secreto tanto del destinatario como del remitente, que será violado en ambos supuestos” (2019, p. 521).

13 Moisés Barrio Andrés aclara que se trata de un delito que no puede ser cometido por personas jurídicas (2020).

14 Donna agrega, en cita de Muñoz Conde que “además de la voluntad de apoderarse de la comunicación, es necesario que el sujeto activo tenga intención de descubrirlos, ya que, si su intención es destruirlos, no entraría en este tipo penal” (2011, p. 415). En efecto, el tipo penal en dicho caso sería el de supresión o desvío de correspondencia, que veremos oportunamente.

Dicho esto, es deducible que podría ser admisible la tentativa (Buompadre, 2009; Donna, 2011; Fontán Balestra, 2013). Puede darse la situación de que un cónyuge intente adivinar la clave de acceso de la cuenta de correo electrónico del otro con la finalidad de espiar los e – mails de su pareja sin tener éxito.

Carece de importancia, por su parte, la imposición del contenido de la misiva, consumándose el delito al momento de abrir o acceder (es suficiente el mero intrusismo) a la correspondencia de manera indebida (Buompadre, 2009). Tampoco interesa penalmente si con posterioridad se intenta cerrar el pliego/sobre/mensaje o que no se entienda lo que se lee en el correo electrónico abierto (Donna, 2011).

Por último, debe admitirse la posibilidad de formas de participación¹⁵. Puede plantearse la situación de que A le pide prestado su teléfono celular desbloqueado a C y comienza a revisar sus conversaciones con B; o que X solicita la ayuda de Y, quien sabe la clave de la laptop de Z, y comienzan a abrir sus correos electrónicos¹⁶.

II. C. Artículo 153 Segunda Parte: Apoderamiento Indebido de Correspondencia o de Comunicación Electrónica

Siguiendo el orden propuesto ab initio, es momento de analizar la segunda parte del artículo 153 (desde el primer punto y coma, hasta el segundo). A saber:

Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses el que (...) se apoderare indebidamente de una comunicación electrónica, una carta, un pliego, un despacho u otro papel privado, aunque no esté cerrado...

En esta norma se tipifica el delito conocido como Apoderamiento Indebido de Correspondencia o de Comunicación Electrónica. El primer rasgo distintivo de este delito (a diferencia de la Apertura/ Acceso Indebida/o a Comunicación Ajena) es la innecesidad de cerramiento de la comunicación en cuestión.

Asimismo, en este tipo el autor se apodera de la comunicación, en el sentido de “introducir o hacer permanecer el objeto en la propia tenencia” (Molina, 2021, p. 475). No obstante, este término en particular merece ciertas consideraciones de rigor.

La disyunción permanece: tenemos, por un lado, la correspondencia “tradicional”; y, por el otro, la electrónica. Si nos remitimos a la correspondencia “tradicional” vista como cartas, pliegos o papeles privados, es dable afirmar que la acción típica es la misma que en el hurto¹⁷: “aprehensión del objeto por parte del autor” (Donna, 2011, p. 417), “no siendo suficiente la mera imposición del contenido de la correspondencia” (Buompadre, 2009, p. 710).¹⁸

¹⁵ En este sentido, Fontán Balestra (2013).

¹⁶ Este mismo caso admite la posibilidad de variarlo hacia la participación necesaria, imaginando que X le solicite a Y la contraseña de la laptop de Z pero Y no participe de la lectura de los correos electrónicos de Z.

¹⁷ En este sentido, Fontán Balestra (2013).

¹⁸ Debe ponerse de manifiesto, como bien señalan Parma, Mangiafico y Álvarez Doyle (2019), que “la redacción de esta figura ha sido cuestionada por quienes entienden que se produce la superposición de distintos tipos penales como el hurto (art. 162), la retención indebida (art. 173, inc. 2º) o la defraudación atenuada (art. 175, inc. 2º)” (p. 359). Ahora bien, coincidimos con Molina (2021) en afirmar que (si bien se exige, al igual que en el hurto, el apoderamiento ilegítimo de una cosa ajena)

Empero, como bien señala D'Alessio, “esta analogía no se ajusta respecto de la comunicación electrónica” (2009, p. 525). En esta modalidad de comunicación, el apoderamiento no equivale exclusivamente al que estudiamos en la figura del hurto, sino que “se trata de una expresión de amplio contenido” (Buompadre, 2009, p. 709) que al no existir posibilidad de apoderarse o aprehender la comunicación (en el sentido de su intangibilidad), lo que importa es imponerse¹⁹ de su contenido.

Salt y Portillo (2022) marcan que el escozor, en el contexto del “apoderamiento” de comunicaciones electrónicas surge a raíz de que “puede darse el caso de que el autor solamente copie el contenido para llevárselo, sin necesidad de desapoderar a la víctima” (Aboso [et ál], p. 510)²⁰.

Tengamos en cuenta que casi todos los datos informáticos pueden ser víctimas de la práctica conocida como copy and paste (copiar y pegar) y el legislador no ha sido ajeno a esta realidad, por lo que se ha buscado castigar el hecho de llevarse el autor el contenido (en este caso no la comunicación material strictu sensu) de un mensaje que no le pertenece y que no le está dirigido.

Expuesto lo anterior, concluimos (en cuanto a la acción típica) que se trata de un hurto cuyo objeto material está determinado específicamente y que desplaza al “hurto tradicional” por especialidad. Podemos visibilizar la diferenciación a través de la resolución del caso Millán por la Cámara Federal de San Martín (1991) y recordado por D'Alessio: “concurren en forma material los delitos de violación de correspondencia y el hurto consumado a raíz del apoderamiento de cheques existentes en el interior del sobre” (2009, p. 526)²¹.

Al igual que la figura analizada en el anterior acápite, se trata de un delito doloso que no admite su comisión culposa y cualquiera puede ser autor, siempre y cuando no sea destinatario de la comunicación (Buompadre, 2009; Donna, 2011). Asimismo, es

este artículo desplaza al del hurto por especialidad por tratarse, como señalaran Molinario y Aguirre Obarrio, de un hurto con un objeto material específico (Donna, 2011).

19 No siempre es recomendable recurrir a la textualidad para expresar la significación de un término y/o palabra. Aun así, a fines prácticos, la segunda acepción del verbo “imponer” es “instruir a alguien en algo, enseñárselo o enterarlo de ello” (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., [versión 23.7 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [21/01/2025]). De esta manera, entendemos que “imponerse del contenido” de la comunicación es enterarse de su contenido, lo que tendrá sentido en los párrafos siguientes para el entendimiento de la figura sub examine en su afectación a comunicaciones electrónicas.

20 En tal sentido, Donna (2011): “Ahora bien, en lo que concierne a la COMUNICACIÓN ELECTRÓNICA, incorporada al tipo recientemente, aparece dudosa la posibilidad de que pueda ser susceptible de apoderamiento indebido en los términos tradicionalmente conocidos, dado que el autor puede hacerse de una ‘copia’ de un e-mail al reenviarlo a su propia casilla o bien al imprimirlo, sin embargo la comunicación ‘original’ permanecerá en poder de su titular. Pero en este sentido, basta con que el sujeto se apodere, en el momento en que ‘entra’ al correo electrónico, para que se consume el delito” (p. 418).

