

DPyC

REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

DELITOS ECONÓMICOS - CONTRAVENCIONAL -
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - PROCESAL
PENAL - EJECUCIÓN DE LA PENA

DIRECTOR:
EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Año XII | Número 6 | Julio 2022

ISSN: 0034-7594

 INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL

THOMSON REUTERS
LA LEY

ISSN: 0034-7914
RNPI: En trámite

Todos los derechos reservados
© **La Ley S.A. Editora e Impresora**

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471 (C1050AAC)
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444
Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 1ra. quincena de julio de 2022, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

DPyC

REVISTA DE
**DERECHO PENAL
Y CRIMINOLOGÍA**

DERECHO PENAL • DERECHO PROCESAL •
PENAL JUVENIL • EJECUCIÓN DE LA PENA •
CRIMINOLOGÍA

Director:

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Año XII | Número 6 | Julio 2022

 **INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL**

THOMSON REUTERS
LA LEY

DIRECTOR

Eugenio Raúl Zaffaroni

ÁREA PROCESAL

Miguel Á. Almeyra

COORDINADORES

Matías Bailone

Gabriel Ignacio Anitua

COMITÉ ACADÉMICO

Eduardo Aguirre Obarrio (Argentina, 1923-2011)

Carlos Julio Lascano (Argentina)

Lola Aniyar de Castro (Venezuela, 1937-2015)

Luis Arroyo Zapatero (España)

David Baigún (Argentina, 1926-2015)

Nilo Batista (Brasil)

Roberto Bergalli (Argentina, 1936- 2020)

Jorge de la Rúa (Argentina, 1942-2015)

Edgardo Alberto Donna (Argentina)

Luigi Ferrajoli (Italia)

José Luis Guzmán Dalbora (Chile)

Julio B. J. Maier (Argentina, 1939-2020)

Sergio Moccia (Italia)

Francisco Muñoz Conde (España)

Esteban Righi (Argentina, 1938-2019)

Gladys Romero (Argentina, 1933-2014)

Norberto Spolansky (Argentina, 1939-2018)

Juarez Tavares (Brasil)

John Vervaele (Holanda)

José Sáez Capel (España)

COMITÉ DE REDACCIÓN

Gabriel Ignacio Anitúa

María Laura Böhm

José Ángel Brandariz García

Leonardo Brond

Javier de Luca

Rubén E. Figari

Mariano Gutiérrez

Manuel Maroto Calatayud

Juliana Oliva

Jorge Paladines Rodríguez

Marcela Paura

Jonathan Polansky

Rodrigo M. Raskovsky

Marcelo Riquert

Cristina Sánchez Henríquez

Máximo Sozzo

Valeria Vegh Weis

Myrna Villegas Díaz

Diego Zysman Quirós

Facundo Maggio

Solange Capuya

Sofía Lanzilotta

Marcos Frezzini

Luciano Bianchi

Gustavo Aboso

María Pilar Marco Francia

Gabriela Gусis

Nadia Espina

CON EL AUSPICIO DE

ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA (ALPEC)

DIRECCIÓN ACADÉMICA

Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo
Aída Kemelmajer
Alberto J. Bueres
Carlos Etala

Cecilia Grosman
Eugenio Bulygin
Eugenio R. Zaffaroni
Héctor Alegria

José Tobías
Julio C. Rivera
Nelly Minyersky
Noemí Lidia Nicolau

COMITÉ ACADÉMICO

Administrativo

Carlos F. Balbín
Fernando R. García
Pullés
Ernesto A. Marcer
Guido Santiago Tawil

Constitucional

Alberto B. Bianchi
Roberto Gargarella
María Angélica Gelli
Juan V. Sola

Internacional Privado

María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público

Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia

Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil

Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

Penal

Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral

Mario Ackerman
Adrián Goldin

Comercial

Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía

Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos

Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental

Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

Penal

Fernando Córdoba
Fernando Díaz Cantón
Ivana Bloch
Marcelo Ferrante
Marcos Salt
Marcelo Sgro

Criminología

Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia

Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

Civil

Carlos Calvo Costa
Luis Daniel Covi
María Victoria Famá
Adriana Krasnow
Luis F. P. Leiva Fernández
Carlos Parellada
Máximo Gonzalo Sozzo

Laboral

Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

Constitucional

María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público

Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado

Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo

Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial

Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía

Marcelo Alegre
Claudio Eduardo
Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi
Cabanillas

Derechos Humanos

Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental

Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial

Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción

Yamila Cagliero

Editores

Nicolás R. Acerbi Valderrama
Florencia Candia
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

ÍNDICE

DERECHO PENAL

DOCTRINA

El beneficio en la ley 27.401 a la luz del delito de cohecho activo y cohecho trasnacional <i>Florencia Luz Márquez Bonino</i>	5
Inteligencia artificial criminal. Posibles abordajes a través de la dogmática penal de las acciones lesivas producidas por los <i>software</i> inteligentes <i>Nicolás M. Grandi</i>	30
Violencia de género cometida mediante el uso de las tecnologías de la información y la comunicación <i>Sofía Andrea Curatolo</i>	47
El Ministerio Público de la Defensa y Pupilar de Mendoza: ubicación institucional y comparación con las restantes provincias y la Nación <i>Pedro Sebastián Costa</i>	57

DERECHO PROCESAL

DOCTRINA

¿Alguien quiere pensar en la víctima, por favor? El rol del fiscal y las facultades del juez ante los intereses de la víctima en la conciliación penal <i>María L. Maidana - Leandro Valentín Alvarez</i>	67
--	----

Bitcoin: herramientas de análisis para abordar investigaciones penales que incluyan operaciones con esta cripto-moneda. Lineamientos para planificar una actividad cautelar eficiente <i>Sebastián Oppel</i>	75
Recurso de revocatoria con apelación en subsidio: ¿puede el recurrente ampliar fundamentos? <i>Carlos E. Llera</i>	105
El testimonio del menor y la pericia psicológica para determinar la responsabilidad del cónyuge no conviviente denunciado por abuso sexual <i>Alberto Violi</i>	108
Facultades de investigación fiscal en el CPPCABA: el caso de las celdas de geolocalización de los dispositivos celulares <i>Juan Francisco Rimondi</i>	115
Análisis de la implementación de la Investigación Penal Preparatoria Electrónica en provincia de Buenos Aires: características y desafíos <i>Gonzalo J. Duarte Ardoy</i>	121
Reforma al proceso penal de la provincia de Jujuy <i>Roberto Marcelo Savio Cravero</i>	128
El dictamen de peritos en el área iberoamericana <i>Antonio M. Lorca Navarrete</i>	135

NOTA A FALLO

HOMICIDIO POR CONDUCCIÓN IMPRUDENTE Competencia de los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires. Intervención primigenia. Recalificación del hecho hacia una figura pendiente de transferencia. Derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Economía procesal. Prisión preventiva	139
La preponderancia de la garantía de juez natural y el principio de Igualdad ante la ley <i>Alessandretti, Rosario</i>	160

PENAL JUVENIL

DOCTRINA

¿Es legal, posible y conveniente la aplicación del juicio por jurados en el derecho penal juvenil? <i>Mary Beloff - Mariano Kierszenbaum - Martiniano Terragni</i>	175
---	-----

EJECUCIÓN DE LA PENA

DOCTRINA

Más de dos décadas después de su interposición, un nuevo capítulo en la ejecución de la sentencia del hábeas corpus colectivo 'Verbitsky' <i>Marcelo A. Riquert</i>	199
--	-----

CRIMINOLOGÍA

DOCTRINA

El concepto de alienación mental no ha caducado en la legislación penal argentina <i>Mercurio, Ezequiel N.</i>	213
La discrecionalidad policial en España <i>Marco Francia, María Pilar</i>	226
La determinación de las penas según Werner Goldschmidt <i>Julio Chiappini</i>	236

DERECHO PENAL

DOCTRINA

El beneficio en la ley 27.401 a la luz del delito de cohecho activo y cohecho transnacional

Florencia Luz Márquez Bonino (*)

Sumario: I. Resumen.— II. Introducción.— III. Análisis de los modelos de política criminal sobre la penalización de las personas jurídicas.— IV. Tendencias en el tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.— V. Análisis del delito de cohecho activo y transnacional, como presupuesto previo al tratamiento de la ley 27.401.— VI. El beneficio en la ley 27.401.— VII. Conclusión.— VIII. Referencias bibliográficas.

I. Resumen

El presente trabajo ofrece una interpretación del elemento “beneficio” referido en los arts. 2°, 7° y 9° de la ley 27.401. A partir del análisis de modelos de responsabilidad penal, legislaciones del derecho comparado y la ley propiamente dicha, junto a los antecedentes jurisprudenciales internacionales y el debate legislativo nacional, se trabajó en diversas hipótesis que permitieron visualizar la problemática que se plantea. La conjugación unívoca e integral del término, dependiendo del modelo de responsabilidad que se adopte, a la luz del delito de cohecho activo y transnacional genera una laguna de puni-

bilidad; y en otro, inconveniencias de parte de las personas jurídicas de acogerse a regímenes de colaboración y compromiso para eximirse de pena, debido a la imprecisión e incertidumbre que surgen del propio sistema y de la letra plasmada en la ley. Se concluye en la necesidad de trabajar en una propuesta *de lege ferenda*.

II. Introducción

Con el advenimiento de los años se ha ido profundizando el fenómeno del involucramiento, utilización y accionar de las personas jurídicas por parte de personas físicas como herramienta central para la comisión de delitos económicos, colaborando a la complejidad de estructuras y entramados delictivos de difícil solución; en otras palabras se ha convertido en una práctica habitual recurrir a artificios e ingenierías legales, usualmente poco desentrañables, para la comisión de delitos económicos a nivel mundial y de manera transnacional por entes jurídicos con la pretensión de que, como sostenía Ernst Beling respecto del derecho procesal penal, bien válidas y aplicables resultan sus palabras para este contexto: “el derecho penal no le toque un pelo al delincuente”. Y ello constituye un buen punto desde dónde partir con una primera incógnita para este caso: ¿Puede una persona jurídica adquirir el status de delincuente?

(*) Abogada, especialista en Derecho Penal Económico, maestranda en Arbitraje y Contratos Internacionales por Universidad Austral. Profesora en UES21. Diplomada en Derecho Aduanero, en Arbitraje, en Derecho de la Empresa, en Governance, compliance, control & assurance; certificada Internacional en Compliance. Coordinadora docente en múltiples Diplomados en Gobierno Organizacional y Compliance. Árbitro en competencias internacionales en Argentina y Malaysia. Miembro de la AAEF y de la Comisión de Asuntos Académicos en Arbitraje Alumni. Participó y disertó en la discusión sobre el proyecto de ley de ética pública organizado por la OA de la Nación. Es consultora en compliance para empresas. com y socia en M.B Abogados, Córdoba. Fue seleccionada para publicar en la Revista de Tributación de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales. Tiene publicaciones en Revista Digital Ad Honorem.

Conforme sostiene Dogler Conharns (1), superadas las teorías de la anomia de Emilio Durkheim, las subculturales de Merton y la teoría de la asociación diferencial de Edwin Sutherland; “...El crimen no surge necesariamente por algún retroceso atávico, a un estado evolutivo anterior, o en virtud de la deficiencia mental o biológica o a la anormalidad psicológica, sino que es socialmente causado.” Y esta manifestación que se plasma en los delitos de cuello blanco ha hecho necesaria la búsqueda de una solución dogmática y legal concreta que abra camino y permita la sanción de tipo penal a estos entes ideales por acciones típicas, antijurídicas, culpables y punibles que solo se encontraban reservadas hasta hace no mucho tiempo a las personas físicas, sobre todo en sistemas jurídicos de corte continental europeo como el argentino.

La importancia, dimensión, capacidad, rol y función, que tienen las organizaciones y empresas en este tipo de hechos delictivos y en el entramado político, social y económico global, y hoy más que nunca en la necesidad, influencia y determinismo en el desarrollo de los Estados que el sector privado ostenta, y la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible fijados por la Organización de las Naciones Unidas para el año 2030, reclaman una efectiva vía de solución. Este “quehacer” no ha sido fácil y ha representado un desafío, habida cuenta de que, tanto en la capacidad de obrar como en el elemento volitivo, los entes ideales dependen, *a priori*, para su expresión de las personas físicas, que son las que en definitiva se manifiestan en los sentidos antedichos representando, a través de ficciones legales creadas al efecto, a las personas jurídicas.

Este mencionado objetivo ha requerido un mayor esfuerzo a la hora de insertar este derecho penal de otra velocidad en cada uno de los sistemas legales nacionales en que se ha adoptado, sobre todo aquellos de corte continental como ya se ha expresado; y cómo, en palabras de Esteban Righi (2), ha dado surgimiento a

problemas relacionados con la influencia criminógena de la actividad criminal del grupo de personas físicas, que son quienes, para unos en definitiva vienen a actuar y formar la voluntad de la persona jurídica y la misma debe responder en función de una relación de tipo vicarial; o bien, conforme otra de las teorías que se desarrollarán, la responsabilidad deviene de la propia estructura como poseedora de una voluntad que le es propia y que atañe a su organización, al control interno y a deberes y obligaciones de corte diligente.

