

## Vínculos del Derecho Penal y del Derecho Informático

Ernesto Liceda  
GECSI - Fac. Cs. Jurídicas y Sociales - UNLP  
ernestoliceda@jursoc.unlp.edu.ar

**Abstract.** El presente trabajo plantea un acercamiento a distintos conflictos que pueden darse entre los principios del Derecho Penal y del Derecho Informático.

**Keywords:** Principio de Legalidad, Principio de Neutralidad Tecnológica, Máxima Taxatividad Legal,

### 1 Introducción

Los vínculos entre el Derecho Penal (y el Procesal Penal) y el Derecho Informático existen a distintos niveles y cada vez son mayores. Por un lado tenemos la cuestión procesal relativa a la prueba (en este trabajo no trataremos cuestiones de la llamada informática jurídica) y la validez probatoria de diversas fuentes informáticas. Por otro lado tenemos las cuestiones planteadas en torno a los llamados delitos informáticos, de donde podemos extraer, a grandes rasgos, dos posturas opuestas. Por un lado aquella que postula que lo que existen son nuevos modos de agresión y por otro los que plantean la existencia de dichos delitos partiendo del reconocimiento del Derecho Informático como rama autónoma[1].

De esta interrelación entre disciplinas tan distintas vemos surgir múltiples conflictos, sobre todo en lo relativo a sus principios rectores. En este trabajo intentaremos plantear algunos de estos conflictos y aportar algunas ideas para su resolución.

Los problemas derivados de la utilización del principio de equivalencia funcional en el derecho penal ya han sido tratados en trabajos anteriores[2], por lo que en el presente trataremos otro de los principios del Derecho Informático, tal es, el principio de neutralidad tecnológica, cuya importancia para el Derecho Penal la veremos tanto en la tipificación de delitos como en la faz negativa de la antijuridicidad..

### 2 El Principio de Legalidad en el Derecho Penal

El principio de legalidad en el Derecho Penal encuentra antecedentes en la Carta Magna de 1215, en la obra de Beccaria en 1764 y en la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, pero recién en 1801 fue formulado por Feuerbach como “nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali” [3]. Este principio es uno de los pilares básicos no sólo del Derecho Penal en general sino también de la protección de los Derechos Humanos frente al Estado.

Este principio, tan económicamente formulado [4], permitió determinar las condiciones básicas que debe cumplir una ley penal para poder considerar delito a una determinada acción y en consecuencia aplicarle una pena. Estas condiciones mínimas son la necesidad de una ley para la existencia de un delito, el delito como antecedente de la pena y la necesidad de una ley para la aplicación de una pena. Este principio fue incorporado en nuestra constitución en el artículo 18 “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...”

Evidentemente, si nos quedamos sólo con que la ley debe ser previa no se cumpliría en absoluto con la finalidad de la norma constitucional. Bastaría con sancionar una ley absoluta y abstracta que estableciera una pena con una escala extremadamente amplia o simplemente habilitar la aplicación analógica para, dando cumplimiento la máxima de la ley previa, violar absolutamente sus fines. Como explica Ferrajoli, es necesario distinguir la mera legalidad (dirigido a los jueces), donde sólo se tiene en cuenta el hecho de que la ley debe ser previa, de la estricta legalidad (dirigida a los legisladores), donde se prescribe la máxima taxatividad y la precisión empírica de las formulaciones [5]. La ausencia de cualquiera de las dos devendría en una norma penal incongruente con un sistema republicano. Desde la primera formulación dogmática del *nullum crimen...* han ido perfilándose distintos caracteres o sub principios tales como el de la irretroactividad de la ley penal, el respeto histórico al ámbito de lo prohibido, entre otros[6].

## 2.1 La cuestión en nuestros días

La Sociedad de la Información ha generado, en lo que a la legislación penal se refiere, una suerte de espiral normativa que viola en sí misma los derechos básicos de las personas. Partiendo de la metáfora de Zygmunt Bauman, nos encontramos en una sociedad líquida a la que intentamos secar en una máquina centrífuga, mientras más nos sentimos ahogados en ella, más velocidad le queremos dar a la máquina. A nuestro alrededor vemos cómo van cambiando las formas de interacción de las personas y cómo se intenta dar respuestas desde distintas instituciones pensadas para otros momentos históricos, con tiempos muy disímiles a los actuales y cómo esos mismos intentos, dentro de dichas instituciones (o interpretaciones de las mismas), terminan vulnerando aquellos derechos que buscaron proteger y, por lo tanto, terminan diluyéndose junto con dichos derechos.