21 “Núñez señala que el delito puede concurrir materialmente con el hurto: ‘Aclara que el concurso no puede suceder por el solo apoderamiento de lo que en sí mismo es una correspondencia, porque ésta, incluso si se admite su valor pecuniario, constituye el objeto de un tipo delictivo especial separado ex profeso del tipo del hurto (art.162) y que, por consiguiente, no lo puede involucrar. El concurso que aquí nos interesa ocurre cuando a la par de la pieza que constituye una comunicación, el autor se apodera de otra pieza con valor económico. El concurso es material porque el autor, aunque lo hace en el mismo contexto, se apodera de dos cosas distintas, cuyo apoderamiento produce efectos jurídicos distintos’” (Donna, 2011, p. 417)

también admisible la tentativa y cualquier forma de participación (Fontán Balestra, 2013).

II. D. Artículo 153 Tercera Parte: Supresión o Desvío de Correspondencia o de Comunicación Electrónica

Ahora bien, arribamos a la última figura del primer párrafo del artículo 153 (desde el segundo punto y coma, hasta el punto y aparte), que dice así:

Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses el que (...) indebidamente suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o una comunicación electrónica que no le esté dirigida.

Al igual que en la primera parte de este artículo, nos encontramos con dos figuras típicas: la supresión y la desviación indebidas de correspondencia o comunicaciones electrónicas.

En cuanto a la supresión indebida, existen dos posturas al respecto de la interpretación que debe dársele al verbo típico. Un sector de la doctrina, minoritario (Salt y Portillo), considera que por suprimir debe entenderse “hacer desaparecer” (Aboso [et ál], 2022).

Por otra parte, la doctrina mayoritaria²² (a la que adscribimos) entiende que por suprimir no necesariamente debe entenderse (o al menos de manera excluyente) “destruir” sino quitarla de su curso definitivamente, traspapelarla maliciosamente, suprimiendo no la correspondencia sino su entrega al destinatario (Fontán Balestra, 2013).

Esto último, no obstante, es aplicable a la correspondencia física. Por el lado de la comunicación electrónica puede entenderse que se suprime cuando se la elimina, en palabras de Fontán Balestra, “por el procedimiento con el que está dotado al efecto el elemento electrónico en el que se la recibió” (2013, p. 490) sin que sea necesaria la erradicación total de la memoria o disco duro del aparato.

Como ejemplos puede imaginarse el clásico acto de eliminar e – mails de la bandeja de entrada de la casilla de correo electrónico de una persona o, en las aplicaciones modernas como WhatsApp o Instagram, vaciar chats, eliminar mensajes específicos e, incluso, visualizar mensajes “autodestructivos” (los conocidos “mensajes bomba” o “x1”) con la finalidad de que el destinatario no pueda acceder a ellos²³.

Pasando ahora a la desviación indebida de una comunicación, se trata de darle un curso distinto al que tenía originariamente, no importando que la misma se encuentre

22 En este sentido Buompadre (2009), D’ Alessio (2009), Donna (2011), el mencionado Fontán Balestra (2013), Molina (2021) y Parma, Mangiafico y Álvarez Doyle (2019).

23 Aquí es posible objetar que la visualización de este tipo de comunicación (que puede ser un video, un mensaje de audio o una imagen) encuadra en la figura de apertura indebida de correspondencia. Sin embargo, nos inclinamos por entender que el hecho de “abrir” el mensaje y que automáticamente desaparezca, hace que la figura que analizamos en esta sección desplace a la consagrada en la primera parte del artículo 153 por especialidad. En el peor de los casos, la cuestión se limitará a la posibilidad de demostrar en el proceso en qué se basaba el dolo del autor: ya sea que pretendía abrir simplemente la comunicación o hacerla inaccesible al destinatario. Si llegara a ser posible probar que su intención era solo abrirla y no comprendió que con su acción la comunicación desaparecería, será únicamente imputable la figura de la primera parte del artículo 153 por no contemplarse figura culposa para la que aquí analizamos.

abierta o cerrada²⁴. En esta figura es requisito el hecho de que la correspondencia y/o comunicación se encuentre en curso, es decir, en el trayecto que debe recorrer desde que es enviada por el emisor hasta arribar al receptor.

Ambas acciones encuentran su punto consumativo al impedir que la comunicación arribe al destinatario.

Aunque ambas figuras encuentren puntos concordantes (entendemos que el legislador coloca ambos verbos típicos en una misma frase justamente por su cercanía) existen escenarios que merecen consideración.

Primero, si bien ambas figuras encuentran asidero en la modalidad electrónica, ...si alguna de estas conductas se concreta mediante la introducción de virus o programas que impliquen la desaparición o inutilización de la información, la figura se desplazaría al delito de daño informático previsto en el art. 183, párr. 2º, del Cód. Penal. (Buompadre, 2009, p. 711) Agregado el subrayado.

Es atinada la aclaración del maestro correntino ya que existe una figura específica a la hora de utilizar ciertos mecanismos para la eliminación de información, esto es, la del daño informático²⁵. Por esto último es que desplaza a la del artículo 153 por especialidad en cuanto al medio de comisión del ilícito.

Segundo, si la comunicación es desviada por un filtro utilizado para desplazar mensajes no deseados, el famoso spam, no puede tipificarse el delito de desviación sub examine. Esto encuentra basamento en que el autor (el sistema informático, el filtro establecido por el operador, etc.) no estaría obrando “indebidamente” sino con la finalidad de desinfectar, limpiar u optimizar el dispositivo²⁶.

En cuanto al aspecto subjetivo, al igual que en las dos anteriores, esta figura es dolosa y admite el supuesto de dolo eventual²⁷. También son posibles todas las formas de participación y la tentativa.

Si bien la tentativa es posible en ambas figuras, con respecto a la desviación de correspondencia o comunicación electrónica, señala Donna que “la tentativa es posible, cuando —a modo de ejemplo— con la intervención de terceras personas tal correspondencia retoma el destino que debía llevar” (D’Alessio, 2013, p. 528).

No obstante, contra esta posición se erige la del profesor Buompadre (2009) que, como ya dijimos, establece que con el mero hecho de impedir que la correspondencia arribe al destinatario el delito se encuentra consumado.

Entendemos más acertada esta segunda posición ya que, en términos de imputación objetiva, si la correspondencia no arriba del modo en que originariamente debía hacerlo a manos del autor, la desviación se encontraría consumada. Es decir, si la correspondencia

24 Sobre esta interpretación existe consenso en la doctrina, por recordar algunos maestros: Buompadre (2009), D’Alessio (2009), Donna (2011), Fontán Balestra (2013), Molina (2021) y Parma, Mangiafico y Álvarez Doyle (2019) y Salt y Portillo en Aboso [et ál] (2022).

25 En análogo sentido se expresan Parma, Mangiafico y Álvarez Doyle (2019).

26 Así opina Buompadre (2009).

27 A favor de esta posición Buompadre (2009) y Fontán Balestra (2013). En contra, Donna (2011), quien considera que sólo es admisible el dolo directo.

debía llegar al destinatario en una cantidad de días (e incluso horas) determinada y el autor logra que se aplase su llegada, más allá de que la correspondencia efectivamente arribe al destinatario, la desviación ya se ha logrado.

La tentativa sería posible, entonces, si aquella intervención de terceros logra que la correspondencia o comunicación arribe al autor en las mismas condiciones que originariamente se previeron para dicha entrega.

II. E. Artículo 153 Cuarta Parte: Interceptación o Captación Indevida de Comunicaciones o Telecomunicaciones Privadas o de Acceso Restringido

Sin dudas que si rememoramos en la historia cercana, el ejemplo más claro y contundente en materia política de comisión de este delito, es la interceptación de las comunicaciones entre Carlos III (actual rey del Reino Unido) y Camilla (reina consorte del R.U.).