Es en base a estas teorías y ficciones legales, y algunas otras matizadas, que los países, de distintas raigambres y culturas jurídicas, han adoptado esta forma de sancionar o, en todo caso, implicar a los entes ideales en políticas públicas que tienden o invitan al autocontrol, y de esa manera intentan lograr un impacto en la colaboración con los entes públicos, ejecutores de la ley penal en la persecución de los delitos económicos complejos de vocación universal, en pleno apogeo de la era de la globalización y de la digitalización. Ante ello, las herramientas estatales resultan insuficientes por sí solas para desentrañar los complejos entramados utilizados por las empresas y organizaciones del sector privado a la hora de cometer delitos económicos, y en lo que aquí atañe, abordar la participación tanto de sector público como privado para que trabajen de manera colaborativa en la lucha contra los delitos que afectan la Fe y la Administración Pública.

En estos pasos y siguiendo el arduo camino exigido por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), organización internacional a la que la República Argentina pretende ingresar sin haber logrado a la actualidad su membresía, la ley 27.401 de responsabilidad penal de las personas jurídicas fue promulgada el 1 de diciembre de 2017. Este cuerpo legal, adoptaría cierta mixtura respecto de las teorías imperantes, así refiere en su mayoría a delitos cuyo bien jurídico protegido son la Administración y la Fe Públicas, principalmente con el objetivo de luchar contra la corrupción, nacional como transnacional, superando de algún modo, las antiguas teorías ligadas al principio *societas delinquere non potest*.

(1) JARAMILLO, S., "Los delitos de cuello blanco Teoría de Edwin Sutherland", Revistas UNL, Ecuador, 2018, p. 46.

(2) RIGHI, E., "Los delitos económicos", Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 123.

La ley 27.401 ha venido a zanjar normativamente, la discusión y lo hartado respecto de la posibilidad de responsabilizar a los entes ideales por la comisión de ilícitos penales, lo cual fuere tipificado y adoptado en el marco de un sistema numerus clausus o de catálogo de delitos, a través del que se sanciona a los entes colectivos solo para aquellos concretos delitos en los que se prevé expresamente la responsabilidad penal.

La mención respecto del contexto de urgencia nacional en que ocurrió la sanción legislativa de referencia no es un dato que pueda ser soslayado, lo que de alguna manera explica cuestiones que se abordarán en el presente trabajo.

No obstante, esta letra de ley ha permitido a la República Argentina cumplimentar, en algún sentido, la adecuación normativa exigida por la OCDE (3), sin menospreciar la importancia que implica la intención de dar cumplimiento a estándares internacionales comprometidos desde el año 1997, como es la adhesión a la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, saldando de esta manera la antigua deuda con la sociedad internacional al respecto. La aprobación de esta ley ha implicado la adopción de un modelo de responsabilidad penal de los entes ideales que permite su arraigo al propio sistema legal nacional, y ello ha sucedido gracias a la doctrina, que a través del tiempo y de construcciones normativas, ha hecho realidad la posibilidad de endilgar un castigo penal a una persona jurídica. Y esto no puede ser de otra manera, ya que la persona jurídica misma constituye una ficción legal, como sostiene Yuval Noah Harari

(3) Dieciséis años después de su ratificación, la Argentina continuaba incumpliendo la Convención para Combatir el Cohecho de la OCDE. El Grupo de Trabajo encargado realizó un informe sobre la implementación por parte de la Argentina, indicando nuevas recomendaciones para que Argentina mejore la lucha contra el cohecho internacional, entre las que se incluyeron la reducción del retraso en investigaciones y procesamientos de delitos económicos complejos; que se realicen investigaciones proactivamente y se enjuicie todos los casos de cohecho internacional, entre otras recomendaciones. Todo ello derivó en la sanción urgente de una ley, luego de que el "Reporte Fase 3 bis" de la OCDE del año 2017 cuando realizara una serie de recomendaciones de reforma de su legislación y adopción de pasos concretos.

es "una invención de nuestra imaginación colectiva". Estos modelos han creado distintos sistemas, en algunos casos ligados a la adopción de un elemento de conexión objetivo, como lo es, verbigracia, una relación de subordinación; y en otros, teniendo en consideración una especie de subjetividad que habitaría en el ente ideal mismo como una especie de defecto en la organización de manera que permita sostener la culpabilidad de las personas jurídicas por delitos.

Si bien la ley es un hecho cristizador de interés en la lucha contra la corrupción nacional y transnacional, se debe advertir que el texto legal debiera ser objeto de mejora en cuanto a algunos aspectos de técnica legislativa y ser más precisa en sus previsiones. La finalidad de proveer y preservar el espíritu de su concepción, alineada a un carácter de norma de "prevención especial" que incentive medidas de auto-vigilancia y autocontrol sobre las actuaciones potencialmente delictivas en el propio seno del ente ideal, debiera contar con incentivos claros, concretos y definidos cual pena conminatoria, para que los mismos permitan arribar a los objetivos planteados, esto es a lo menos, un cumplimiento autorregulado de alto estándar y colaboración empresaria, hoy conocido internacionalmente como "compliance" o programas de integridad conforme los Lineamientos emitidos por la Oficina Anticorrupción de la Nación.

Es atento a ello, y en cumplimiento del principio de legalidad que debe reinar en materia penal, que el hecho de que la letra de la ley no sea clara y suficiente, no deja más opciones que recurrir a la doctrina y esperar que la jurisprudencia actúe como fuente de derecho, lo que podría resultar en cierta medida un apartamiento a dicho principio de legalidad, a la hora de analizar las implicancias y consecuencias para el derecho penal como derecho de ultima ratio. En este sentido, será una vez más el poder judicial en el ejercicio de una función que no le concierne, el encargado de echar luz sobre los problemas que pudieren surgir en la efectiva aplicación de una legislación de deficiente redacción.

A los fines introductorios, la ley 27.401, y en concreto los arts. 2°, 7° y 9° del cuerpo legal, de los cuales surge que la palabra "beneficio" ha sido utilizada de manera ambigua, lo que conlleva una disímil apreciación de la letra de la ley,

la que trae aparejada una muy diversa paleta de consecuencias y soluciones posibles respecto de la conjugación de las previsiones normativas y su efectiva operatividad, en relación con las diversas teorías sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Es en dicho afán que se ha de someter a análisis el supuesto del delito de cohecho activo y cohecho trasnacional, por ser delitos de mera actividad, los cuales permiten la aprehensión patente de la problemática planteada, en miras de identificar los diferentes significados del “beneficio” en el texto de la ley 27.401 y analizar las implicancias de la adopción del criterio de considerar al beneficio como un elemento de conexión objetivo o subjetivo del tipo penal y determinar en qué radica su esencialidad.

En este cometido habrá que desentrañar ¿qué quiere decir el legislador cuando habla de beneficio en cada una de las previsiones en que se menciona a lo largo de todo el cuerpo legal? ¿cómo debiera ser interpretado de manera individual e integral?, ¿Qué consecuencias conlleva cada interpretación?, y ¿Cuál de ellas permite conciliar de mejor modo su concepción en relación con el delito de cohecho activo y trasnacional?, entre otros interrogantes.

El marco legal al que se remite el presente comprende al art. 258. Cohecho activo, art. 258 *bis*. Cohecho trasnacional del Cód. Penal Argentino; y a los arts. 1°, 2°, 6°, 7° y 9° de la ley 27.401.

III. Análisis de los modelos de política criminal sobre la penalización de las personas jurídicas

Resulta necesario realizar una mención de los modelos de política criminal existentes en la materia, haciendo un breve repaso histórico de la doctrina imperante en el sistema legal argentino. Por mucho tiempo la dominante fue aquella alineada al principio *societas delinquere non potest*, no admitiendo la punibilidad de las personas jurídicas, doctrina que fuere expuesta por el Dr. Eugenio Zaffaroni, como miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su voto en disidencia, en el fallo conocido como Fly Machine SRL s/ recurso extraordinario F. 572. X, en el que sostuvo que: “la operatividad de la

máxima constitucional *nulla injuria sine actione* impone la delimitación del concepto jurídico-penal de conducta, sobre la base de un hacer u omitir que reconocería como único sujeto activo al ser humano, respecto del cual puede reaccionar el Estado con las penas legalmente previstas, excluyendo por ende a las personas jurídicas de acuerdo con el principio *societas delinquere non potest* (o *universitas delinquere nequit*); el cual salva además los irrenunciables principios de culpabilidad y personalidad de la pena”.

En general, y como se desarrollará, la responsabilidad en el ámbito contravencional en sus inicios en Latinoamérica ha sido admitida en casos concretos y en normas de derecho no codificado.

En el marco del derecho penal contemporáneo fueron surgiendo una variedad de teorías, con la finalidad de darle un lugar en el sistema penal a la empresa, como nuevo sujeto de imputación de responsabilidad penal, ampliando el horizonte del derecho penal.

Siguiendo las definiciones de M. Candela Maldonado (4), se puede hacer referir a la atribución de responsabilidad penal a los entes ideales por criterios de responsabilidad vicarial o de transferencia, o bien de responsabilidad propia.

La responsabilidad vicarial corresponde a aquella que la persona jurídica asume por el hecho cometido por una persona física de su propia organización, para lo cual, como señala la autora, requiere del cumplimiento de ciertos requisitos de procedencia que refieren a: a) la relación de dependencia que debe existir, b) que se dé en el marco de las funciones atribuidas a la persona física por parte del ente ideal; y por último, c) que ese hecho se cometa con la intención de obtener algún tipo de ventaja o beneficio para la organización. En definitiva, conforme la cita a Hernández, realizada por Gustavo Aroce-

(4) MALDONADO, María Candela, “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Cláusula de actuar por otro en la Ley Penal Tributaria y Anteproyecto de Reforma al Código Penal de 2014”, Alveroni Ediciones, Córdoba, Argentina, 2015, p. 82.

na y José Cesano (5), “hacen recaer sobre la persona jurídica la responsabilidad penal de una persona natural, en virtud de algún criterio de conexión entre una y otra, generalmente la circunstancia de ser la persona natural órgano o al menos subordinado del ente moral”.

Este es el modelo que dio origen a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aquel que fuera adoptado por los Estados Unidos, pionero en esta temática, entiéndase en el contexto y sistema legal anglosajón en que se desarrolló, recurriendo a un factor de atribución objetivo propio del sistema civil, aplicado al sistema penal.

Otro modelo alternativo, es el de la responsabilidad propia, o autónoma, el cual halla su esencia en la propia culpabilidad del ente ideal, dotándolo de individualidad, como sostiene María Candela Maldonado (6) cuando refiere:

“la culpabilidad puesta de manifiesto en el defecto o actitud criminal de la empresa, independiente de la individualización a autor individual”.

Recogiendo la cita que hacen Gustavo Arocena y José Cesano de Hernández (7),

“La responsabilidad surge directamente de una conexión entre el hecho prohibido y una característica de la entidad, siendo irrelevante la eventual responsabilidad de una persona natural”.

Adviértase en este sentido la importancia que se sigue atribuyendo, en el modelo de responsabilidad propia, al elemento culpabilidad y personalidad de la pena, creando esta ficción de la existencia de una expresión del elemento volitivo de un ente ideal en la exteriorización de sus propia estructura y dinámica funcional y de control y deberes de supervisión. Este modelo, a priori resultaría más acorde al sistema legal argentino actual y continental europeo, y en cierta

(5) AROCENA, Gustavo y CESANO, José D., "Responsabilidad penal empresaria y 'criminal compliance'", Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2019, p. 23.

(6) MALDONADO, María Candela, "Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas...", ob. cit., p. 85.

(7) AROCENA, Gustavo y CESANO, José D., "Responsabilidad penal empresaria...", ob. cit., p. 23.

medida está siendo adoptado por alguna jurisprudencia estadounidense.

Por último, y no menos importante, cabe mencionar un modelo de tipo mixto, resultante de la mixtura de las dos vertientes mencionadas, en el cual se toman elementos de ambos modelos, tesitura que se podría apreciar, por ejemplo, el tener en consideración la graduación de las penas en función de la “actitud criminal de la empresa”.

IV. Tendencias en el tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

a) Antecedentes y estado de la cuestión en el derecho comparado

Es a partir del conocimiento de los orígenes de esta concepción acuñada en el derecho anglosajón, y de los diversos abordajes decididos por los países enraizados con el derecho continental, que resultará accesible la discusión teórica que se plantea en el presente trabajo. El mismo se halla anclado en el análisis sobre si el beneficio es un elemento de conexión objetivo necesario del tipo para la aplicación de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas en la República Argentina, o si debe ser entendido como un elemento subjetivo, a la luz de los delitos de cohecho activo y transnacional; y la diferente interpretación de dicho vocablo a la que obliga la ley vigente con los inconvenientes que trae aparejados.

1) El sistema en Estados Unidos.

La responsabilidad penal corporativa nace en los Estados Unidos, es allí en el derecho anglosajón donde se encuentran las primeras expresiones en este sentido. Se puede establecer a la sentencia de fecha 23 de febrero de 1909, recaída en los autos New York Central & Hudson River Railroad Company, como el hito que dio nacimiento a la concepción de la heteroresponsabilidad penal de la persona jurídica en los Estados Unidos, por delitos cometidos por sus agentes. Fue el Tribunal Supremo de ese país, el que declaró la responsabilidad penal de la persona jurídica en el caso de un delito cometido contra la libre competencia, en el marco de la Ley Elkins de 1903, dado que los directivos de la empresa ferroviaria concedían precios

inferiores a la tarifa oficial de transporte a una compañía azucarera. La Ley Elkins preveía en su texto normativo la punibilidad de las empresas por transgresiones que hubieran cometido sus directivos o empleados, encontrando sus fundamentos en el ámbito de la esfera del derecho privado de daños, y dejando en claro que “la responsabilidad no se atribuye por el hecho de que el principal realmente participe de la malicia o del fraude, sino porque el acto se ha realizado en su beneficio [“for the benefit”]” (8), solución a la que se arribó luego de una apelación basada en el perjuicio que se le ocasionaba a los accionistas por la imposibilidad de defenderse en juicio. A pesar de los argumentos esgrimidos por la ferroviaria, el Tribunal Supremo defendió el razonamiento y constitucionalidad argüidas.