Pensemos en lo que ocurre hoy en día con el Código Penal, cubierto de bis, ter y otros, con una cantidad increíble de proyectos que buscan crear nuevos tipos delictivos y con otras tantas leyes complementarias. Hay un importante número de inconsistencias, delitos imposibles, normas que se contraponen[7], etc., llegando a un punto donde podría ser válido proponer que todo el derecho penal positivo es contrario al principio de legalidad (sobre todo en lo que se refiere a que la ley penal debe ser estricta y clara). Todo ello en la búsqueda de cumplir con el precepto de que la ley debe ser previa, es decir buscando cumplir con la meta legalidad, pero olvidando absolutamente la legalidad estricta, de igual o mayor importancia. Desde ya aclaro que en forma alguna pienso que el requisito de la ley previa deba ser dejado de lado, pero como veremos más adelante, debemos analizar el juego de los distintos

caracteres ya enumerados para lograr una interpretación que garantice los derechos del individuo frente al estado (y no sólo frente a él).

En la frenética búsqueda del legislador por generar en poco tiempo normas penales para nuevas formas de interacción, tratando de cumplir así con el carácter previo de la ley, se deja de lado el requisito de que dicha norma sea estricta y clara[2]. En la urgencia por adecuar nuestro régimen penal a las exigencias internacionales (sobre todo aquellas que vienen del mercado) rompe con la coherencia del sistema y viola, sin quererlo (...) distintos derechos y garantías y olvida algo que Beccaría ya había comprendido hace ya mucho tiempo:

*Una fuente de errores y de injusticias son las falsas ideas de utilidad que se forman los legisladores.*

Esta suerte de inflación de la legislación penal [8] como llaman algunos, sumado a una fuerte tendencia a legislar contra el enemigo termina generando una crisis del sistema penal que poco bien nos hace como sociedad.

Pero es cierto que, en esta situación de transición o cambio social es difícil generar una legislación duradera que permita a la vez castigar situaciones disvaliosas y respetar las garantías constitucionales.

## **2.2 La situación en otras ramas del derecho**

En lo que se refiere a otras ramas clásicas del Derecho, tales como el derecho civil y el comercial, la situación no se presenta tan compleja puesto que cuentan con sistemas de interpretación normativa más abiertos, lo que les permite adecuarse con mayor velocidad a los cambios sociales y dar ciertos tipos de respuestas más o menos valiosas. Pero incluso en dichas ramas del derecho de mayor adaptabilidad (salvo por parte de algunos sectores de la doctrina) fue necesario recurrir a nuevos principios para poder dar cumplimiento a sus finalidades.

Un caso claro lo tenemos con el principio (o seudo principio dada su duración en el tiempo) de equivalencia funcional, que consiguió resultados aceptables en el derecho civil y en el derecho comercial, al permitir una adaptación de la letra rígida de los códigos al creciente uso de las TIC. A modo de ejemplo, dicho principio se utilizó en la ley de firma digital argentina que con un simple artículo actualizó prácticamente toda la normativa que se refiere a la firma, pero con resultados disvaliosos en lo que al derecho penal se refiere[2].

## **3 El principio de neutralidad tecnológica**

Otro de los principios utilizados para poder adecuar el ordenamiento jurídico a la nueva realidad de cambio constante es el principio de neutralidad tecnológica (PNT). Este principio se nombra por primera vez en 1999 en un documento de la Unión Europea sobre el marco normativo de las comunicaciones electrónicas. En este documento se alude a la primera acepción del principio bajo tratamiento, que es la que se refiere a la forma en que deben ser redactadas las normas. En este caso el PNT indica que las normas deben ser redactadas de forma tal que un cambio en la tecnología no afecte el marco legal que regula una determinada situación. Es decir

que las normas no deberían imponer una determinada tecnología sino que deben ser redactadas de forma “abierta”. Un claro caso de contravención a este principio lo podemos observar en la ley de firma digital argentina, donde se establece un sistema de control matemático, dejando de lado la posibilidad de utilizar medios biométricos (u otros) para acreditar la identidad de un determinado sujeto.

Como segunda acepción de la neutralidad tecnológica tenemos que el Estado, al incorporar sistemas de Gobierno Electrónico, no debe imponer el uso de un determinado sistema operativo, es decir que al momento de elegir debe optar por aquel software que garantice la mayor compatibilidad posible con los sistemas operativos existentes y al los ciudadanos puedan acceder sin incurrir en mayores costos, a la vez que debería garantizar que aquellos trámites que se realizan vía web puedan realizarse personalmente.