Corría el año 1993 y las sospechas de que Carlos y Lady Di atravesaban una crisis matrimonial terminaron por confirmarse tras la viral difusión de una conversación telefónica interceptada maliciosamente al entonces príncipe Carlos, quien mantenía una relación extra – matrimonial con Camilla Parker – Bowles.

El fundamento radica en la palpable evolución y tendencia al espionaje en este siglo, buscándose penalizar las escuchas ilegales (Salt y Portillo en Aboso [ét al], 2022), lo que se agrava (y fundamenta su punición) por el hecho de que,

Quienes cometen este delito no suelen ser ya meros hackers aburridos o embaucadores informáticos, sino que los alientan objetivos de espionaje — político, empresarial, etc.— por lo que suelen contar con cierta infraestructura: además del conocimiento técnico y la posibilidad fáctica de realizar el acto, deben leerse o escucharse todas las comunicaciones interceptadas o captadas, clasificarlas, etc. (D'Alessio, 2013, p. 528)

La norma nacional en cuestión dice lo siguiente en su segundo párrafo:

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.

En terreno teórico – típico, seguimos a Fontán Balestra (2013) para afirmar que debemos entender a la interceptación o captación como el enterarse, imponerse del contenido de comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones. El delito, comprendemos al igual que el maestro recién citado, busca inhibir la libertad de decir mediante extorsión o amedrentamiento.

En análogo sentido los autores Salt y Portillo (Aboso [et al], 2022) consideran que el “interrumpir las comunicaciones” debe verse como el hecho de, además de su efectiva interrupción, su posterior apoderamiento del contenido de la misma.

Es también claro el concepto²⁸ de Donna de estas figuras, quien establece que se intercepta o capta “mediante el uso de algún tipo de tecnología [y] se conoce la totalidad de las comunicaciones electrónicas de una cuenta o la integridad de las comunicaciones de una línea telefónica” (2011, p. 420).

No debe perderse de vista el momento de producción de este delito. Como bien señala Barrio Andrés,

...la interceptación tiene que producirse mientras se produce la comunicación, de modo que si el mensaje ya ha sido recibido en el terminal del destinatario y ha quedado almacenado allí, entonces se aplica el tipo anterior, dado que en este supuesto se trataría de un apoderamiento de un mensaje (2020, p. 46). Agregado el énfasis.

Clave resulta la aclaración del autor español, ya que de haberse concretado el almacenamiento de la comunicación, caemos en la figura analizada en la segunda parte del artículo 153, el Apoderamiento Indebido.

Asimismo, se produce una asimetría en el plano subjetivo del tipo. Al igual que las figuras anteriores, es dolosa pero solamente admite dolo directo²⁹. No obstante, la parte subjetiva de este delito requiere también “el elemento [...] identificado con la finalidad específica de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad del sujeto pasivo” (Barrio Andrés, 2020, p. 47).

Coincidimos en que es necesaria la identificación de este elemento subjetivo distinto del dolo para la correcta tipificación del delito que venimos estudiando en este apartado.

El profesor D’Alessio suma un aditamento que es la finalidad de negociar con los datos obtenidos indebidamente: “...finalmente, nadie obtiene tantos datos por curiosidad o diversión, debe dársele una utilidad, sea negociar con ellos o completar tareas de inteligencia diversas” (2009, p. 528).

Consideramos que basta con la finalidad de entrometerse en la esfera íntima de quienes se comunican³⁰, aun así es un buen delimitador el criterio observado por D’Alessio para separar, en un hipotético caso, a quienes culposamente captaren una conversación ajena a través de un equipo destinado a un fin distinto que el de grabar/interceptar/captar lo ajeno³¹.

28 Parma, Mangiafico y Álvarez Doyle (2019) desglosan el concepto, entendiendo por interceptar el hecho de perturbar u obstruir acceder a la comunicación; y por captar escuchar o atraer. A fines prácticos, podemos entender lo mismo por ambos conceptos.

29 Así opinan Fontán Balestra (2013) y Donna (2011) en nuestro país, Barrio Andrés (2020), por su parte, aclara que basta con dolo general.

30 Así también Donna (2011).

31 En ese sentido el maestro Donna señala que “la consumación exige algo más que la instalación de los aparatos para interceptar o grabar, también debe captarse la imagen o el sonido. El fin del autor debe ser el de entrar al ámbito privado o de acceso restringido. La consumación, entonces, ocurre cuando el sujeto activo intercepta o capta el primer mensaje de texto, correo electrónico, llamada telefónica” (2011, p. 422).

Al igual que en las anteriores figuras, cualquiera puede ser autor³² de este delito, siempre y cuando la comunicación que intercepta sea ajena, privada o de acceso restringido³³. Esta comunicación, entendemos, puede darse a través de cualquier medio electrónico, ya sea un llamado telefónico, una videollamada, etc., siempre y cuando se capture en el momento en que se está dando la comunicación (elemento de actualidad).

Resulta admisible considerar la posibilidad del delito tentado³⁴, todas las formas de participación pero no así la figura culposa (como ya se adelantó).

II. F. Artículo 153 Quinta Parte: Agravamiento por Comunicación/Publicación del Contenido o por la calidad de Funcionario Público

Por último, pero no por ello menos importante, nos encontramos con las dos agravantes del artículo 153. Los últimos dos párrafos disponen:

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.

Tenemos, entonces, el agravamiento de la pena por su comunicación/publicación por parte del autor y, por otra parte, por ser cometido el delito por un funcionario público en ejercicio de sus funciones y abusando de ellas.

Primero, y como bien señala Donna (2011), el autor (de cualquiera de las agravantes mencionadas) debe haber realizado en primera instancia cualquiera de las conductas descriptas en los párrafos 1º y 2º del artículo 153 y que ya repasamos oportunamente.

Por el lado de la comunicación y/o publicación del contenido del mensaje, se trata de una figura de doble actividad, exigiéndose en un estadio previo cometer uno de los delitos que ya hemos reseñado para posteriormente comunicar o publicar el contenido de la misiva. Como bien dice Buompadre, “la ausencia de este lazo comunicante hace desaparecer la mayor penalidad” (2009, p. 712).

¿Qué debemos entender por “comunicar” y por “publicar”? El maestro Donna nos lo ha dejado sencillo y claro en este sentido:

a) ‘Comunicar’ implica tanto como hacerlo conocer a un tercero que no participa del ilícito y, además, no tiene autorización para conocerlo.

32 Señala con buen criterio Barrio Andrés (2020) que se “castiga a quien mediante la utilización de artificios o instrumentos técnicos, y sin estar autorizado, intercepte transmisiones no públicas de datos informáticos que se produzcan desde, hacia o dentro de un sistema de información, incluidas las emisiones electromagnéticas de ellos” y que “...va a ser objeto de persecución penal no solo la interceptación de comunicaciones personales, que ya estaba recogida en el Código [español], sino también aquellas interceptaciones que se produzcan entre sistemas o equipos...” (p. 66).

33 Esta observación es hecha también por Molina (2021), en cuanto al acceso restringido que debe existir en cuanto a la comunicación.

34 De esta opinión Donna (2011) y Fontán Balestra (2013).

b) ‘Publicar el contenido’ implica hacerlo notorio llevándolo al conocimiento del público en general, cualquiera sea la forma en que se hace. (2011, pp. 422 y 423)³⁵

En resumidas cuentas, luego de realizar las conductas delictivas del artículo 153, el autor transmite a otro o publica el contenido de la comunicación (Parma, Mangiafico y Álvarez Doyle, 2019).