En términos muy elocuentes se prescinde del elemento subjetivo, dando paso hacia una responsabilidad de tipo objetiva, alineada a los principios de la responsabilidad civil. El derecho como “defecto en la organización” para establecer una conexión penal, de alguna manera, deja de mirar la culpa del sujeto activo del delito. De este modo, el elemento que opera como conexión, más allá de la dependencia laboral o relación de representación —papel de poca relevancia en este fallo en concreto—, es el beneficio, a modo de efectivo provecho por parte de la persona jurídica respecto del resultado del delito cometido por la persona física. No se vislumbra una exigencia concreta respecto del propósito de beneficiar al ente ideal por parte del agente como expresión de dolo directo, y ello por ser considerado —conforme cita de Ramón Ragués i Vallès, del precedente “Lothrop v. Adams, Supreme Judicial Court of Massachusetts”— por la “lógica dificultad que comporta imputar la malicia o el fraude reales del agente a su principal...”

El sistema instaurado en Estados Unidos es de responsabilidad objetiva, de tipo vicaria, donde un sujeto responde por los daños ocasionados por otro, sin importar otro factor que no sea el efectivo provecho al que accede la persona jurídica gracias al accionar del tercero.

(8) RAGUÉS I VALLÈS, R., “La actuación en beneficio...”, ob. cit., p. 38.

No obstante, la jurisprudencia local ha evolucionado en modos cuestionables respecto de su paradigma, dejando en duda la interpretación del “beneficio”, ya que más recientes precedentes exigen una intención determinada de beneficio por parte del agente hacia el ente ideal, eximiendo de responsabilidad a la persona jurídica en los casos en que se obra con el propósito del beneficio personal, como es el caso decidido por el Tribunal de Apelaciones del Quinto Circuito, *Standard Oil Co. Of Texas v. U.S.*, 1962, en el cual los hechos cometidos por un empleado infiel fueron motivados por el beneficio propio y de terceros y terminaron por generar, en el caso en concreto, un perjuicio a la empresa que fuera condenada en una primera instancia, y absuelta en la segunda como resultado de la interposición de un recurso de apelación. Es de relevancia la mención que se hace respecto: “El espíritu de la doctrina que niega al poder judicial federal para crear delitos advierte abiertamente que no debemos ampliar el alcance de los delitos promulgados constituyéndolos a partir de nada menos que los componentes incriminatorios contemplados por las palabras utilizadas en el estatuto. ... Dado que este estatuto prescribe un estado mental como elemento del delito, se deben aplicar los principios habituales para imputar a la persona jurídica sin vida, el conocimiento necesario” (9).

Por otra parte, en dicho texto menciona que “Ha habido muchos casos, y es posible que haya otros en el futuro, en los que la corporación es penalmente responsable, aunque no se haya recibido ningún beneficio. Pero si bien el beneficio no es esencial en términos de resultado, el propósito de beneficiar a la corporación es decisivo en términos de equiparar la acción del agente con la de la corporación” (10).

Es de destacar lo manifestado por el Tribunal de Apelaciones del Cuarto Circuito que rechazó el argumento de que no podría haber responsabilidad penal porque la evidencia demostraba que los actos del agente fueron perjudiciales, no beneficiosos, para la corporación y declaró: “No

(9) *Standard Oil Company of Texas v. United States*, 307 F.2d 120, 128 (5th Cir. 1962).

(10) *Standard Oil Company of Texas v. United States*, 307 F.2d 120, 126 (5th Cir. 1962).

aceptamos el beneficio como piedra de toque de la responsabilidad penal corporativa; beneficio, en el mejor de los casos, es un hecho probatorio, no operativo” En este sentido y siguiendo la misma línea, se han sucedido una serie de sentencias que subjetivizan el componente del beneficio, tanto a nivel de exigencia en el ánimo del agente como en los defectos de la organización, esto es la existencia de políticas propias de la empresa y de sus respectivos controles y la diligencia empleada en la evitación de delitos por parte de sus dependientes.

No debe soslayarse aquella parte de la doctrina que sostiene que no es necesaria la motivación de beneficio sino el tipo de actividad desplegado, y si en términos generales beneficia a la empresa, concebida como la modalidad de conducta “apta” para beneficiarla.

No obstante, se puede afirmar que en la jurisdicción federal de los Estados Unidos hoy sigue vigente la decisión del Tribunal Supremo, considerando a la responsabilidad como vicarial y objetiva, siendo suficiente que el agente haya obrado en el desempeño de sus funciones o actividad laboral, sin importar si hubo negligencia en el cumplimiento de los deberes de vigilancia por parte del ente ideal.

También se debe señalar voces que hacen foco en la modalidad de la conducta como susceptible de beneficiar a la empresa en modo potencial, y en ello radicaría el dolo directo.

Otra legislación de los Estados Unidos de Norteamérica, promulgada en 1977 es la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero —FCPA, por sus siglas en inglés—, mediante la cual también se responsabiliza a las personas jurídicas que causan, directamente o por medio de agentes, un acto en apoyo de un pago corrupto que se lleve a cabo dentro del territorio de los Estados Unidos, conforme lo explica el Departamento de Justicia. Se exige que el acto deba generar una ventaja comercial u otro beneficio. Un dato para tener en cuenta es que la pena o sanción es tasada y no guarda relación alguna con el beneficio obtenido o que se hubiese podido obtener como producto del delito, planteo que se retomará en diversas oportunidades, especialmente al tratar el sistema argentino.

2) El sistema español

En España, la responsabilidad penal de las personas jurídicas tuvo su origen en la Ley Orgánica (LO) 5/2010, con adhesión al modelo vicarial, sistema que fue modificado tras la aprobación de la LO 5/2015, mediante la cual se adopta un nuevo modelo, conforme lo reza el preámbulo legislativo.

El texto del art. 31 *bis* Cód. Penal primera parte:

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

Del texto legal surge que el hecho requiere conjuntamente del beneficio, lo que está expresado con la conjunción copulativa “y” en su beneficio directo o indirecto.

A priori se puede sostener que esto implica la exclusión de aquellos casos en que una empresa se vea perjudicada, o bien la actividad delictiva del agente no haya sido con propósito o aptitud para ocasionar beneficio alguno, conforme surge de la doctrina y jurisprudencia españolas, al referir el acogimiento a un criterio de idoneidad *ex ante*, aplicado al concepto del beneficio. Es Ramón Ragués i Vallès (11), quien en el arribo de conclusiones respecto de la legislación española sostiene que “limitar la responsabilidad penal a las conductas aptas para proporcionar

(11) RAGUÉS I VALLÈS, R., "La actuación en beneficio...", ob. cit., p. 154.

determinados beneficios no garantiza una mejor tutela de los intereses que pretenden protegerse con el Derecho penal. ...Si parte de que lo que se persigue ...es implicar a estas en la prevención de ciertas conductas especialmente lesivas para determinados intereses, la introducción del elemento “en beneficio” no contribuye a dicha finalidad...”

Y citando a Adán Nieto quien señala que es “tremendamente disfuncional y debería suprimirse en el futuro”.

Cerrando el tema, sostiene “que un derecho penal que acoge el principio de lesividad, no solo como un límite a la punición legítima, sino también como un criterio básico para valorar la necesidad de intervención penal, la exigencia de una actuación en beneficio es un elemento en cierto modo perturbador, pues no deja reconducirse a la lógica de la mayor o menor dañosidad del hecho”.

García Palominos (12), afirma que, en el modelo español, modificado en 2015, la posición de la persona física en la estructura de la empresa no es un elemento esencial de conexión; y la referencia típica del “beneficio directo o indirecto” tiene solo la naturaleza objetiva de la acción, lo que significa que debe ser idónea para reportar una ventaja a la persona jurídica.

El sistema español fija a continuación una serie de supuestos de exclusión de responsabilidad por cuestiones atinentes a la organización como criterios determinantes de su “voluntad”, atento lo cual nos permitiría arribar a la conclusión de que el sistema español es un modelo de imputación para algunos, mixto, con un ingrediente vicarial y otro subjetivo, y para otra parte de la doctrina se trata del modelo de autorresponsabilidad, por defecto en la organización. En este sentido, la jurisprudencia del Alto Tribunal Supremo en la Sentencia 154/2016, del 29 de febrero ha demostrado que subsiste una división respecto del sistema de imputación adoptado por España. Los hechos de la sentencia versaban sobre un supuesto de tráfico

de drogas, dónde una organización criminal dedicada a la exportación de maquinaria de obras públicas desde España a Venezuela introducía droga en su interior para devolver la maquinaria de nuevo al país de origen. De acuerdo con el pronunciamiento mayoritario, es la ausencia de medidas de control eficaces para la evitación de la comisión de delitos, estableciendo que el “Núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica ... no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencia en una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma”, como aquel que adopta las medidas de control adecuadas que pongan en evidencia un real y serio compromiso hacia la “cultura de cumplimiento” como informadores de los mecanismos de prevención de delitos en su propio seno. Por su parte señalan que: “en la práctica, será la propia persona jurídica la que apoye su defensa en la acreditación de la real existencia de modelos de prevención adecuados, reveladores de la referida “cultura de cumplimiento” que la norma penal persigue. Es en definitiva la postura que se sigue sosteniendo y, conforme el preámbulo, es la razón de ser de la última modificación normativa, esto es, abandonar el sistema vicarial de heterorresponsabilidad como modelo, hacia uno de autorresponsabilidad, por defecto en la organización.

Respecto de las penas previstas, en el sistema español hay una serie de categorías posibles, entre las que se hallan las multas, concebidas en distintos formatos aplicables y con varias modalidades alternativas y sometidas a diversos parámetros para su tasación.

3) El sistema chileno

Chile sancionó el diciembre de 2009, la ley 20.393, consagrando un sistema *numerus clausus*, —ampliado sucesivamente por la ley 20.931 del año 2016, la ley 21.121, la ley 21.132 del año 2018, y 21.240 de 2020— y adoptando el modelo atenuado de responsabilidad derivada, conforme lo sugiere Lina Anllo (13), una atribución de responsabilidad configurada por la vulneración de los deberes de autorregulación referido al

(12) PALOMINOS, G., "Relevancia del elemento 'interés o provecho' en la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile", Revista Chilena de Derecho, vol. 47, Chile, 2020, p. 828.

(13) ANLLO, L., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2018, p. 52.

control de los propios riesgos, como lo sostiene García Palominos (14), un sistema mixto de autorresponsabilidad y por defecto de la organización que surge de los arts. 3 y 5 de la ley 20.393.

En su art. 3°, la norma prescribe:

Art. 3°. - Atribución de responsabilidad penal. Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el art. 1° que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de esta, de los deberes de dirección y supervisión.

Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior.

Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero.

Como se puede apreciar, la legislación chilena refiere a “en su interés o para su provecho”, inclinándose por la no utilización de la palabra beneficio, con lo que a priori se podría afirmar que dicha elección halla su razón de ser en la diferenciación de los elementos subjetivos y objetivos, recíprocamente. Adviértase que la utilización por el legislador del conector “o” entre los términos interés y provecho como conjunción que expresa diferencia, separación o

alternativa, puede traducirse en, o bien la aceptación de que los diversos modelos de imputación son posibles, pero se excluyen alternativamente, lo que implicaría que ya sea con interés o ya sea con provecho, el tipo se realiza; o bien como si los términos fuesen equivalentes o sinónimos, siendo ambos elementos subjetivos o ambos objetivos. Cabe señalar que esta discusión que resulta de interés en algunas legislaciones, en la chilena no posee una mayor relevancia dado que el tipo exige que, ya sea que con interés o para su provecho, la comisión sea una consecuencia del incumplimiento por parte de la persona jurídica de los deberes de dirección y supervisión, por lo tanto, el elemento subjetivo del ente ideal está determinado por el determinado por el determinado por el determinado por el agente ni el provecho *ex post*.

Como sostiene García Palominos (15) “esta discusión sobre el modelo, funcionalidad y contenido de la exigencia “interés o provecho” ha sido bastante precaria y se ha limitado a definir el elemento, sea como una exigencia objetiva o subjetiva sin o con vagas referencias a su funcionalidad”.

Este mismo autor refiere que autores como Hernández, Segovia y Matus, entienden este elemento como un elemento “subjetivo” presente en la conducta de la persona natural, pero requisito de la misma naturaleza subjetiva en la imputación a la persona jurídica. En el mismo sentido se orienta la opinión de la fiscalía nacional del Ministerio Público, Of. FN N° 440/2010.

Por cierto, dicha opinión “es coherente con un sistema que busca fijar un marco de interés organizativo que quede limitado a la ejecución de delitos en el ámbito de los recursos humanos comprendidos por la organización y que no se extienda a hipótesis en que *ex post* se produjo un provecho, pero que no motivó originalmente la conducta” (16).

Por otra parte, en favor de ello, el art. 5 reza:

“Art. 5°. - Responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica. La responsabilidad de la

(14) GARCÍA PALOMINOS, G., "Relevancia del elemento "interés o provecho...", ob. cit., p. 830.

(15) Ibidem.

(16) Ibidem, p. 833.

persona jurídica será autónoma de la responsabilidad penal de las personas naturales y subsistirá cuando, concurriendo los demás requisitos previstos en el art. 3 se presente alguna de las siguientes situaciones:

1) La responsabilidad penal individual se hubiere extinguido conforme a lo dispuesto en los numerales 1° y 6° del art. 93 del Cód. Penal.