Una tercera acepción del PNT (no tan aceptada ni desarrollada) es la que establece o establecería que no es “lícito” establecer, legalmente o mediante contratos de adhesión, limitaciones al uso de una determinada tecnología por estar vinculada a otra. Es decir, nadie puede obligar a una persona a tener que adquirir una tecnología específica para utilizar otra si existe la posibilidad práctica de no hacerlo (por ejemplo el conocido fallo de la Corte de Noruega del 2003 en la causa Inger Marie Sunde, senior counsel for the prosecution Vs Jon Lech Johansen). Un ejemplo de violación de esta acepción del principio puede verse en el caso del llamado “impuesto Windows” donde se obliga a aquellos que quieren comprar algunas computadoras, sobre todo notebooks, a comprar también licencias de Windows (como no hace mucho se ha resuelto en Francia en la demanda contra Lenovo). Obviamente, la empresa que realice la venta podrá limitar la garantía por el daño generado por utilizar un software no contemplado o realizar cambios en el específico. Pero sólo en el caso de que el cambio haya sido el generador del daño. Esto implica que no deberían ser sancionadas las acciones que lleve a cabo una persona para poder romper dicho vínculo y utilizar como prefiera la tecnología que adquirió legalmente. Por ejemplo, si una persona comprara un software que está diseñado para ser ejecutado en una determinada plataforma no sería factible condenar las acciones que lleve a cabo dicha persona para poder ejecutar el software adquirido desde otra plataforma. Distinto es el caso de que la persona busque beneficiarse económicamente de ese accionar en perjuicio del creador del software.

### **3.1 En torno a la primera acepción del PNT y el Derecho Penal File**

En su primera acepción, que es la que nos interesa en el presente trabajo, el principio de neutralidad tecnológica, nacido a la luz de la Sociedad de la Información y bajo la órbita del Derecho Informático, tiene por fin dar certeza y estabilidad a la legislación y, por tanto, brindar seguridad jurídica en un contexto de veloces cambios en los modos y medios de la interferencia intersubjetiva. No es ya un principio de transición, como sí lo es el de equivalencia funcional, sino un principio metalegal que hace a los modos en que deben ser redactadas las normas.

El conflicto surge al intentar incorporar al PNT en la órbita del Derecho Penal puesto que no sería compatible con el principio de legalidad estricta. El principio de neutralidad tecnológica establece, a grandes rasgos, que las normas deben ser vagas

y/o ambiguas (teniendo en cuenta la falta de limitación en lo que se refiere a la tecnología) para poder ser interpretadas de diferentes formas en distintos momentos de evolución tecnológica lo que obviamente contradice los caracteres de claridad y estrictez.

Otro conflicto entre el PNT y el principio de legalidad se da en uno de los derivados dogmáticos de dicho principio. El llamado respeto histórico al ámbito de lo prohibido establece que, al momento de juzgar un hecho, el juez debe tener presente el contexto cultural al momento de sancionar una norma y analizar si dicho legislador pudo haber previsto la situación actual para no caer en una extensión indebida del ámbito de punición penal. Claro que mientras no se genere esa extensión indebida no existiría un conflicto.

Entonces nos vemos en una situación de conflicto entre dos principios de suma importancia para el orden jurídico que se presenta, a priori, como insalvable. Pareciera ser que el PNT sería válido para todo el ordenamiento jurídico exceptuando al Derecho Penal.

#### **4 Normas penales y cambios sociales**

El problema es justamente ese, cómo generar normas penales que puedan hacer frente a los rápidos cambios sociales. Una de las primeras respuestas (si no es que la única) fue recurriendo a la sanción compulsiva de nuevos tipos delictivos, desde una perspectiva propia del derecho penal del enemigo. Esto es, teniendo únicamente en vista al sujeto que lleva a cabo la conducta disvaliosa y los medios necesarios para punir dicha conducta, sin tener en cuenta que la mayoría de los ciudadanos no son “delincuentes” y vulnerando muchas veces las garantías constitucionales básicas. Tal es el caso de los delitos de peligro abstracto en que incurrían muchos de los proyectos presentados en el Congreso de la Nación. Esta legislación desde el temor, obviamente no puede ser considerada una respuesta válida desde el derecho, ni de ello puede derivar, mucho menos, una respuesta útil.

Es claro, como se plantea desde el principio de neutralidad tecnológica, que no se puede legislar desde la tecnología de turno sino desde sus efectos o tal vez sus fines, pero ello deja abierta una puerta de dudosa constitucionalidad en el marco del derecho penal puesto que se corre el riesgo de caer en la creación de normas poco claras, dejando una órbita demasiado amplia al criterio de la interpretación judicial en un ámbito que justamente busca limitar ese aspecto.