Hoy en día existen sobrados ejemplos de consumación de este delito. En la era de Facebook, X, Instagram, Tik Tok y demás, basta con un par de clicks para ser capaces de llegar a millones de usuarios a través del posteo de una fotografía de una comunicación o de un simple screenshot de un chat privado.

Por otro lado, la última parte del artículo refiere al agravamiento por la condición del autor de funcionario público.

Coincidimos con Fontán Balestra (2013) en afirmar que el fundamento de la agravante se encuentra en la situación asimétrica de superioridad con relación al sujeto pasivo. Visto así, el funcionario abusa de sus funciones para violar la comunicación con mayor facilidad y con la certeza de que no será denunciado.

Como correlato necesario surge que sólo es aplicable la agravante cuando el hecho sea cometido mediando abuso funcional, es decir, aprovechándose el autor de su cargo (Parma, Mangiafico y Álvarez Doyle, 2019).

Al igual que las anteriores figuras, se requiere que la comunicación sea privada, ajena y el acceso previo a la misma, indebido (se suma el abuso de funciones en el último caso).

Con respecto a la participación criminal, claro está que no puede hablarse de participación en los supuestos de funcionario público ya que la agravante radica expresamente en la cualidad especial del autor. No así, en el caso de la comunicación o publicación, donde se admite cualquier forma de participación³⁶.

Suele admitirse la tentativa (Fontán Balestra, 2013) pero la disputa surge alrededor de la admisión o no, del dolo eventual. Donna (2011) y Fontán Balestra (2013) sólo admiten dolo directo mientras que Buompadre (2009) y Creus (D’Alessio, 2009) admiten el dolo eventual. Autores como Molina (2021) y D’Alessio (2009) simplemente refieren que son delitos dolosos.

Personalmente, nos inclinamos por la postura de admitir únicamente el dolo directo.

II. G. Artículo 153: ¿Despedida? La Cuestión de la Acción y de la Competencia

Como bien recuerda el profesor D’Alessio,

Conforme señala el art. 73, inc. 2º, Cód. Penal, todos los delitos previstos en este artículo son de acción privada. Su juicio se regirá, en el ámbito nacional, según lo dispuesto por el art. 415 y ss., CPPN. (2009, p. 530)

35 Fontán Balestra (2013) dice, en esencia, lo mismo, aunque podemos agregar que en la “comunicación” aclara que basta con que sea una persona; y “publicar” sería poner en conocimiento a un número indeterminado de personas sobre el contenido de la misiva (lo que Donna llama “público en general”).

36 En este sentido Fontán Balestra (2013).

No obstante, lo dicho por quien fue Procurador General de la Nación, no está exento de debate.

Podemos estar de acuerdo en lo señalado al principio, es innegable la existencia de la regla contenida en el artículo 73 inciso 2º del Código Penal, a saber:

ARTICULO 73.- Son acciones privadas las que nacen de los siguientes delitos:
(...)

2) Violación de secretos, salvo en los casos de los artículos 154 y 157...

El artículo 153 (al igual que el 153 Bis que analizaremos llegado el momento) se encuentra, como dijimos al inicio de este apartado, en el Capítulo III titulado “Violación de Secretos y de la Privacidad”, por lo que es subsumible en lo dicho por el artículo 73 inciso 2º.

Se trata, efectivamente, de un delito de acción privada.

Ahora bien ¿qué juez es competente para entender en estos casos?

El autor anteriormente citado refiere a lo dicho por el Código Procesal de la Nación y bien dice “se regirá, en el ámbito nacional”, lo que lingüísticamente deja entrever la posibilidad de que el delito pudiera tramitar en otra justicia que no fuera la nacional (dada la posición de la coma).

Bueno, esto está arduamente discutido tanto doctrinaria como jurisprudencialmente. Los autores Salt y Portillo (Aboso [et ál], 2022) señalan con buen tino cuáles son los principales problemas alrededor de esta, como ellos le llaman, intrínquilis.

El epicentro del conflicto surge con relación a la aplicación de dos Leyes. Por un lado, la N° 19.798, más conocida como Ley Nacional de Telecomunicaciones, particularmente alrededor de sus artículos 2º³⁷ y 3º, este último el cual es interpretable en favor de la posición que defiende la necesidad de tramitar los casos del artículo 153 (y del 153 Bis) ante la justicia federal.

La norma en cuestión dice lo siguiente:

Art. 3º — Son de jurisdicción nacional:

a) Los servicios de telecomunicaciones de propiedad de la Nación.

37 Este artículo define lo que se entiende por cada una de las distintas formas de comunicación electrónica. Debido a la extensión del artículo, citaremos aquí sólo los que consideramos más pertinentes para lo que nos encontramos estudiando. “Art. 2º — A los efectos de esta ley y su reglamentación se define como: Telecomunicación: Toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos. Radiocomunicación: Toda telecomunicación transmitida por medio de las ondas radioeléctricas. Telegrafía: Sistema de telecomunicación que permite obtener una transmisión y reproducción a distancia del contenido de documentos tales como escritos, impresos o imágenes fijas o la reproducción a distancia en esa forma de cualquier información. Telefonía: Sistema de telecomunicación para la transmisión de la palabra o, en algunos casos, de otros sonidos. Servicio de Radiodifusión: Servicio de radiocomunicación cuyas emisiones se destinan a ser recibidas directamente por el público en general. Dicho servicio abarca emisiones sonoras, de televisión o de otro género. Servicio telefónico: Servicio que permite a sus usuarios comunicarse directa o temporalmente entre sí, por medio de aparatos telefónicos y circuitos de la red telefónica pública.”

b) Los servicios de telecomunicaciones, que se presten en la Capital Federal y en el Territorio Nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

c) Los servicios de telecomunicaciones de una provincia interconectados con otra jurisdicción o con un estado extranjero.

d) Los servicios de radiocomunicaciones de transmisión y/o recepción cualquiera fuera su alcance. (Agregado el énfasis)

Por otro lado, la Ley N°27.146 de Organización y Competencia de la Justicia Federal y Nacional Penal dice en su artículo 11 inciso “c”:

ARTÍCULO 11. — Competencia material penal federal. La Justicia Federal Penal será exclusivamente competente para entender en los siguientes delitos:

(...)

c) Los cometidos en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o en el de las provincias, en violación a las leyes nacionales, como son todos aquéllos que ofendan la soberanía y seguridad de la Nación, o tiendan a la defraudación de sus rentas u obstruyan y corrompan el buen servicio de sus empleados, *o violenten, estorben o falseen la correspondencia de los correos*, o estorben o falseen las elecciones nacionales, o representen falsificación de documentos nacionales, o de moneda nacional o de billetes de bancos autorizados por el Congreso de la Nación... (Agregado el subrayado³⁸)

Por ahora, nos basta con dejar planteado este problema, que si bien para la Ley parecería clara, no lo es tanto en la práctica. Lo analizaremos en profundidad tras analizar el artículo 153 Bis. Por el momento, el análisis del artículo 153 no se despide.

III. ¡NO SOY UN ROBOT!: EL ARTÍCULO 153 BIS DEL CÓDIGO PENAL Y EL TAN ACTUAL Y TEMIDO HACKING

III. A. Un poco de historia

La figura que se comentará a continuación no siempre existió en nuestro Código Penal. En efecto, es parte de la reforma acaecida en 2008 a partir de la Ley N°26.388. Empero, esto no significa que no tengamos algún que otro antecedente que nos permita esgrimir una hipótesis sobre el precedente fáctico que instó al legislador a incluir en el catálogo de figuras penales la del artículo 153 bis.