2) En el proceso penal seguido en contra de las personas naturales indicadas en los incisos primero y segundo del art. 3° se decretare el sobreseimiento temporal de el o los imputados, conforme a las causales de las letras b) y c) del art. 252 del Cód. Proc. Penal.

También podrá perseguirse dicha responsabilidad cuando, habiéndose acreditado la existencia de alguno de los delitos del art. 1 y concurriendo los demás requisitos previstos en el art. 3°, no haya sido posible establecer la participación de el o los responsables individuales, siempre y cuando en el proceso respectivo se demostrare fehacientemente que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de las personas señaladas en el inciso primero del mencionado art. 3°.

2.- De las circunstancias que atenúan la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Como se puede apreciar no exige el elemento “interés o provecho” y lo sustituye por el que haya actuado “dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias”, lo que puede entenderse como la opción de un elemento objetivo-orgánico, sostiene García Palominos, ante la imposibilidad de una definición subjetiva por falta de un sujeto concreto de imputación.

Si bien es una tesis criticada, la de la opción del factor de conexión, esto es el interés o provecho como elementos subjetivos como motivación, es la forma que permite darle coherencia al sistema, aun a pesar de que tal inteligencia implique la limitación excesiva a la punibilidad, especialmente por los problemas que acarrearía la prueba del elemento subjetivo.

La doctrina no es uniforme y se mantiene la discusión teórica, de la mano de los partidarios

y detractores de cada una de las posiciones respecto a qué modelos de los propuestos de responsabilidad vicarial, autónoma o mixta adscribe la legislación chilena.

b) Antecedentes y estado de la cuestión en Argentina.

Dentro de los antecedentes nacionales se puede hacer referencia a varios de ellos y han existido diferentes proyectos de reforma al Cód. Penal en este sentido, en los cuales se pretendió dotar de responsabilidad penal a las personas jurídicas a partir de la incorporación de disposiciones en el código de fondo, lo que aún no se ha logrado plasmar.

El primero de ellos data de 1937, conocido como el Proyecto Coll-Gómez de Cód. Penal, el Proyecto Peco de 1941, el de De Benedetti de 1951. Luego, más contemporáneamente se trabajaron proyectos en los años 2006, 2012 y 2017.

Es de destacar el proyecto de 2012 que refiere algunos puntos de interés como es la adopción de un sistema cerrado o *numerus clausus*, y la exigencia de una actuación por parte de un representante, estableciendo la exclusión de responsabilidad para el caso de actuación en su propio beneficio y sin reportar provecho a la persona jurídica.

También preveía la ratificación tácita en caso de que la persona física careciera de atribuciones, y el importante agregado de que aun en los casos de que el hecho no implicare un beneficio o interés de la persona jurídica, esta será responsable si la comisión del delito hubiere sido posibilitada por el incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión, quedando prevista de esta manera la culpa in vigilando para dicho proyecto. Por otra parte, preveía un catálogo de penas, entre las que se hallaban la multa tasada en función de parámetros externos al producido por el delito, como ligada a montos de facturación anual y a la capacidad económica de la empresa.

El Proyecto de 2017 intentó un cambio de paradigma ligado al rol de la persona en sociedad y al concepto de responsabilidad social, concepciones que tienen plena vigencia a nivel global, con el auge del “compliance”, el cual hoy se trata

a nivel transversal en organizaciones y corporaciones, no solo de “compliance penal”, sino como abarcativo del significado real de la palabra.

Cabe hacer mención que las sanciones penales en el ámbito contravencional como delictual de las personas jurídicas se ha venido tratando a modo de elencos sancionatorios desde larga data. Fue a través de disposiciones que surgen de distintas legislaciones especiales, las cuales datan de los años 1923, cuyas normativas refieren a diversas materias como aduanas, controles de precios, disposiciones en materia impositiva, de defensa de la competencia, seguridad nacional, régimen penal cambiario, encubrimiento y lavado de activos, políticas ambientales y régimen penal tributario.

1) Algunas menciones respecto del trámite legislativo y debate parlamentario.

La ley 27.401, tiene su génesis en el proyecto presentado por el Poder Ejecutivo Nacional en 2016, enviado al Congreso de la Nación el día 20 de octubre. Este proyecto inicialmente adhería conceptualmente al modelo de autorresponsabilidad ya referenciado de la persona jurídica, como defecto de organización interna o de propia culpa. (art. 3° del citado proyecto legal) y respecto de la pena lo que se contempló en dicho proyecto fue una pena tasada conforme parámetros ligados al giro económico societario, y no con la configuración definitiva que luego adquirió, de tasación en función del “beneficio” actual o potencial.

A tenor de las varias observaciones que se hicieron a dicho proyecto, el texto original finalmente fue modificado, e incluso cambiado en su paradigma inicial.

En el marco del debate, algunas de las voces provenientes de la Cámara de Diputados de la Nación como la de Senadores, son relevantes a los fines del presente planteo. Es en la Cámara de Diputados donde el proyecto del ejecutivo se desarticula, cambiando el paradigma planteado inicialmente, para adoptar el sistema vicarial como modelo. Ya en el debate, en el ámbito de la Cámara de Senadores concretamente, Carlos

González Guerra (17) explicó que el derecho comparado legitima la responsabilidad penal de las personas jurídicas, retomando las palabras de Winfried Hassemer del Instituto de Frankfurt, quien refiere a la existencia de una crisis en el derecho penal como causa de su expansión. Citando a Jesús Silva Sánchez, quien explica la existencia de un derecho penal de la integración o de tres velocidades, González Guerra sostiene que este derecho se enmarca dentro de un derecho penal de segunda velocidad, entendido este como el derecho penal de las empresas o de los negocios, en el que se flexibilizan las garantías y los criterios de imputación, en los cuales las penas solo tienen o proveen a una afectación de tipo económica y cuya función es meramente instrumental y no resocializante. Concluye dicho expositor en la necesidad de que el proyecto del Poder Ejecutivo volviera a su espíritu inicial, adherido a un sistema de autorresponsabilidad o de responsabilidad por defecto de la organización debiera ser el adecuado conforme el principio de culpabilidad que rige el sistema penal, y la propia función instrumental de prevención especial con que ha sido concebida esta normativa, la cual reposa esencialmente en la necesidad de obtener colaboración por parte de las empresas a los fines preventivos y/o punitivos en la lucha contra la corrupción y los delitos que se castigan con la normativa referida. Coincidiendo en este sentido, José María Rodríguez Estévez (18) en el debate parlamentario, recordando que el fundamento de punición de la persona jurídica es diferente del de la física, refiere innecesario recurrir a la ficción vicarial, esto es la responsabilidad por el hecho de otro. Por otra parte, Carlos Mahiques (19), juez de la Cámara Federal de Casación Penal, fue otro de quienes siguieron la misma postura en el debate, a favor del modelo de autorresponsabilidad, lo que manifestó en el mismo debate parlamentario, sugiriendo ampliar el catálogo de delitos.

Hubo otros oradores, como Jorge Rizzo (20), quien lo hizo en representación del Colegio de

(17) ANLLO, L., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas...", ob. cit. p. 40.

(18) Ibidem, p. 41.

(19) Ibidem.

(20) Ibidem, p. 149.

Abogados de Capital Federal, que bajo la antigua concepción, se manifestó en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, habida cuenta de su incapacidad de acción y de culpabilidad.

Una vez arribado el proyecto nuevamente a Cámara de Diputados, el diputado Juan F. Brügge, se expidió respecto de la pena propuesta y sentenció a la tasación adoptada por Senadores, como una situación grave, principalmente en relación al tomar como parámetros de la pena al beneficio producido efectivo o potencial del delito, lo que supone por un lado, determinar la existencia del hecho complejo y por otro, la fijación de la cuantía —efectiva o probable— para la determinación de la pena, a más de la inconveniencia de hacer depender la misma de una sola variante de cálculo; todo lo cual podría suponer un proceso extremadamente largo, y en caso de no poder determinarse por el juez, el mismo deberá recurrir a la aplicación subsidiaria de otra penalidad.

Citando a Brügge (21): “...ese punto deja flojo el aspecto punitivo de la norma, quedado librada al criterio del juez la aplicación de la multa. Lo peor es que para establecer su cuantía queda cercado el juez en la aplicación de un único y exclusivo parámetro...”, lo que sin dudas limita la toma de decisión por parte de una persona jurídica a la hora de pretender autodenunciarse.

Luego de una ardua labor, el proyecto consensuado con la Cámara de Senadores se transformó en ley el 8 de noviembre de 2017, entrando en vigor el día 1 de marzo de 2018.

Si bien existen cuestiones a mejorar, fue el primer paso en el compromiso global de la lucha contra la corrupción y la consagración legislativa de la responsabilidad penal delictual de las personas jurídicas, quedando pendiente la reforma del Cód. Penal.

V. Análisis del delito de cohecho activo y transnacional, como presupuesto previo al tratamiento de la ley 27.401

Siguiendo el íter del presente, y en consonancia a lo expresado, se analizará el delito de co-

(21) Ibidem, p. 41.

hecho activo y transnacional, por entender que en ellos se refleja la problemática planteada respecto de las disposiciones de la ley 27.401 y el carácter e interpretación que debe atribuirse a la palabra “beneficio” conforme una lectura y entendimiento integrador, y respetuoso del derecho penal.

En la República Argentina, el delito de cohecho se presenta en dos tipos penales, como cohecho activo y como cohecho pasivo, dependiendo del sujeto activo del delito. Son figuras que se cometen de manera independiente, no obstante, uno podría ser consecuencia de la comisión del otro. Lo que a estos fines interesa, es el cohecho activo.

El cohecho activo está previsto en el art. 258 del Cód. Penal Argentino, estableciendo como conducta típica la de dar u ofrecer, directa o indirectamente dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los arts. 256 y 256 *bis* del mismo cuerpo legal; esto es hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a las funciones en su condición de funcionario público para el primer caso; y para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que este haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones en su calidad de funcionario público. También prevé el delito que refiere al hecho de ejercer influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, a fin de obtener la emisión, dictado, demora y omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia; y el art. 257 que refiere a la finalidad de emitir, dictar, retardar u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen en asuntos de su competencia. El delito de cohecho activo prevé tres tipos de sanciones, pudiendo ser reclusión, prisión y/o inhabilitación, y también se pueden diferenciar figuras agravadas.

Como sostienen José L. Clemente y Carlos I. Ríos (22), el cohecho activo es el delito que comete el agente corruptor del funcionario, siendo dicha calidad en el sujeto pasivo necesaria para la comisión del delito, con excepción del caso

(22) CLEMENTE, José L. y RÍOS, Carlos I., "Cohecho y Tráfico de influencias", Lerner Editora SRL, Buenos Aires, Argentina, 2011, p. 129.

del delito de tráfico de influencias, que no requiere tal condición.

El bien jurídico que se intenta proteger con la previsión en análisis es la administración pública, su funcionamiento normal y correcto, el cual es puesto en peligro con los actos de corrupción.

A este respecto la figura del cohecho activo es de peligro concreto, es decir con el componente de idoneidad exigido más allá que delito se consume con el mero ofrecimiento de una dádiva por una persona cualquiera, con total independencia de la actitud o hecho consecuente que pudiera adoptar quien la recibe, esto es: el funcionario público o aquel tercero que promete influencia para el delito de tráfico de influencias. He aquí, como sostienen José L. Clemente y Carlos I. Ríos (23), la amenaza penal que tiende a “impedir que los particulares u otros funcionarios públicos, faciliten o colaboren con la corrupción de la administración pública nacional y transnacional”, una de las cuestiones y objetivo clave de la normativa bajo análisis en el presente trabajo.

Es relevante a los fines del análisis que aquí se presenta remarcar que el soborno tiene un objeto determinado como finalidad, y como ha sostenido la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Sala IV, con disidencia del Dr. Navarro (24): “La criminalidad del cohecho no reside en la realidad objetiva del suceso buscado por el autor, sino en su aspiración”.

Es así pues que requiere de un elemento subjetivo que radica en el dolo directo del autor que persigue la finalidad de un acto funcional o una influencia determinada, lo cual es valorado *ex ante*. El dolo viene a comprender la direccionalidad y carácter de la entrega u oferta y la acción que se despliega en ese afán, por lo cual no cabe duda alguna respecto del elemento volitivo que debe existir por parte del sujeto activo para la comisión del delito, el que se perfeccionará con el hecho doloso, sin importarle al derecho penal la obtención real del resultado buscado, lo que dependerá de la comisión

del cohecho pasivo, como contracara, por parte de otra persona física.

La importancia de lo explicado radica como se analizará *a posteriori*, en que este delito al que se le pretende otorgar mediante un elemento de conexión determinado que se ponderará, la posibilidad de ser endilgado a una persona o ente ideal se justifica y tiene su valor como tal, en la medida de que se trate de un hecho doloso, orientado hacia una finalidad decidida *ex ante*, pero consumándose en sí mismo con la mera actividad, más allá del logro del cometido deseado y propuesto. Ello determina que no puede desvirtuarse el delito mismo mediante la utilización de un artificio o exigencia de un plus como sería el caso de la exigencia del resultado “beneficio”, en miras de hacer extensivas las consecuencias delictuales a una persona ideal, distinta de la persona física, autora del hecho doloso, pretendiendo excluir el elemento de culpabilidad que es uno de los elementos típicos del delito.