##### **4.1 La ley penal en blanco**

Para poder comenzar a dar una respuesta es necesario analizar una categoría del derecho penal que no hemos nombrado hasta ahora, la ley penal en blanco. Bajo este concepto se hace referencia a los casos en los que “la ley penal se limita a establecer una conminación, dejando que la acción prohibida sea determinada por otra ley”[6]. Dentro de este concepto podemos encontrar dos situaciones diferentes, por un lado que la acción prohibida sea determinada por una norma que no tiene la misma

jerarquía legal que la ley penal (en este caso estaríamos frente a una ley penal en blanco propiamente hablando) o que la acción prohibida sea determinada por una norma que cuenta con la misma jerarquía legal que la ley penal (ley penal en blanco impropia). Mientras que las primeras serían claramente inconstitucionales por no cumplir siquiera con el principio de mera legalidad, las segundas sólo lo serían si la norma viola algunos de los principios básicos del derecho penal tales como la proscripción de la analogía, la irretroactividad o la estricta legalidad.

Puede parecer tentador utilizar una ley penal en blanco, sobre toda una propia, para satisfacer los reclamos de algunos sectores que pugnan por la ampliación del ámbito punitivo. Sin embargo, es preciso resaltar que, como vimos más arriba, sólo se podría hacer mediante una ley penal en blanco impropia y que ello no sólo no presenta demasiadas soluciones, sino que complica aún más el panorama actual.

#### **4.2 El conflicto entre el principio de legalidad y PNT**

Como vimos hasta ahora, el conflicto entre el principio de legalidad y el de neutralidad tecnológica no parece tener soluciones sencillas e incluso muchos de los tipos delictivos sancionados en los últimos tiempos parecieran estar destinados a perder vigencia al próximo cambio tecnológico que vivamos (y teniendo en cuenta la red cuántica que se está probando por estos días, no parece faltar demasiado para ello).

La solución a este conflicto puede estar dada desde la comprensión del derecho en su totalidad como un sistema complejo donde los distintos institutos pueden trabajar en forma cooperativa. El reconocimiento del Derecho Informático como rama autónoma, con sus propios principios rectores podría dar una solución a este problema.

### **5 Conclusiones**

Sí bien es cierto que una norma del Derecho Penal no puede pecar de oscuridad o laxitud, también lo es que una norma del Código Penal puede referirse a una norma de otra rama del derecho y que esta última debe ser interpretada o redactada conforme a sus propios principios rectores o a los principios generales del derecho, siempre que de ello no resulte una amplitud indebida del ámbito de punición, es decir que no se creen nuevos delitos. En este caso no estamos haciendo referencia a una ley penal en blanco sino a la denotación de algunos de los términos que se utilicen y a cómo deben ser interpretados en el ordenamiento jurídico nacional. De esta forma, mediante una ley marco sobre las tecnologías, que establezca los alcances de diferentes términos sea por sus fines o por sus medios. Siempre que en cuya redacción se haya tenido en vista el principio de neutralidad tecnológica, se podría lograr una integración de este principio y del de legalidad sin violentar las garantías constitucionales. Logrando, así, tipos penales que no deban ser modificados constantemente brindando un sistema más estable y por tanto con mayor seguridad jurídica.

## Referencias

1. Riquert, M. Informática y Derecho Penal: ¿entre el control social y el delito? 2011 <http://riquertdelincuenciainformatica.blogspot.com.ar/2011/12/informatica-y-derecho-penal-entre-el.html>
2. Liceda, E. Límites a la equivalencia funcional y a la comodidad del legislador. 2011
3. Von Feuerbach P.J. Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania 1847. Trad. de la 14ª edición alemana de Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Colección Criminalistas Perennes. Ed. Hammurabi S.R.L. 1989.
4. Domenech, Ernesto E. “LEGALIDAD Y JUSTICIA” [http://intercambios.jursoc.unlp.edu.ar/index.php?option=com\\_content&task=view&id=253&Itemid=189](http://intercambios.jursoc.unlp.edu.ar/index.php?option=com_content&task=view&id=253&Itemid=189)
5. Ferrajoli, Luigi. “Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal”. Ed. Trotta 1995
6. Zaffaroni, E. R. y otros. “Derecho Penal. Parte General”, 2º edición. Ed. Ediar 2002
7. OLIVERA N y PROTO A. “Information Society: The Problem of Law in Terms of the ‘Legal Complexity’ Notion”, IADIS International Conference e-Society 2009 Conference, Barcelona, España, 25-28 de febrero de 2009. Con referato. Proceedings, Vol. II, p3-7 ISBN: 978-972-8924-78-2
8. Tamini, A. L. “La inflación del derecho penal y una vía para contrarrestarla (La administrativización)” en Temas de Derecho Penal. Libro Homenaje a Guillermo J. Ouviaña. Librería Editora Platense. La Plata, 2010.