Corría el año 1998 cuando el sitio web oficial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sufrió una intrusión informática. Esta última consistió en el reemplazo de su portada inicial por una imagen alusiva al periodista asesinado José Luis Cabezas³⁹.

38 Este mismo énfasis utilizan Salt y Portillo en la obra ya señalada.

39 El caso José Luis Cabezas conmocionó a Argentina en 1997. El 25 de enero de ese año, el fotógrafo de la revista Noticias, José Luis Cabezas, fue asesinado en la localidad balnearia de Pinamar. Cabezas había logrado capturar una fotografía del empresario Alfredo Yabrán, conocido como “el zar de las encomiendas”, en la que este salía de su casa de verano. La foto se consideraba comprometedor, ya que Yabrán era una figura controvertida con vínculos con el poder político y empresarial. Esa misma noche, un grupo de cuatro personas interceptó el auto en el que viajaba Cabezas junto a sus compañeros de la revista. Los agresores, integrantes de la banda “Los Horneros” con presuntos vínculos con Yabrán, los golpearon y luego los obligaron a subir al vehículo. Poco después, Cabezas recibió dos disparos en la nuca y su cuerpo fue calcinado dentro del auto. Al respecto puede consultarse: *Ámbito* (<https://shorturl.at/5qm7W>); *CNN en Español* (<https://shorturl.at/gcflb>); *Radio UNR* (<https://shorturl.at/quFh2>); entre otros.

No obstante la repercusión mediática del caso, la causa “Gornstein, Marcelo Hernán y otros s/ delitos de acción pública” concluyó con el sobreseimiento de los imputados por la ausencia de una conducta típica de los mismos⁴⁰, es decir, por la inexistencia de un tipo legal que penare lo realizado por Gornstein y compañía.

Los fundamentos esgrimidos por la justicia para sobreseer a los imputados exceden el marco de este trabajo, por lo que nos limitamos a resaltar la importancia de que, efectivamente, el plexo normativo contemple casos de intromisión informática o, como se conoce cotidianamente, de hacking.

Adelantándonos un poco, el hacking consiste en,

...el conjunto de comportamientos de acceso o interferencia no autorizados, de forma subrepticia, a un sistema informático o red de comunicaciones, y a la utilización de los mismos sin autorización o más allá de la misma. (Barrio Andrés, 2020, p. 60)

Surge, entonces, que el caso Gornstein fue un caso de hacking. Sin embargo, nada pudo hacerse para penar lo que significó la vulneración del sitio web del máximo tribunal del país, por el simple hecho de no existir figura que contemple lo sucedido.

En consecuencia, celebramos que el legislador argentino haya tenido la iniciativa para regular este tipo de conductas en el digesto punitivo. A continuación, veremos la figura en profundidad.

III. B. El artículo 153 Bis, el bien jurídico protegido y el tipo penal “base”

El avance de la tecnología si bien tiene grandes beneficios, también presenta grandes desafíos e inconvenientes en materia de seguridad informática. Es por ello que nuestro Código Penal fue modificado e incorporó el artículo 153 bis que establece:

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.

En cuanto a su estructura, está dividido en dos partes: el primer párrafo hace referencia al tipo penal base; mientras que, el segundo, determina su agravante. Ahondaremos en su análisis más adelante.

La doctrina ha coincidido en señalar que el bien jurídico protegido por este artículo es la reserva, confidencialidad y el derecho a la privacidad del titular de un dato y/o sistema informático⁴¹.

40 Así lo recuerda Buompadre, quien señala que todo “terminó con el sobreseimiento de la causa por ausencia de tipificación legal del hecho” (2009, p. 712).

41 En este sentido Aboso [et ál] (2022) y Altmark y Quiroga (2012).

No obstante, Dupuy (2018) enriquece esta visión al destacar que el titular de dicho bien puede ser tanto una persona humana como una persona jurídica. Esta última consideración resulta de gran relevancia en el ámbito empresarial, donde la protección de datos sensibles y la seguridad de los sistemas informáticos son fundamentales para garantizar la continuidad del negocio y evitar daños reputacionales.

Es importante mencionar que si bien suele asociarse este delito con aquellos delincuentes profesionales en materia informática (los ya mencionados hackers) “lo cierto es que su comisión puede ser realizada por cualquier medio y no, necesariamente, por técnicas “piratas” o valiéndose de técnicas complejas realizadas mediante malwares” (Aboso [et ál], 2022, p. 513).

Se entiende, ergo, que esta figura no sólo comprende el hackeo, sino también la acción de quien dispone ilegítimamente de una contraseña ajena para acceder a los datos de algún sistema.

Por otra parte, se trata de una figura penal subsidiaria, en virtud de la expresión “si no resultare un delito más severamente penado” del artículo 153. Esto quiere decir que la aplicación de este tipo penal se encuentra condicionada a que no resulte un delito con un mayor contenido punitivo, por ejemplo, quien realiza un acceso indebido pero con la finalidad de ejecutar una estafa informática o producir un daño informático (Buompadre, 2009).

Y es que, en rigor de verdad, por lo general el hacking se produce como antesala a la producción de un delito más grave. Uno de los ejemplos más resonantes es el del grupo Anonymous, quienes se infiltran en complejos sistemas informáticos para neutralizar, destruir o publicar datos sensibles considerados (según los estándares de este grupo) nocivos.

La acción “acceder” es entendida unánimemente por la doctrina como ingresar, entrar, penetrar a un sistema o dato informático indebidamente, a través de cualquier medio, sin autorización o excediendo los límites conferidos (Aboso [et ál], 2022; Buompadre, 2009).

Ahora ¿qué es un sistema o dato informático?

El maestro Fontán Balestra (2013) resume estos conceptos inspirado por los autores Sáenz Capel y Veljoy de la siguiente manera:

[Un sistema informático es] todo dispositivo separado o que forma parte de dispositivos interconectados o emparentados que asegure —o donde uno o más elementos aseguren— mediante la ejecución de un programa, un tratamiento automatizado de datos (p.744).

Mientras que,

[Por dato informático se entiende] información que debe suministrarse a una computadora, preparada en forma adecuada, para ser usada en sistemas de computación (Fontán Balestra, 2013, p.744)

El artículo en estudio señala que el dato o sistema deben ser “de acceso restringido”, debiendo el autor proceder “sin la debida autorización o excediendo la que posea”. Señala Dupuy (2018) que,

Será de acceso restringido porque tiene alguna medida de seguridad que impida el libre ingreso. Para ello, deberá tener que sortearse esta protección; de lo contrario, si es un dato o sistema de libre acceso, no habrá delito... (p. 47)

Coincidimos, asimismo, con el sector doctrinal⁴² que considera a la figura contenida en el artículo 153 Bis como un delito de pura actividad, que si bien admite tentativa (Fontán Balestra, 2013), es de peligro abstracto y se consume con el mero ingreso al sistema o dato de acceso restringido, no exigiendo la figura ninguna otra acción en particular o intencionalidad que genere algún tipo de asimetría en el tipo subjetivo⁴³. Se trata de un delito doloso, admitiendo únicamente el dolo directo en virtud de la partícula “el que a sabiendas accediere” de la norma en cuestión y, así como vimos al analizar el artículo 153 y sus figuras, admite todas las formas de participación.