Otro punto requiere el tratamiento del cohecho transnacional, que se encuentra al art. 258 *bis* del Cód. Penal, modificado primero por la ley 25.825 del 19 de noviembre de 2003 y por la ley 27.401 de 1 de diciembre de 2017. El artículo prevé una sanción para el que directa o indirectamente, ofreciere, prometiére u otorgare, indebidamente, a un funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional, ya sea en su beneficio o de un tercero, sumas de dinero o cualquier objeto de valor pecuniario u otras compensaciones, tales como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que el funcionario realice u omita realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas, o para que haga valer su influencia derivada de su cargo, en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial. También se define el concepto de funcionario público de otro Estado o de cualquier entidad territorial reconocida por la Nación Argentina, a toda persona que haya sido designada o electa para cumplir una función pública en cualquiera de sus niveles o divisiones territoriales de gobierno, o en toda clase de organismo, agencia o empresa pública en donde dicho Estado ejerza una influencia directa o indirecta. Esta disposición tiene su cuna en la Convención contra la corrupción que

(23) Ibidem, p. 130.

(24) Ibidem, p. 136.

prevé estándares mínimos, en el entendimiento de que el delito es de carácter global y afecta el desarrollo económico general, y es una de las herramientas utilizadas por la criminalidad organizada para la consecución de sus fines. Si se hace mención al bien jurídico protegido, se debe recurrir a la parte dispositiva de la Convención, donde se expresa con un grado de convicción suficiente, estudiado y probado que "... la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos, considerando que la democracia representativa, ... exige combatir toda forma de corrupción el ejercicio de las funciones públicas..." (25).

El cohecho trasnacional no tiene como bien jurídico protegido la Administración Pública Nacional, sino una especie de protección a los negocios internacionales como sugiere José L. Clemente y Carlos I. Ríos (26).

Es de remarcar que lo que se castiga con este delito es solo su faz activa y no pasiva, la que en todo caso quedará sujeta al derecho nacional correspondiente al del funcionario público o sujeto pasivo definido por el tipo penal. Aquí se logra vislumbrar con mayor fuerza la mención al tratar el cohecho activo. Posicionando el tema nuevamente respecto del elemento subjetivo, también se refiere a un delito que es susceptible de comisión a través de dolo directo, en el cual el autor debe tener una finalidad especial de consecución de un acto funcional o influencia determinada, independiente de su contracara y de la obtención de resultado alguno.

VI. El beneficio en la ley 27.401

A raíz de lo planteado respecto de los distintos modelos, el repaso histórico, la mención sobre los sistemas adoptados en el derecho comparado, y el trámite legislativo seguido en la en la República Argentina; es posible ahondar en el objetivo concreto del presente, que es la palabra "beneficio" como elemento normativo dentro de la ley 27.401. Se pretende explicitar el estado de la cuestión a nivel nacional, a partir del aná-

(25) Ibidem, p. 148.

(26) Ibidem, p. 150.

lisis y exposición de las posturas de algunos de los autores referentes.

Resulta imprescindible repasar lo dispuesto en la ley a los arts. 2º, 7º y 9º, en los cuales se menciona la palabra "beneficio":

Art. 2º - Responsabilidad de las personas jurídicas. Las personas jurídicas son responsables por los delitos previstos en el artículo precedente que hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio.

También son responsables si quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita.

La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad solo si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella.

Art. 7º - Penas. Las penas aplicables a las personas jurídicas serán las siguientes:

1) Multa de dos [2] a cinco [5] veces del beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener;

2) Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez [10] años;

3) Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez [10] años;

4) Disolución y liquidación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad;

5) Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere;

6) Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

Art. 9° - Exención de pena. Quedará eximida de pena y responsabilidad administrativa la persona jurídica, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias: a) Espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna;

b) Hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los arts. 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito;

c) Hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido.

Es dable traer a colación lo mencionado por Daniel Roque Vítolo (27) quien refiere, en el análisis sobre penas y sanciones en la ley 27.401, señala que “siempre y cuando no se considere que el tipo se configura no con la obtención del beneficio sino con el solo hecho de perseguirlo; cuestión que abre un nuevo debate”, resulta adecuado ya que dispone de manera escueta y simple la apertura hacia una interpretación afin al dilema que se plantea para el delito de cohecho activo, como delito doloso y la exigencia de un beneficio como elemento objetivo del tipo.

En este sentido, por su parte, Sandro Abraldes (28), entiende que el sistema adoptado por la ley 27.401 es de responsabilidad de tipo vicarial, y exige dos cosas: intervención directa o indirecta por parte de la persona jurídica en el hecho o la actuación en nombre o interés de la misma, a lo cual debe adicionarse un beneficio al ente ideal, difiriendo su modo de clasificación de los supuestos de responsabilidad con los determinados por otros autores. Este mismo autor sostiene que “El beneficio para la persona jurí-

dica es un elemento fundamentador de la responsabilidad penal” (29), basando su criterio en el apartado final del art. 2° de la ley, al hacer referencia a que “La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad solo si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella”. En referencia agrega, citando a Ragués i Vallès, que el beneficio debe ser entendido en sentido amplio y no necesariamente económico, sino “beneficio” como susceptible de abarcar situaciones diversas que no siempre refieren a un criterio material económico directo.

Adoptando una visión integral de la ley, entiendo como una interpretación de sentido al conjugar esta inteligencia con los arts. 7° y 9° del mismo cuerpo legal. Afirma que en concordancia con “el debate parlamentario: el requisito del beneficio es el que manda, porque si el agente actuó en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella” (30), la letra de la ley excluye a la persona jurídica de responsabilidad, con lo cual invierte y determina por descarte la exigencia del dolo directo para endilgar responsabilidad a una persona jurídica en el caso de un cohecho activo, que requiere la obtención de un beneficio.

Luego, Abraldes, al tratar la persona jurídica y el delito de cohecho sostiene que “resulta necesario que la persona jurídica tienda a resultar beneficiada por la conducta ilegal desplegada, dado que quedará exenta de responsabilidad “si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella (art. 2°)” (31), flexibilizando de alguna manera, la postura objetiva, con el aditamento de la exigencia de una tendencia a resultar beneficiada, requiriendo de esta manera un elemento subjetivo de valoración *ex ante*, respecto de la aptitud e idoneidad de la conducta desplegada para la obtención potencial del beneficio en los supuestos de cohecho activo por parte del ente ideal.

(27) VÍTOLO, D., "Las personas jurídicas y los delitos contra la administración pública", en VÍTOLO, D., Responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2018, p. 529.

(28) ABRALDES, S., "Las personas jurídicas y los delitos contra la administración pública", en VÍTOLO, D., Responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2018, p. 272.

(29) Ibidem, p. 89.

(30) Ibidem, p. 274.

(31) Ibidem, p. 292.

Por su parte, Lina Anllo (32), al tratar al beneficio como un criterio de imputación, entiende de una interpretación integral de la normativa, que el mismo refiere a una ventaja patrimonial o no, pero susceptible de apreciación económica cuantificable.

A su vez, siguiendo el criterio fijado por la Fiscalía General del Estado de España, Circular 1/2016, entiende al dolo de beneficio como una acción tendiente a su obtención y no la exigencia concreta de su efectivo acaecimiento. Concluye de esta manera en que debiera entenderse en el sentido de que, si la persona física actuó en beneficio de la persona jurídica, no sería necesaria la obtención de efectivo provecho por parte de la persona jurídica para su responsabilidad; y posiciona al beneficio como un tercer elemento de conexión, y no como aditivo tal y como se encuentra en el sistema español, pero estima en este sentido que queda zanjada dicha cuestión al sostener que nunca se aplicará el beneficio como criterio autónomo, dado que se exige de cualquier modo, representación o ratificación, aunque sea tácita por parte del ente ideal, de manera que estaría afirmando la culpabilidad del ente ideal por un hecho propio, reflejado, en todo caso en el conocimiento y ratificación.

a) El beneficio como elemento subjetivo u objetivo del tipo.

Partiendo de la mención al art. 2° de la ley 27.401, que refiere que las personas jurídicas son responsables por los delitos que hubieran realizado directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio; y en consideración del último párrafo del mismo artículo que sostiene que quedará exenta de responsabilidad si la persona humana que lo cometió hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella; y dado lo previsto en el art. 7 respecto de las penas, al decir que una de las pena aplicables a las personas jurídicas será la de multa de 2 a 5 veces el beneficio obtenido o que se hubiese podido obtener; y en vista de lo dispuesto por el art. 9 sobre los requisitos para la exención de la pena, mediante la cual se establece la concu-

rrencia simultánea de la autodenuncia previa, la existencia de un sistema de control y supervisión adecuado que hubiese exigido un esfuerzo extra para la comisión del delito de que se trate y la devolución del beneficio indebido obtenido; es que se sostiene que, a priori, la palabra beneficio fue utilizada por el legislador en sentido ambiguo. Una acepción unívoca del vocablo a lo largo de todo el cuerpo legal acarreará consecuencias disvaliosas y contrarias a lo que ha querido manifestar el legislador, afectando ya sea la responsabilidad de la persona jurídica por falta de tipicidad debido a la no obtención del beneficio como elemento de conexión objetivo necesario para el supuesto de los delitos de cohecho activo y cohecho trasnacional, generando una laguna de punibilidad; o bien por la inaplicabilidad de la previsión dispuesta como exención de pena, por la no existencia de beneficio a devolver.

Bajo diversas hipótesis se relacionarán conceptos y situaciones fácticas concretas que permitirán abordar la problemática y arribar a una conclusión con finalidad armonizadora.

i. Análisis exegético gramatical

Desde un análisis exegético, el art. 2° de la ley, ya referenciado, expresa: "Responsabilidad de las personas jurídicas. Las personas jurídicas son responsables por los delitos previstos en el artículo precedente que hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio.

También son responsables si quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita. La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad solo si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella".

En un sentido gramatical, indica que la comisión de algunos de los delitos es directa cuando es con su intervención, y es indirecta cuando es en su nombre, interés o beneficio, abarcando la responsabilidad a todas las alternativas que se mencionan, siendo la disyunción del tex-

(32) ANLLO, L., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas...", ob. cit. p. 204.

to, la referida a la realización directa o indirecta como las dos grandes clasificaciones alternativas, coincidiendo las siguientes menciones con las modalidades en que las mismas pueden presentarse, respectivamente.

Para esta inteligencia, sin dudas, hubiese sido más clara la utilización de las palabras y no de las comas, a saber:

“Las personas jurídicas son responsables por los delitos previstos en el artículo precedente que hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, en su interés o en su beneficio”.

Dejando de lado el supuesto de realización directa, —esto es “con su intervención”— y abocándose estrictamente a la realización indirecta, pareciera que en las expresiones “en su nombre, interés o beneficio” la conjunción es alternativa, de valor inclusivo.

Centrando el análisis al supuesto del beneficio concretamente, no surge del primer párrafo del art. 2º, una adición, sino una alternativa más. Todo ello permite un acercamiento a una primera conclusión respecto de la utilización de la palabra “beneficio”, de la cual, a priori, se podría manifestar que estaría estimada como un elemento de tipo subjetivo, como finalidad-motor de la acción delictiva desplegada por el agente. Esto es: los delitos que hubieren sido realizados “en beneficio”, fíjese que se habría utilizado otra expresión si se hubiere querido manifestar “con beneficio”, como se hizo el legislador en el último párrafo del mismo artículo, como se verá más adelante, cuando el legislador recurrió a otro término —provecho— en miras de marcar una diferencia.

Por otra parte, el último párrafo del art. 2º, al decir: “La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad solo si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella.”, reafirma la inteligencia respecto de la que ha querido decir el legislador al hablar de beneficio como elemento subjetivo, de manera que ha establecido una excepción al prever que solo quedará exenta de responsabilidad la persona jurídica cuando el agente actúe motivado por su propio beneficio —como elemento sub-

jetivo— en la medida que no genere provecho alguno para el ente ideal. Pues entonces la regla, a partir de una interpretación *contrario sensu*, quedaría establecida de la manera siguiente: El ente ideal es responsable siempre que el agente actúe en beneficio de la persona jurídica, considerado este como elemento subjetivo esto es dolo directo de beneficiar al ente ideal; más si actúa en beneficio personal, solo será responsable en la medida que la actuación del agente genere un provecho a la persona jurídica, considerando el provecho como aquella ventaja susceptible de valor pecuniario.

Es de remarcar que el legislador ha utilizado la palabra “provecho” en miras de marcar una diferencia concreta entre lo que es el elemento subjetivo expresado con la voz “beneficio”, y por otra parte lo que puede ser un elemento objetivo, como utilidad o ganancia, para la cual utilizó el vocablo provecho.

Considerando el art. 7º de la ley, previsión en la que se utiliza nuevamente el término “beneficio” al referirse a las penas. El inciso primero establece la pena de multa en una tasación asociada al beneficio: “Las penas aplicables ... serán las siguientes: Multa de dos [2] a cinco [5] veces del beneficio indevido obtenido o que se hubiese podido obtener...”

La palabra “beneficio”, en este artículo, ha sido utilizada con una connotación expresa y concreta de tangibilidad, similar al “provecho” como utilidad o ganancia de tipo económica, ya sea determinada o determinable, efectiva o probable, valorada como elemento objetivo, aquello entendido en la teoría del delito como lo externo material, susceptible de ser percibido y que sucede fuera de la mente del sujeto.

Por último, volvemos a encontrar el vocablo “beneficio” al art. 9º inc. c) del texto legal, cuando reza:

“Exención de pena. Quedará eximida de pena y responsabilidad administrativa la persona jurídica, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias:

a) Espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de

una actividad propia de detección e investigación interna;

b) Hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los arts. 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito;

c) Hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido”.