No se regula tipicidad culposa por lo que, cualquier error de tipo (vencible o invencible), excluiría el encuadre del comportamiento como típico.

III.C. Las agravantes del artículo 153 Bis

Este delito se agrava al verse afectado un sistema o dato informático perteneciente a un organismo público estatal⁴⁴ o de un proveedor de servicios públicos o financieros, debido a la mayor confidencialidad de dichos datos por su sensibilidad y al mayor interés en su preservación, considerando la gran cantidad de información que resulta sensible para los usuarios de los servicios mencionados.

El servicio público hace referencia a la “actividad que lleva a cabo la Administración y se encuentra destinada a satisfacer necesidades de la colectividad” (Fontán Balestra, 2013, p. 533). Mientras que, “el término proveedor de servicios financieros es más amplio que el de entidad financiera (art. 2, ley 21.526), pudiendo incluir un agente de bolsa, una casa de cambios o un medio de pago online o de recaudación de pagos” (Dupuy, 2018, p. 58).

Al incluir esta agravante, el legislador buscó proteger los sistemas informáticos vinculados a las finanzas y al dinero, ya que probablemente serán los más susceptibles a ataques debido a los intereses económicos que los rodean.

IV. COMPETENCIA: ¿JUSTICIA FEDERAL U ORDINARIA?

Como se adelantó, uno de los debates más agueridos en materia de Delitos Informáticos en nuestro país – referidos al ataque de correspondencia y datos incorporados en bancos, claro está – es el asunto de la competencia. Para algunos, la competencia es de carácter federal, mientras que, para otros, provincial.

La competencia federal penal está regulada por el artículo 116 de la Constitución Nacional y el artículo 11 de la Ley N°27.164, que establece que la Justicia Federal Penal es competente para intervenir en delitos cometidos en C.A.B.A. o provincias que violen o falseen la correspondencia de los correos.

42 En este sentido, Buompadre (2009) y D’Alessio (2009). En contra, Villada.

43 Así opina Parada (2018).

44 Coincidimos con el criterio de Dupuy (2018) quien, al interpretar la norma bajo análisis, observa que se hace referencia a un organismo público estatal, dejando de lado a los organismos no estatales, aunque fueren públicos, como, por ejemplo, el Colegio Público de Abogados.

Considerando la Ley N° 19.798 de telecomunicaciones (artículos 2 y 3), estos delitos serían de competencia federal. Sin embargo, al equiparar automáticamente el uso de servicios de telecomunicaciones con la competencia de la justicia federal podría generar un uso excesivo y perjudicial de esta jurisdicción, alejándose de su carácter constitucional de justicia excepcional.

No limitándose este enfoque sólo a los delitos informáticos, por lo que aplicarlo sin tope alguno implicaría que cualquier delito cometido mediante medios tecnológicos pasaría, a priori, a ser competencia federal. Dado el avance de las TICS en todos los aspectos de la vida, podría llevar al absurdo de considerar federales delitos como amenazas, fraude, daños, inclusive homicidios, solo porque en alguna etapa de su comisión se utilizó algún medio electrónico.

Así entonces, la competencia federal no debería basarse solamente en el uso de un medio de telecomunicación o informático, sino que tendrían que analizarse las circunstancias y si existen consecuencias para un interés nacional específico, justificándose de esa manera la intervención del fuero de excepción.

Además, recordemos que acceder ilegítimamente a una comunicación –tal como lo establece el Código Penal– no siempre requiere el uso de una red de telecomunicaciones. Por ejemplo, esto puede ocurrir al revisar la galería de fotos o aplicaciones de un celular desbloqueado.

Por ende, no es posible asumir automáticamente que el uso de servicios de telecomunicaciones implique la intervención de la justicia federal, ya que esto podría llevar a un uso excesivo de la justicia de excepción y, en su aplicación generalizada, podría sobrecargar el sistema judicial.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia ya se ha expedido al respecto sobre este asunto y se ha decantado por declarar de competencia federal el entendimiento de este tipo de delitos, como veremos seguidamente.

V. DECIR EL DERECHO: JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL

Como adelantáramos al principio de este escrito, no existen precedentes tanto en Superiores Tribunales de Justicia o Cámaras de Apelaciones en la región que hayan tratado el tema de los delitos que aquí analizamos⁴⁵.

Empero, la visión jurisprudencial siempre termina por ser determinante en cuestiones tan volátiles como lo es el avance tanto de las telecomunicaciones como las vulneraciones que pueden sucederse en el ciberespacio.

Es por esto último que, hemos optado por traer a colación –muy brevemente– dos precedentes que nos permiten comprender la visión que tienen dos importantes tribunales sobre, también dos, cuestiones importantísimas: por un lado, que debe interpretarse la norma penal referida a la violación de correspondencia teniendo en

45 Ver nota N°2.

cuenta los avances tecnológicos (considerando que el fallo que comentaremos es del año 1999, previo a toda reforma referida a tipos penales informáticos).

Y, por otro lado, nos referiremos al criterio que ha adoptado la Corte Suprema de Justicia en materia de competencia para entender en aquellos delitos que han sido cometidos a través del uso de los medios informáticos que se han revisado a lo largo de este estudio.

V.A. Artículo 153 en su Etapa “Pre Ley N°26.388”

Nos referimos al conocido fallo “Lanata, Jorge s/ desestimación”.

En este fallo del año 1999 la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires estableció que el e-mail,

“...es un medio idóneo, certero y veloz para enviar y recibir todo tipo de mensajes, misivas, fotografías, archivos completos, etc.; es decir, amplía la gama de posibilidades que brindaba el correo tradicional al usuario que tenga acceso al nuevo sistema” (Sentencia Número Interno 10.389 – ID SAJ: FA99060001, 1999)

El tribunal agregó que tiene una mayor protección de la privacidad que las comunicaciones de papel, ya que requiere de un prestador del servicio, nombre de usuario y un código de acceso para impedir que terceros ajenos accedan a los datos que allí se encuentren. Finalmente, hizo referencia a que el medio de comunicación electrónico se define como un correo en versión actualizada y por ello, la correspondencia y todo lo que pueda ser transmitido o receptado goza de la misma protección que brindó el legislador cuando no existía este tipo de tecnología.

De este modo, se reconoció primigeniamente la naturaleza de correspondencia del correo electrónico, algo que luego sería positivizado con la reforma legal del año 2008 a través de la Ley N°26.388.

V.B. Competencia

En el año 2017, la Corte Suprema de Justicia debió expedirse sobre la competencia en materia de acceso indebido a redes sociales ajenas en autos “Toia, Gustavo Walter s/ violación sist. Informático (art. 153 bis 1er párrafo del C.P.”.

¿Qué sucedió? Pues que Karina Alejandra C. (su apellido no ha trascendido) denunció que su ex – pareja, Gustavo Toia, ingresó a su cuenta de Facebook y a su correo electrónico y obtuvo datos de sus contactos del celular y, como broche de oro, copió su tarjeta SIM.

Es así que la Corte Suprema de Justicia de la Nación debió resolver la contienda negativa de competencia ocurrida entre el Juzgado en lo Penal, Contravencional y Faltas N°6 de la ciudad de Buenos Aires y del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N°9.

El primero rechazó su competencia a favor del fuero federal al considerar que se habría cometido el delito previsto en el artículo 153 del Código Penal. En cambio, el segundo, rechazó asumir la competencia, considerando que en el caso no se percibe un interés que

vaya más allá de lo meramente individual ni existe circunstancia alguna que justifique la intervención de la justicia federal.

Dado que el usuario de la red social y el correo electrónico son considerados una comunicación electrónica o un dato informático de acceso restringido y que su acceso solo es posible a través de medios que –por sus características– forman parte de los servicios de telecomunicaciones de interés nacional, la Procuración General de la Nación –a cargo en este caso de Ezequiel Casal– sostuvo que la justicia federal sea quien continúe con el caso.

Así entonces, la Corte Suprema de Justicia adhirió a los fundamentos del dictamen –muy breve por cierto– de la Procuración y declaró que el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N°9 era quien debía entender en la causa.

Entendemos que, obiter dictum, la C.S.J.N. terminó por decantar la balanza en favor de la intervención de la justicia federal siempre y cuando se susciten contiendas que incluyan la invasión a redes sociales; por ser su acceso siempre realizado a través de lo que la Ley N°19.798 considera “telecomunicación”.

Excede el marco del presente expresar nuestra opinión sobre este punto, pero consideramos que el uso irrestricto de la justicia federal para resolver intromisiones a redes sociales ajenas puede generar un desgaste innecesario y desvirtuar el carácter excepcional de su intervención.

VI. “PEDID, Y SE OS DARÁ”⁴⁶: LA RELACIÓN DE LA NORMATIVA ARGENTINA CON EL CONVENIO DE BUDAPEST

En el año 2001 varios Estados europeos redactaron y suscribieron un documento llamado Convenio sobre la Ciberdelincuencia, en aras de coordinar sus legislaciones para dar persecución a la nueva generación de delincuentes: los del espacio digital.

Nuestro país, por su parte, suscribió al mismo en 2018, comprometiéndose a velar por los intereses allí consagrados que, grosso modo, giran en torno a la protección de la intimidad de los ciudadanos. Este compromiso es de índole legislativo.

Ello se ve desde el principio, ya los artículos que componen la Sección 2° del instrumento (del 2° al 21) comienzan con la misma partícula: “Cada Estado Parte/ Las Partes adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar...”

Ahora bien, lo que aquí interesa se encuentra en los artículos 2°, 3° y 4°, que dicen lo siguiente:

Artículo 2°. Acceso ilícito. Cada parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno el acceso deliberado e ilegítimo a todo o parte de un sistema informático. Las Partes podrán exigir que el delito se cometa infringiendo medidas de seguridad, con la intención de obtener datos informáticos u otra intención delictiva, o en relación con un sistema informático conectado a otro sistema informático. (Convenio de Budapest, 2001)

46 Evangelio según Mateo 7:7 – 12.

El artículo 2º del Convenio de Budapest recomienda directamente a los Estados Partes a sancionar lo que en nuestro derecho interno en 2008 se incorporó como “Acceso indebido a la correspondencia” en su modalidad digital o cibernética.

El artículo 3º, por su lado:

Artículo 3. Interceptación ilícita. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno la interceptación deliberada e ilegítima por medios técnicos de datos informáticos en transmisiones no públicas dirigidas a un sistema informático, originadas en un sistema informático o efectuadas dentro del mismo, incluidas las emisiones electromagnéticas provenientes de un sistema informático que transporte dichos datos informáticos. Las Partes podrán exigir que el delito se cometa con intención delictiva o en relación con un sistema informático conectado a otro sistema informático. (2001)

Así las cosas, la Nación Argentina encuentra correlación en su derecho al estudiar la figura de “Interceptación de correspondencia”, por supuesto, en modalidad digital.

Por último en este breve análisis, el artículo 4º de este Convenio:

Artículo 4. Ataques a la integridad de los datos. 1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno todo acto deliberado e ilegítimo que dañe, borre, deteriore, altere o suprima datos informáticos. 2. Las Partes podrán reservarse el derecho a exigir que los actos definidos en el párrafo 1 comporten daños graves. (2001)

Aquí se vislumbra una clara correlación con la figura de “Supresión de Correspondencia”, al haber sancionado la eliminación indebida de la misma en su esfera digital.

Nótese, además, que el artículo 2º hace referencia a que los Estados “podrán exigir que el delito se cometa infringiendo medidas de seguridad”, lo que nuestro Código Penal hace con la palabra “indebidamente”, lo que ya ha sido suficientemente definido.

También se repite en el artículo 3º que podrá exigirse que la finalidad sea delictiva, algo que también se vislumbra tanto a nivel del artículo 153 como 153 Bis de nuestro digesto punitivo en esa partícula (“indebidamente”), lo que completa la doctrina al señalar que se trata de delitos dolosos única y exclusivamente, salvaguardando a aquellos que cometan un error por desconocimiento.

En resumidas cuentas, la Nación Argentina y bajo nuestra óptica, cumple con los estándares (a nivel legislativo) exigidos por este instrumento internacional, al menos en lo que refiere a los delitos que hemos estudiado.

Lo que sí es discutible, es si se alcanza un estándar a nivel punitivo, es decir ¿es suficiente penar este tipo de delito con un máximo de un año de prisión, a sabiendas que ello no implica prisión efectiva? ¿Es disuasorio plantear una pena que tiene un piso mínimo de quince días o un mes, dependiendo la figura?

A nuestro parecer, las escalas penales de los artículos analizados no son suficientes, lo que subraya la necesidad de que las sanciones impuestas deben sean aumentadas en aras de ser lo suficientemente disuasorias.

Por supuesto que esto último no se encuentra exento de debate y de crítica pero, al haber señalado que en el curso de nuestra investigación no se han encontrado antecedentes en la región con los cuales comparar el uso o desuso de estas figuras, ya nos da un indicio de que su persecución y/o condena es mínimo.

VII. ¿SE ESTÁ MEJOR EN CASA QUE EN NINGÚN SITIO?: CONCLUSIONES

Al finalizar la gran obra cinematográfica *El Mago de Oz* (1939), la protagonista Dorothy (interpretada por Judy Garland) pronuncia la frase “realmente no hay lugar como el hogar”, en clara alusión a la seguridad y previsión que “la casa” da a sus habitantes.

Hoy en día, no estamos tan seguros de tal afirmación.

Tampoco planteamos un panorama apocalíptico, como a veces se malinforma, pero sí uno en el que la cautela debe primar, ya que “la casa”, que ha excedido sus límites terrenales, puede ser invadida por los amantes de lo ajeno digitales.

Sin dudas que nos inclinamos por celebrar la reforma instaurada en el Código Penal en el año 2008 en lo que refiere a la adición de las figuras penales que hemos reseñado y comentado.

No obstante, ciertos asuntos aún deben ser considerados, entendemos, de lege ferenda.

En primera instancia, las penas terminan por ser superfluas, por no decir que resulta realmente intrincado encontrar casos en los que se cumpla prisión efectiva o se imponga una sanción que impida efectivamente al ciberdelincuente seguir en su senda del delito.

Ya mencionamos el Convenio de Budapest, instrumento rector en la materia, en el cual se menciona en su artículo 13 que “los delitos previstos en aplicación de los artículos 2 a 11 estén sujetos a sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, incluidas penas privativas de libertad” (2001).

A luz de estos principios es que coincidimos con Fontán Balestra al considerar que, al respecto de estos tipos, “su penalidad resulta manifiestamente insuficiente a la luz de su repetición y peligrosidad social” (2013, p.493), sobre todo cuando se generan progresos a cada minuto, no sólo en el plano teórico sino en el práctico (piénsese en la Inteligencia Artificial), lo que impacta irremediablemente en la ciberdelincuencia.