Como resulta explícito, la palabra “beneficio” vuelve a ser utilizada en el sentido del art. 7°, como elemento objetivo.

Hecha la presentación del análisis gramatical, en la inteligencia de que es necesaria una mayor precisión en la redacción legislativa de un cuerpo normativo, y bajo el entendimiento de que una palabra, —más aún en materia penal, en estricto respeto del principio de legalidad— debe ser tratada de manera unívoca a lo largo de un mismo cuerpo legal; es que se hará un análisis uniforme a la luz del delito concreto de cohecho activo y cohecho trasnacional, que ya fuere presentado en el acápite anterior, primero utilizando la palabra como elemento objetivo, y posteriormente como elemento subjetivo, con la finalidad de apreciar las soluciones a las que se arribaría de uno u otro modo. De esta manera se podrá estimar que, para una interpretación integral y acorde al espíritu mismo de la ley, resulta forzoso el mal e indebido recurso a la ambigüedad del término, y aun así hay un instituto concreto que resultaría de dudosa aplicación, como es la exención de pena prevista en el art. 9° de la ley, para los delitos de cohecho activo y trasnacional. Es con la exposición de las graves y disímiles soluciones posibles que se cuestiona, en definitiva, la potencial operatividad de la norma para algunos casos concretos, advirtiendo de este modo la imperiosa necesidad de una eficaz armonización legislativa.

b) El beneficio como elemento objetivo

En este sentido, entender al beneficio como el provecho real del que la persona jurídica debe gozar como elemento de conexión necesario para su responsabilidad penal, traería aparejada una laguna de punibilidad respecto del delito de

cohecho activo y una falsa creencia de adecuación de la normativa nacional a la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, para el caso de que el beneficio no se obtenga.

El paradigma de ello podría valorarse en el supuesto previsto al art. 258 de Cód. Penal argentino (CP), donde la conducta típica de “ofrecer”, no exige un resultado de “beneficio” o “provecho”, por ser este un delito de mera actividad, que admite su comisión solo mediando dolo directo y cuya valoración sobre el elemento subjetivo necesario se produce *ex ante*, y no depende de un beneficio *ex post*. De ello se desprende que, la exigencia de un efectivo beneficio generaría la imposibilidad de responsabilizar a la persona jurídica para el caso de que el mismo no se obtuviera, como sería el supuesto en que el cohecho pasivo no se cometiera, porque no se configuraría el tipo penal.

Hasta aquí, la conclusión respecto del delito de cohecho activo y trasnacional para el caso de considerar al beneficio como elemento objetivo del tipo, en pocas palabras es: sin beneficio efectivo para la persona jurídica no hay responsabilidad para reprocharle, lo que equivaldría a sostener que, sin la comisión del delito de cohecho pasivo, no habría delito que endilgarle a la persona jurídica, lo cual sería una especie de mutación forzosa del delito de cohecho activo a un tipo de delito bilateral, a los fines de poder sancionar a una persona jurídica.

Por otra parte, la previsión del tipo penal comprendido en el art. 258 *bis* del Cód. Penal, respecto del cohecho trasnacional, también se vería desvirtuada si mediara la exigencia típica de “beneficio como efectivo provecho”, echando por tierra el espíritu mismo de la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, haciendo que la disposición legal respecto del castigo a las personas jurídicas se torne vana, carente de efectos y sin sentido.

En concreto, este razonamiento, este modo de entender la letra de la ley, significaría la exclusión de conductas típicas, que por razones de política criminal acordes al sentido de la nor-

mativa nacional e internacional, no debieran ignorarse.

A modo esclarecedor, un ejemplo concreto, sería aquel en que el representante de una empresa “ofrece” un dinero a un funcionario público para que este ejecute alguna de las acciones previstas en el tipo penal, con el fin o en procura de redituarse un beneficio al ente activo —que requiere dolo directo— está consumado, pero no alcanzaría a la persona jurídica, a pesar de que esta empresa “abraza la cultura del soborno” y la comisión de este tipo de delitos de peligro concreto le son habituales —siguiendo el ejemplo, a modo gráfico— de considerar al beneficio del art. 2° como un elemento objetivo. El mismo planteo es suficiente para visualizar el caso de cohecho transnacional previsto al art. 258 *bis* de nuestro Cód. Penal y enmarcado conjuntamente al inc. a) del art. 1° de la ley 27.401.

Por otra parte, y en el mismo sentido, resulta la consideración de que el cohecho activo requiere de dolo directo para su comisión. Y esto último implica el dolo como elemento subjetivo descripto en el tipo penal como “en procura” o “con el fin” de obtener algo conforme los arts. 256, 256 *bis* y 257 del Cód. Penal, lo cual en definitiva se traduce en que la valoración debe recaer en la aptitud de la conducta desplegada por el agente para obtener lo que se propone como beneficio, lo que incluye sin dudas la valoración de quién será el sujeto alcanzado por la finalidad-motor del delito —esto es a quién quiere beneficiar el agente—, más allá del resultado posterior obtenido. Esta decisión, que es sopesada y valorada por la persona física —agente— al momento del hecho, incluye la consideración del “elemento cultural organizacional” de la empresa para la cual “procura”, que quizás no solo omite controles, sino que probablemente incentive directa o indirectamente a los “oferentes de sobornos”, siguiendo el ejemplo.

Dicho esto, a priori se afirma que el “beneficio” entendido estrictamente como elemento objetivo a lo largo de todo el texto legal de la ley en análisis, resulta cuanto menos discutible o revisable. Que si bien, a partir de esta legislación, se pretende la utilización de un elemento que sirva de “factor de atribución objetivo” —como es el real beneficio— que justifique y justiprecie el modelo de imputación vicarial en

un sistema jurídico penal determinado, el mismo no puede ser exigido taxativamente en detrimento de dejar impunes supuestos delictivos de relevancia social, cultural y legal; y menos aún llegar al extremo de derogar o excluir delitos del Cód. Penal, morigerando el elemento subjetivo exigido en dicho cuerpo legal al cohecho activo —dolo directo—, en la medida de un provecho efectivo, cosa impensada para un delito que se consume con la mera actividad. Y no menos grave es la implicancia de lo que se manifiesta, cuando el análisis se hace respecto del delito de cohecho transnacional, el que posiblemente, devendría en letra muerta. El beneficio como elemento de conexión no debe ser más que un elemento probatorio.

Conclusión, para el caso de que se adhiriera a esta interpretación de tomar al beneficio como elemento de conexión objetiva en el art. 2° de la ley, para el supuesto estricto de cohecho activo o transnacional, y no se produjera el respectivo beneficio *ex post*, no se configuraría el hecho típico, por lo que las previsiones de la ley 27.401 perderían virtualidad, ya que no habría delito, dando lugar a una laguna de punibilidad para los tipos de cohecho activo o transnacional si ese elemento normativo entendido en dicho sentido no se produjera.

c) El beneficio como elemento subjetivo

La interpretación del beneficio como elemento subjetivo del tipo, alineada con parte de la doctrina que entiende que el modelo adoptado por la ley es de tipo mixto, no se haya exento de problemas, basta solo pensar en la prueba para advertir las dificultades de la verificación efectiva de los elementos de conexión entre el accionar de la persona física, su dolo y la estructura de la persona jurídica; lo que sin dudas podría significar en la práctica una muy acotada aplicación de la ley sobre las personas jurídicas.

Asumiendo al beneficio como elemento subjetivo, para el supuesto de delito de cohecho activo y transnacional, el art. 2° de la ley no presenta mayores inconvenientes, más que el mencionado.

Respecto del art. 7°, si bien la palabra está expresada en términos objetivos, sin dejar de demostrar la disconformidad respecto de la

utilización en un sentido diverso de la palabra, como se manifestó anteriormente, la leyenda dispuesta para la aplicación de la pena en sentido potencial, al referenciar al beneficio como aquel que se hubiere podido obtener, en definitiva matiza la solución para el caso, permitiendo de esta manera, al tratar el cohecho activo, la aplicación de una pena ligada a la determinación vinculada a lo que podría haber sido el beneficio buscado por el agente al momento de la comisión del delito, o bien adoptar por el juez otra de las sanciones del catálogo de penas propuestas, al parecer como alternativas, pero sin dudas está dispuesto como elemento objetivo.

En torno al art. 9, el beneficio entendido como elemento subjetivo es imposible, pero considerarlo en el marco del modelo vicarial como elemento objetivo sin dudas resulta irrisorio, ya que no habría qué devolver, lo que lleva a plantear una muy relevante duda respecto de la toma de decisión que una persona jurídica pudiera adoptar sobre someterse a un proceso, a partir de la autodenuncia.

Conclusión sobre el beneficio entendido como elemento estrictamente subjetivo, para el supuesto de cohecho activo o trasnacional, sin el respectivo beneficio *ex post*, entendido como utilidad concreta, el tipo del art. 2º se configuraría con la conducta descripta al Cód. Penal y el solo dolo directo exigido para el delito de cohecho activo; el art. 7 podría ser superado conforme lo manifestado; y respecto del art. 9, el cohecho activo y trasnacional, no serían susceptibles de ser dispensados mediante una exención de pena, por imposibilidad de devolución del beneficio obtenido si se ciñe estrictamente a la letra de la ley, que exige la concurrencia simultánea de ciertos requisitos para la exención de pena, entre los cuales se halla la devolución del beneficio indebido obtenido, afirmación taxativa que expone al beneficio como elemento normativo objetivo de ineludible exigencia para la consumación del delito y para la exención de pena.

Mención aparte merece el factor conveniencia en la actitud de autodenuncia, pero si así lo valorara el ente ideal, para el caso de que la persona jurídica adujera durante un proceso no haber obtenido beneficio alguno, como si tal cosa fuera taxativa y un elemento esencial, se estaría

negando la existencia misma del delito nuevamente, lo que nos lleva a un razonamiento circular o lo que Aristóteles llamaba razonamiento recíproco, sometiéndose la persona jurídica a un proceso penal en miras de una eximición de pena por un delito que, en todo caso no existió.

d) El beneficio como concepto *sui géneris*

Hay en general una coincidencia o posición sostenida por la doctrina, —entre ellos cabe mencionar a los autores tales como Ragues i Vallès, Lina Anllo— sobre el entendimiento de que el beneficio debiera ser considerado como un elemento subjetivo del agente con la exigencia de un plus. Este plus se pretende objetivar en la aptitud de la conducta desplegada por la persona física, para la potencial obtención de alguna ventaja, entendiéndose provecho real, por parte de la persona jurídica, pero que sin dudas el dolo debiera recaer sobre la finalidad motor respecto de conocer y querer el beneficio para el ente ideal.

Es una postura y tendencia incluso a nivel internacional, una de manera de compatibilizar la interpretación hacia una forma más pragmática, alineada a la real vocación de la legislación. Es una forma de exteriorizar el elemento de conexión entre el hecho del agente y la responsabilidad de la persona jurídica, que sin llegar a exigir *ex post* el efectivo provecho, sí constituye un buen recurso para no acotar en demasía los supuestos punibles. No cabe en análisis el supuesto de comisión en beneficio personal, con provecho al ente ideal, por exceder el objetivo del presente trabajo, previsión que ha sido analizada exclusivamente a los fines de lograr una inteligencia respecto del tipo para las personas jurídicas en general.

Respecto de la sanción penal (art. 7º), en el caso concreto si bien se avizora la utilización de la palabra en un sentido objetivo, el viso de permitir en la letra de la ley una tasación determinable, armoniza en cierta medida la solución al supuesto del cohecho activo y trasnacional, más allá de cierta vaguedad que se advierte. De este modo se logra la inclusión del cohecho activo y trasnacional, como delito autónomo, sin la necesidad del resultado concreto de “provecho efectivo”, puesto que el artículo refiere al beneficio como aquel obtenido o el que se hubie-

se podido obtener. Vale decir que en todo caso también existen alternativas aplicables.

En torno al art. 9º de la ley, se presenta un problema concreto de difícil resolución, ligado, en definitiva, a la operatividad real de la verdadera intención que tuvo el legislador cuando decidió su inclusión, como supuesto de prevención especial en virtud de la cual se pretende obtener la colaboración por parte de las personas jurídicas, ya sea a los fines preventivos o bien punitivos. La exigencia concreta sobre el cumplimiento taxativo y simultáneo de los requisitos enumerados en su texto, para la operatividad de esta excusa absolutoria, esto es la concurrencia de la autodenuncia espontánea y oportuna por parte del ente ideal; la existencia de un sistema de control y supervisión adecuado previo; y la devolución del beneficio indebido obtenido efectivamente, es realmente un escollo para el caso de un delito de cohecho activo o transnacional.

Como advierte Lina Anllo (33) un no menor número de doctrinarios han llegado a considerar a este instituto de imposible aplicación, para todos los delitos en general, dado que la indeterminación del monto debería estar sujeto a pericia y consideración del juez, lo que en definitiva limitaría la decisión de auto denuncia por parte de la persona jurídica a los fines de someterse a un proceso judicial cuyo fin será indudablemente incierto, al momento de la toma de decisión.