Continúa el maestro recién citado, en alusión a la gravedad que reviste el hecho de ser vulnerados en nuestra intimidad:

Esa pérdida de la intimidad y de la privacidad echa por tierra todas las conquistas de los derechos humanos expresadas en las constituciones y tratados internacionales, siendo que, cuando el propio Estado reacciona, lo hace a través de penas risibles, que no se adecuan a una política criminal razonable sino que parece haber dictado una legislación de compromiso. Es que si se comparan los

quince días a seis meses de prisión con que se sancionan estas conductas con otras penas del Código, se advierte que la reacción penal es inadecuada. (2013, p.493)

Y es que, en rigor de verdad, jamás estas penas se concretarán en prisiones efectivas, sobre todo cuando se concede el beneficio de la probation, algo muy plausible: si se apresa una vez al ciberdelincuente, imaginamos que la próxima tomará más recaudos.

Así también, no se ven precedentes en que se impongan medidas que restrinjan la posibilidad de estos sujetos de acceder a medios que les permitan realizar las actividades que dan como resultado el intrusismo, el apoderamiento, etc.

En particular, creemos que las penas debieran elevarse, no por considerar que “elevar la pena siempre termina bien” (algo que muy lejos está de ser cierto) pero sí de infundir algún tipo de condicionamiento psicológico en el cibercriminal.

Otro tema a resolver, en segundo lugar, es el competencial.

Tal como lo mencionamos ut supra, consideramos que la justicia federal no debiera ser quien intervenga en estos tipos de delitos, siempre y cuando el afectado sea un particular. Por el contrario, la competencia debería quedar en manos de la justicia ordinaria, ya que garantizaría una distribución más eficiente de los recursos judiciales y preservaría el carácter excepcional de la federal.

No es provechoso para nadie hacer cargo a la justicia federal de un conflicto que surge entre particulares: consume tiempo del que el ámbito federal muchas veces no dispone y demora a los particulares, encareciendo incluso el trámite procesal.

Es cierto, cabe decir, que más allá de las grandes urbes de nuestro país, en el resto no se cuenta con el expertise necesario para enfrentar investigaciones que involucren el ámbito digital, por no hablar de la falta de recursos, por lo que son delitos que rara vez cuentan con la investigación que se merecen, haciendo que nuestro remedio tampoco sea eficaz contra la enfermedad.

Lo que sí resulta positivo, a nuestro modo de ver, es la forma en que se encuentran redactadas las normas penales que hemos comentado.

Vemos, en el caso del artículo 153, repetida cuatro (4) veces la palabra “indebidamente”, lo cual podría leerse redundante, pero en materia de principios penales, no lo es. Al contrario, se produce el mayor de los respetos hacia el principio *lex stricta*, indispensable a la hora de analizar un caso penal.

Asimismo el recorrido que realiza este extenso artículo no es azaroso, ya que describe (si cabe el eufemismo) cuatro caras de una misma figura, en la cual cada una tiene su matiz diferenciador (sin dejar de hablar de distintas formas de entrometerse en la correspondencia).

También resulta de lo estudiado que, en términos legislativos consagratorios de la persecución del aparato estatal de este tipo de delitos, la República Argentina acaba por cumplir con los designios internacionales específicos en la materia (repetimos, en cuanto a las figuras a las que nos hemos dedicado).

Existen modificaciones que pueden (deben) realizarse si quiere contarse con un ordenamiento un tanto más robusto y disuasorio de las conductas que hoy día lejos están de cesar o culminar, sobre todo con el expansionismo de las redes sociales y el constante abuso de los ciberdelincuentes de los sectores vulnerables que acceden por primera vez a los sistemas.

En Derecho, creemos, siempre buscamos lo mismo: permitir que el otro ejerza su libertad en su máxima expresión, siempre y cuando no impida a otro ser humano gozar del mismo beneficio.

Quizá sea cierto, y como dijo Hobbes, el hombre siempre será el lobo del hombre, pero mientras tanto, aportes como el aquí pretendido buscan colaborar a que se esté mejor en casa que en ningún otro sitio.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Abozo, E. [et ál]. (2012). Ciberdelitos: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial [Libro Digital, EPUB]. elDial.com

Altmark, D. R. y Quiroga, E. M. (2012). Tratado de Derecho Informático (Tomo III) [Libro Digital]. La Ley.

Barrio Andrés, M. (2020) Ciberdelitos 2.0. Astrea.

Buompadre, J. E. (2009) Derecho Penal Parte Especial. Astrea.

Fontán Balestra, C. (2013). Tratado de Derecho Penal Parte Especial (Tomo II) Edición Actualizada y Ampliada. La Ley.

Cámara Criminal de Apelaciones en lo criminal y Correccional de la Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1999, 4 de marzo). Sentencia Número Interno 10.389 – ID SAIJ: FA99060001. Carátula: Lanata Jorge s/ Desestimación. Disponible en: <https://www.saij.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-%20criminal-correccional-nacional-ciudad-autonoma-buenos-%20aires-lanata-jorge-desestimacion-fa99060001-1999-03-%2004/123456789-100-0609-9ots-eupmocsollaf>

Concejo de la Unión Europea. (2001, 23 de noviembre). Convenio sobre la Ciberdelincuencia. Serie de Tratados Europeos N°185. https://www.oas.org/juridico/english/cyb_pry_convenio.pdf

Congreso de la Nación Argentina. (Sancionada en 1853 y siendo su última reforma en 1994). Constitución de la Nación Argentina. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Congreso de la Nación Argentina. (1921). Ley N°11.171. Código Penal de la Nación Argentina. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/textact.htm>

Congreso de la Nación Argentina. (1972). Ley Nacional de Telecomunicaciones. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-19798-31922/actualizacion>

Congreso de la Nación Argentina. (2015). Ley N°27.146. Ley de Organización y Competencia de la Justicia Federal y Nacional Penal. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/245000-249999/248174/textact.htm>

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. (2017). ID SAIJ: FA1700007. Carátula: Toia, Gustavo Walter s/ violación sist. Informático (art. 153 bis 1er

párrafo del C.P. Disponible en <https://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-toia-gustavo-walter-violacion-sist-informatico-art-153-bis-1-parrafo-fa1700007-7-2017-09-19/123456789-770-0007-1ots-cupmocsollaf>

D'Alessio, A. y Divito, M. (2009). Código Penal Comentado y Anotado: 2da Edición Actualizada y Ampliada (Tomo II). La Ley.

Donna, E. A. (2011). Derecho Penal: Parte Especial (Tomo II – A) Segunda Edición Actualizada y Reestructurada. Rubinzal – Culzoni.

Dupuy, D. [et ál]. (2018). Cibercrimen II. Editorial B de F.

Molina, G. (2021). Derecho Penal Parte Especial. ConTexto Libros.

Palazzi, P. A. (2016). Los Delitos Informáticos en el Código Penal. Análisis de la Ley 26.388 [Libro Digital]. Abeledo Perrot S.A.

Parada, R. A. y Errecaborde, J. D. [et al]. (2018). Cibercrimen y Delitos Informáticos: Los Nuevos Tipos Penales en la Era de Internet – Suplemento Especial. Erreius.

Parma, C.; Mangiafico, D. y Álvarez Doyle, D. (2019). Derecho Penal – Parte Especial. Hammurabi

Riquert, M. A. [et ál]. (2020). Cibedelitos. Hammurabi.