Pues bien, al tratarse dicha previsión de un supuesto de exención de pena, es necesario puntualizar algunas cuestiones previas: Debe existir una sentencia que condene y fije una pena que purgar: a) El requisito de una condena anterior —la cual sería dispensada supondrá como primer análisis sobre el tipo, la consideración de la palabra beneficio en su sentido subjetivo con el plus manifestado en el primer párrafo del presente apartado, —habiendo sido ya descartada la aplicación en sentido objetivo estricto por las razones ya expuestas, esto es que tal inteligencia negaría el delito mismo para la persona jurídica para los casos de cohecho activo o transnacional—; b) Debe estar fijado el quantum de la pena de multa: Para la imposición de una pena,

—en una ulterior instancia— se habrá considerado la postura que entiende al beneficio en sentido objetivo, pero en todo caso como aquel que se hubiese podido obtener conforme la valoración de la finalidad motor del delito por parte del agente —siempre considerando a la pena como de multa—. Otro tema discutible, —ajeno al presente trabajo— sería el interrogante sobre la hipótesis de que para el caso de que la pena fuera otra que la de multa, cómo se determinaría el beneficio que ha de ser devuelto para poder acogerse a la exención.

Hasta aquí una cuestión. Lo que resulta interesante, en este contexto y marco teórico, es la exigencia de la devolución del beneficio, al cual vale entender exclusivamente como elemento objetivo, pero en todo caso, ya determinado por la condena previa necesaria para la operatividad de una exención de pena. Pues, así como está dispuesta la dinámica que plantea la norma, y dadas las circunstancias mencionadas, resulta difícil imaginar y confiar en la exención de pena como una alternativa preventiva, que invite, incentive y tiente a una persona jurídica a autodenunciarse en una situación de cohecho activo o transnacional, que en definitiva es lo que pareciera haber buscado el legislador mediante dicha previsión, y es el espíritu a nivel mundial. Y esto, en el marco del supuesto del cohecho activo y transnacional, como delitos de mera actividad en los cuales el tipo no exige un resultado de beneficio, la indeterminación *ex ante* del mismo, dada la inexistencia real —en términos económicos— que hagan posible y conveniente su devolución, probablemente nunca sea un buen motor para intentar por parte de una persona jurídica semejante aventura. Más bien, el requisito de devolución del beneficio obtenido, en los términos que está planteado, invita a una actitud diametralmente opuesta que la buscada, resultando la norma para los supuestos planteados, baladé.

La propuesta del artículo ante un supuesto de cohecho activo, sin provecho alguno, permitiría arribar a la conclusión de que hay en cierta medida una delegación legislativa en favor del poder judicial, adquiriendo relevancia lo aportado en el debate legislativo por el Dr. Brügge, conforme fuere expuesto anteriormente. Las soluciones judiciales posibles podrían variar entre la determinación del beneficio a devolver, hasta la

(33) Ibidem, p. 164.

negación de la existencia del delito por falta de beneficio entendido en términos estrictamente objetivos.

VII. Conclusión

A los efectos de los interrogantes a desentrañar planteados en la introducción, a saber, habiéndose recorrido las diferentes hipótesis:

1. El legislador ha utilizado la palabra beneficio en distintos sentidos a lo largo del texto legal de la ley 27.401, lo que en definitiva puede afectar el principio de legalidad y traer aparejado el error de permitir interpretaciones o bien restrictivas, o bien extensivas, de la letra de la ley, alterando el espíritu de la norma.

Las consecuencias de una interpretación única del vocablo traen aparejada una laguna de vocabilidad para el supuesto del cohecho activo y trasnacional, si se considera al beneficio en el sentido anglosajón, como elemento de conexión necesario en el modelo vicarial. Y para el caso de que se pretenda subjetivizar al “beneficio” a lo largo de todo el texto, las consecuencias son irrisorias; todo lo cual atenta contra el espíritu de la legislación y desmotiva sin dudas a la autodenuncia para el caso de la disposición sobre la exención de pena.

2. La conclusión a la que se arriba es que en el art. 2° la palabra “beneficio” debe ser entendida como elemento de conexión subjetivo del tipo, por lo que la no obtención de un “provecho” concreto actual o potencial y determinable, no obsta a la configuración del tipo, sino que requiere de un elemento volitivo. Este elemento volitivo no solo atañe y radica en la persona física y su dolo de obrar en miras de la obtención de determinada cosa para el ente ideal —sin dudas de difícil comprobación—, ni en la obtención de un provecho como única manifestación volitiva; sino como se verá al punto 3, requiere de una conducta culpable propia del ente jurídico, como es el incumplimiento a ciertos deberes de vigilancia.

3. Que no obstante no haber sido objeto específico de análisis en la presente investigación, cuando la propia ley refiere a la independencia de las acciones en el art. 6°, lo hace de una manera condicionada, requiriendo una especial

tolerancia y participación en la comisión del delito por parte del ente ideal, lo que permitiría concluir que no estamos ante un modelo de tipo vicarial, sino más bien uno del tipo de responsabilidad por defecto de la organización, si se integran el punto 1 y 2 de la presente conclusión: elemento subjetivo del beneficio y conducta tolerante por parte del ente ideal.

Ello deja vislumbrar que la obtención de un beneficio como provecho no es la piedra angular del sistema, sino que se está exigiendo, a más del accionar doloso del sujeto activo persona física, una conducta al menos negligente por parte de la persona jurídica como elemento basal de su propia culpabilidad, no ya de tipo vicarial. Como ha sostenido Adán Nieto (34) en referencia al elemento de conexión “beneficio”: “lo relevante no es si la empresa se beneficia o no por el delito, sino que el ordenamiento jurídico a través del Derecho penal quiera que la empresa adopte medidas para prevenir y descubrir delitos, porque el desarrollo de su actividad genera este tipo de riesgos”; y si este es el fin, la normativa debiera ser lo suficientemente atractiva de manera que una persona jurídica decidiera en concreto y certeramente, y con el respaldo de la seguridad jurídica acorde a los principios y garantías del derecho penal, poder andar el camino de la transparencia y la lucha contra la corrupción. Tal y como sostiene Ragués i Vallès (35), “ya no se acoge el principio de lesividad no solo como un límite a la punición legítima, sino también como criterio para valorar la necesidad de intervención penal”.

4. En el art. 7°, la palabra “beneficio” no se entiende como elemento de conexión sino como parámetro para la justipreciación de la pena de multa, y desde ya que no cabría su interpretación como subjetiva, sino que es referencia a un elemento objetivo a ser tasado en función del beneficio concreto obtenido o el que hubiese podido obtener.

5. Del art. 9 del mismo cuerpo legal, es desde dónde se apoya en definitiva y acrece en valor la confusión de pretender entender que el “be-

(34) RAGUÉS I VALLÈS, R., “La actuación en beneficio...”, ob. cit., p. 154.

(35) Ibidem, p. 155.

neficio” es un elemento de conexión objetivo y necesario para la configuración del tipo, ya que al hacer necesaria y taxativa su devolución para la obtención de la exención penal y administrativa —entiéndase que no se trata de exención de responsabilidad—, hace incurrir en el error de creer que la no existencia de “beneficio objetivo o provecho”, implica la negación de la existencia del delito por parte de la persona jurídica, lo cual es erróneo como se comprueba en los casos de cohecho activo y transnacional.

6. Propuesta *de lege ferenda*; A los fines de que la ley 27.401 provea a un buen funcionamiento de lo que se propone y se constituya como una real y posible opción a ser considerada por parte de las personas jurídicas que pudiesen verse involucradas en este tipo de ilícitos; y en consideración del espíritu de la norma como de prevención, y acorde a los valores actuales, se entiende que es necesaria una reforma que contemple la problemática aquí planteada, en resguardo del principio de legalidad. La falta de homogeneidad en el significado de un mismo vocablo utilizado en diversos momentos del cuerpo de la ley es fuente de inseguridad jurídica, la cual no debiera existir en materia de derecho penal.

a. La palabra “beneficio” debiera ser utilizada únicamente en el art. 2° y tener un único significado, que para el caso debiera ser entendido como elemento de conexión subjetivo. Si se pretende adscribir al modelo de responsabilidad propia o por defecto de la organización, esto debiera fundarse de manera clara, precisa y exclusiva, para la cual no sería necesario recurrir al artificio del elemento de conexión, porque la responsabilidad le es propia al ente ideal.

b. Respecto del art. 7° la palabra “beneficio” debiera ser excluida de la disposición, proponiéndose que la pena de multa no debiera ser tasada en función de un elemento como el “producido de un delito”, ya sea determinado o determinable, lo cual requiere de una muy frecuente engorrosa tasación judicial; sino que se advierte la necesidad de disponer de una manera similar a un proyecto precedente, la tasación ligada al giro económico del ente ideal o a su estructura. De mantenerse esta disposición debiera utilizarse otro vocablo como “provecho”, el cual fue también utilizado en el art. 2° para mar-

car una diferencia entre la subjetividad y la objetividad de un término.

c. La exención de pena prevista en el art. 9 debería referenciar que, solo y únicamente para aquellos casos en que hubiese existido un provecho efectivo actual o potencial determinable, se exija simultáneamente la devolución del “provecho obtenido o que se hubiese podido obtener” como condición para la exención de pena, copiando los términos en que se encuentra descrito al artículo que determina la escala penal aplicable (art. 7°). Se reitera lo manifestado al punto b. anterior respecto a la certidumbre y previsión que debiera existir en cuanto a la pena a los fines de que un ente ideal decida autodenunciarse y afrontar un proceso penal, por ser esta una segura y buena opción.

7. En la meta de lograr la colaboración de las personas jurídicas, no debe perderse de vista la relevancia que tiene para las empresas y organizaciones, la reputación y el daño que pudiera causarles afrontar un proceso penal, por lo cual es indispensable crear soluciones reales en miras de obtener un verdadero compromiso por parte de estas, dando claridad y certeza para los casos en los que se pretende una autodenuncia por enrolarse el ente ideal en los nuevos paradigmas de cumplimiento, alineados a la ética, gestión y mitigación de riesgos y *compliance*.

VIII. Referencias bibliográficas

ABRALDES, S., “Las personas jurídicas y los delitos contra la administración pública”, en VÍTOLO, D., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2018, pp. 259-306.

ANLLO, L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2019.

AROCENA, G. y CESANO, J., “Responsabilidad penal empresaria “criminal compliance””, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2019.

CARO, C., “Responsabilidad penal de empresas: la histórica sentencia que la consagró”. Recuperado de <http://www.worldcomplianceassociation.com/1667/articulo->

New York Central & Hudson River Railroad Company, Plff. in Err., v. United States, recuperado de <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/212/481>.

Standard Oil Company of Texas v. United States, recuperado de https://casetext.com/case/standard-oil-company-of-texas-v-united-states?cf_chl_jschl_tk=ed25e227fc6d39fa8103da3c1668f4b0b5273de9-1621874758-0-AfOPOz-ki3ABHNkouZyNEZsHZtJOiGYc MGIAm-V8gEujD0eEbU2EV-vnAdq6af4H7K0JwGTH-7KjUUyaYSEWLAY-TLpKD0WAvG6W51LaIc-TIekg6wVcnS46GVC_DXN9vZ4Ly7xsKGoDJhpaOAsMvkwKyaNJpmQstPoux6XKDFxRy

shu5VZk_8CESQc6uB8J26Lvb4M3PrvWRvnDS_pvan7YWJZXHASbCNgh6P-7WY-NEwROfykWQCg86iCTCm6VSnUdtDGJ6mj98Of77uYRczX99YcBWfquEzhxCJRMKo_6_Xj1Xr4cM85jgBdjCSwFB8yuhnxlRxSWlyyLfK-o7uqCs54ztcLY6MrzmKfmGvu1wVuWLuYFM Dc_C97xdXMoBzjLdXJGiV84yjDiMB0zW_yw-4glrQizJ89n4Ba219GYooSZEKkZa_cmTB5kxzIUzPfvfuE-zWDHoSluIQJF_IbT-obt7OTfUJm-RjNlYgCU3Ku9dVMwsxHIBnFnN7CwnlGChLv-z2utF5CnA5yXG2d5uQgwA

FCPA <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>.

Inteligencia artificial criminal

Posibles abordajes a través de la dogmática penal de las acciones lesivas producidas por los software inteligentes

Nicolás M. Grandi (*)

Sumario: I. Resumen.— II. Introducción.— III. IA como cosa riesgosa.— IV. Posición del garante del dueño de la IA.— V. Responsabilidad penal por el producto.— VI. El derecho penal y el sujeto imputable.— VII. IA como persona racional e independiente.— VIII. IA fuerte como sujeto imputable.— IX. La IA como sujeto inimputable.— X. La IA como menor o joven.— XI. La IA como instrumento para cometer delitos.— XII. Derecho penal para la IA.— XIII. Castigo para la IA.— XIV. Conclusión.

I. Resumen

La Inteligencia Artificial se encuentra en plena expansión y múltiples ramas del derecho ya se encuentran abordando diferentes formas de encuadrar la conducta de esta nueva tecnología disruptiva. Este artículo busca plantear, desde la óptica penal, diversos abordajes dogmáticos para valorar las conductas antijurídicas llevadas adelante por los software inteligentes. También pone sobre la mesa la posibilidad de que la IA sea responsable de sus actos, que se cree un derecho penal exclusivo para ella y que se discuta si es necesario aplicarle pena.

II. Introducción

Cuando uno comienza a escribir este tipo de artículos sobre robots e Inteligencia Artificial (en adelante IA) se pregunta ¿cómo atrapar al lector respecto de algo que parece imposible o que solo ocurre en películas?

Todos los apasionados de la ciencia ficción recordarán films como “Star Wars” (1), “Blade Runner” (2) y “Terminator” (3) quienes, allá por fines de los años setenta y comienzo de los ochenta, pusieron en pantalla mundos futuristas distópicos en los cuales los robots inteligentes interactuaban con humanos.

Ya en los dos mil, y ante los grandes avances tecnológicos, Hollywood nos siguió alimentando con estrenos relacionados con robots e IA pero esta vez, no en mundos tan lejanos sino más contemporáneos. Entre estas películas podemos mencionar clásicos como “A.I. Inteligencia Artificial” (4) dirigida por Steven Spielberg o “Yo robot” (5) con la actuación de Will Smith.

Pero ¿por qué comenzar con el cine, cuando lo que se intenta abordar es el derecho? Esto, tiene por objetivo plantear que todo aquello

(1) Star Wars “Una nueva esperanza” se estrenó en 1977.

(2) Blade Runner se estrenó en 1982.

(3) The Terminator se estrenó en 1984.

(4) A.I. Inteligencia Artificial se estreno en 2001.

(5) Yo robot se estrenó en 2004.

(*) Abogado. Lic. en Comunicación Social. Mgtr. en Derecho Penal. Docente UNLP.

que parecía remoto y que solo la ciencia ficción lo podía hacer posible, no es algo tan lejano hoy en día.

En los momentos en los cuales se crearon las primeras películas era impensado, tanto para los cineastas como para el público que asistía a los cines, que en la práctica cotidiana existirían esas máquinas inteligentes que veían en la pantalla.

La cuarta revolución industrial vino a romper con esa imposibilidad y trajo al campo de lo real aquello que parecía que únicamente podía ocurrir en una película.

Ya no es utópico especular que en un par de años los robots inteligentes estarán entre nosotros cumpliendo tareas cotidianas como, servir el café, conducir nuestros autos, hacer un primer diagnóstico de enfermedad o repartir la correspondencia.

Por ejemplo, Amazon en el 2020 logró la habilitación de la Administración Federal de Aviación de los Estados Unidos para que sus droides no tripulados puedan repartir los paquetes en zonas de baja población (6). Tesla avanza en autos cada vez más autónomos (7) y Google tiene un asistente personal que puede hacer muchas de las tareas del hogar, pedir la compra al supermercado, sacar un turno en una peluquería, etc. (8).

También, en este 2022, en una entrevista Elon Musk ha comentado que su robot, conocido como Optimus, podría llegar a tener su propia personalidad en unos años mediante la transfe-

(6) Infobae, Newsroom (31/8/20) "Flota de drones de Amazon obtiene autorización regulatoria". Recuperada el 3/10/20 de <https://www.infobae.com/america/agencias/2020/08/31/flota-de-drones-de-amazon-obtiene-autorizacion-regulatoria/>.

(7) ED economía Digital, redacción (9/7/20) "Tesla está cerca del nivel 5 de conducción autónoma, según Elon Musk". Recuperado 3/10/20 de: https://www.economiadigital.es/tecnologia-y-tendencias/tesla-esta-cerca-del-nivel-5-de-conduccion-autonoma-segun-elon-musk_20080398_102.html.

(8) Video de la presentación de Google subido el 15/5/18. Recuperado el 7/8/20 de <https://www.youtube.com/watch?v=l9BTMWOupGM>.

rencia de recuerdos humanos y esas cosas que nos hacen únicos (9).

Pero los importantes avances que esto presenta, también tiene como contrapuntos grandes interrogantes respecto a quién debe responder cuando las acciones independientes de estos robots produzcan un daño.

En la actualidad existen dos grandes corrientes de pensamiento que analizan esta cuestión.

Por un lado se encuentra aquella que entiende que los robots son objetos y por ello, quien debe responder deben ser sus fabricantes o sus usuarios (10) y, por el otro, aquella que tiene en cuenta la independencia de la máquina y, sobre esa base, sostiene que cuanto más autónomo es su proceder menos responsable son sus fabricantes o usuarios (11).

Entiendo que, en esta segunda postura es donde se presenta la mayor dificultad para el derecho penal actual, dado que no hay elementos dogmáticos preestablecidos para tomar como sujeto punible a una máquina, en tanto, respecto a la primera posición si existen encuadres teóricos para evaluar la responsabilidad penal como son, la responsabilidad penal por el producto y la posición de garante.

En la actualidad nos encontramos ante grandes avances dentro de la ciencia de la IA, producto de la importante cantidad de datos que circulan por la red (12) pero, sin perjuicio de ello, aún nos encontramos ante IA débiles.

(9) Desiree Jaimovich (29/3/22) "Elon Musk prepara robots con personalidades humanas". Infobae. Recuperado el 16/5/22 de <https://www.infobae.com/america/tecnologia/2022/03/29/elon-musk-prepara-robots-con-personalidades-humanas/>

(10) NAGENBORG, M., CAPURRO, R., WEBER, J., & PINGEL, C., "Ethical regulations on robotics in Europe. AI & Society", 22, 349-366, 2008.

(11) SPARROW, R., "Killer robots", *Journal of applied philosophy*, 24, 62-77, 2007.

(12) La consultora GARTNER refiere que el big data son datos que contienen una mayor variedad y que se presentan en volúmenes crecientes y a una velocidad superior. Dicho de otro modo, el big data está formado por conjuntos de datos de mayor tamaño y más complejos, especialmente procedentes de nuevas fuentes de datos. Estos conjuntos de datos son tan voluminosos que el

Estos software inteligentes solo son capaces de realizar de manera independiente, pero con supervisión humana, tareas muy específicas, como traducir textos, escribir un artículo periodístico o conducir un automóvil.

En tanto, en un futuro no muy lejano, nos encontraremos con la denominadas IA fuertes que tendrán la capacidad de realizar las mismas tareas intelectuales que un ser humano sin su supervisión, lo que implica que podrán tomar sus determinaciones con total independencia de sus creadores y bajos sus propios principios morales.

Entiendo que las dos posturas antes mencionadas, parten de supuestos distintos del avance de la IA pues, la que vincula la responsabilidad del software inteligente a sus dueños o fabricantes ve un sistema débil, en tanto aquellos que desligan la responsabilidad están pensando en la posibilidad futura de una IA fuerte.

Por ello, resulta necesario plantear las posibilidades dogmáticas ante las IA débiles que existen hoy en el mercado para luego pensar qué posibilidades podemos tener cuando se genere el salto a una IA fuerte.

III. IA como cosa riesgosa

En la actualidad, si bien la IA actúa de manera independiente, esta es limitada, dado que siempre debe estar supervisada por un humano.

Esta característica lleva a pensar que las IA actuales deben ser analizadas como una cosa riesgosa y, la responsabilidad de las acciones delictuales llevadas adelante por ella reposan tanto sobre el dueño, el programador o el fabricante de esa máquina.

Debo mencionar que aquí, parto del supuesto en el cual ninguno de los actores programó la IA para actuar antijurídicamente, pero ante un cierto estímulo el software resuelve afectando un bien jurídico, dado que el actor no previó o

software de procesamiento de datos convencional sencillamente no puede gestionarlos. Sin embargo, estos volúmenes masivos de datos pueden utilizarse para abordar problemas empresariales que antes no hubiera sido posible solucionar. Recuperado el 5/9/20 de: <https://www.oracle.com/ar/big-data/guide/what-is-big-data.html>.

se representó estos posibles inconvenientes en la lectura del entorno u otro inconveniente.

Esta hipótesis no resulta lejana pues, un estudio realizado por expertos de distintas universidades de los EE.UU. demostró que si bien la IA de redes neuronales artificiales (13) ha sido entrenada para ver patrones hacen falta solo sutiles cambios de simetría para desbaratarlas y que cometa graves y peligrosos errores (14).

Al tomar a la IA como una cosa riesgosa, nos podemos encontrar con dos supuestos, el primero en el cual el usuario, programador o fabricante fue negligente al diseñar, fabricar o usar la IA pero no tenía ninguna intención de cometer delito; y el segundo tipo de caso en el cual estos utilizaron o lanzaron al mercado el software inteligente a sabiendas de que en la manera que

(13) Básicamente consisten en redes de neuronas simuladas conectadas entre sí. Existen varios tipos en función de su arquitectura y forma de aprendizaje. Una de las más utilizadas es la red basada en varias capas de neuronas de tipo perceptrón, entrenadas mediante la técnica de retropropagación (backpropagation). Las conexiones de la red se inicializan aleatoriamente y de forma progresiva se auto ajustan a medida que se entrena con los datos disponibles, de manera que ésta aprende a reconocer paulatinamente todos los casos del conjunto de datos utilizados para su entrenamiento. El aprendizaje finaliza cuando, después de un número variable de iteraciones, se consigue clasificar correctamente el 100% de los casos, o bien se alcanza un valor máximo de aciertos, que no aumenta con más iteraciones. De esta manera, conseguimos que la red aprenda a reconocer patrones con todo tipo de formas (no sólo lineales como en el caso de una función discriminante, o logarítmicas como en el caso de la regresión logística), con lo que aumenta y mejora su potencial clasificador. Recuperado el 1/10/20 de: <https://core.ac.uk/download/pdf/82621865.pdf>.

(14) En dicho estudio se analizó cómo los vehículos autónomos leen e interpretan las señales de tránsito, en diversas circunstancias, como por ejemplo el ángulo que está colocado el cartel, la velocidad a la cual circula, el color de la señal, si se encuentra intervenido por un grafiti, etc., demostrando que, de momento, estas circunstancias afectan la lectura de la misma, ya que en ninguna de éstas la IA logró leer e interpretar correctamente en un cien por ciento, sino que los porcentajes oscilaron entre un sesenta y noventa por ciento, lo cual aún deja un gran margen para el error que deberá ser imputable a los ingenieros o a los fabricantes. Ver Eykholt y otros, (10 de abril de 2018), "Robust Physical-World Attacks on Deep Learning Visual Classification", University of Michigan, Ann Arbor y otras, Estados Unidos. Recuperado el 5/10/20 de: <https://arxiv.org/pdf/1707.08945.pdf>.

estaba podía concretarse un delito y sin perjuicio siguieron adelante.

IV. Posición del garante del dueño de la IA

Aquí, nos encontramos ante el primer supuesto en el que el propietario de la IA puede ser asimilado a la posición de garante que asumen los dueños de las mascotas ante las agresiones a otras personas (15).

Los autores, Sophia H. Duffy y Jamie Patrick Hopkins analizan esta cuestión dentro del campo de la conducción autónoma y entienden que es posible equiparar la posición de conductor a la de aquel sujeto que es dueño de un perro y debe responder ante una eventual acción.

Refieren que tanto los perros como la IA no son sujetos que responden ante el derecho y por ello no pueden ser considerados personalmente responsables siendo el dueño quien debe responder, solo ante el caso de que la IA exhiba

(15) La jurisprudencia ya ha resuelto casos similares con imputaciones disímiles. El 19 de mayo de 2014 un hombre dejó atado al volante de un auto abandonado, con una soga de metro y medio de largo, a un perro de raza pitbull, potencialmente peligroso sin bozal no cartel de advertencia, encontrándose abierta la puerta. Un niño de dos años de edad, salió a jugar a la vereda junto con su hermanita y al acercarse al automóvil fue atacado por el animal quien lo mordió en diversas partes del cuerpo produciéndole la muerte. El dueño del perro intentó socorrer al menor y luego mató a su perro. Por este hecho el TOC n 4 de la plata lo condenó como autor del delito de homicidio con dolo eventual. Para ello consideró que el dueño del animal se presentaba como garante de la evitación del resultado y al incumplir el control sobre la fuente de peligro, debía responder en calidad de autor. Este fallo fue confirmado por la Casación Provincial quien agregó que el imputado obró con indiferencia frente a la posible muerte de una persona ante el eventual ataque de un pitbull, más aún porque se trata de una persona que criaba esa raza de perros y ya había tenido inconveniente con ese mismo animal con anterioridad. En cambio en otro caso en el cual un hombre que circulaba con sus dos perros mestizos sin bozal, ni correa y éstos atacaron a un menor causándole la muerte la Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay lo condenó como autor de delito de homicidio culposo, resolución que fue confirmada por la Casación de esa provincia. Citado en VITALE, Gustavo L., "Dolo como actuar deliberado", Edit. Hammurabi, 2018, 2ª ed., pp. 41-43.

previamente signos de agresión que le hubieran permitido actuar (16).

También se puede dar el supuesto en el cual el usuario de la IA esté obligado a actualizar su software y que su inacción a sabiendas de su consecuencia le pueda ser imputable a título de dolo eventual.

Un ejemplo de ello, es el usuario de un robot destinado a la atención al público en un restaurante (17) que luego de que este le solicite actualizar su software a su dueño, haciendo expresa mención de su importancia dado que, tenía errores en la administración de la entrega de pedidos, este no lo hace y, a causa de esa inacción, la IA se equivoca en las ordenes de las mesas y entrega a un comensal un plato que no pidió, y del cual es alérgico, lo que le produce la muerte por intoxicación.

No se puede perder de vista que, la posición de garante puede surgir de diversas causas fuentes, y una de ellas es la ley.

Justamente, la Organización de las Naciones Unidas en la actualidad ha especificado que existe una obligación por parte de quien es dueño de una IA de controlarla, dado que a pesar de que la máquina actúe de modo autónomo, siempre será responsable el humano por las acciones que ella lleve adelante (18).

En este sentido parece dirigirse actualmente la justicia norteamericana en el caso que tuvo

(16) SOPHIA H. DUFFY & JAMIE P. HOPKINS, "Sit, Stay, Drive: The Future of Autonomous Car Liability", 16 SMU Sci. & Tech. L. Rev. 453, 2013. Recuperado el 3/10/20 de: <http://scholar.smu.edu/scitech/vol16/iss3/4>.

(17) En septiembre de 2020 un restaurant de Seúl comenzó a utilizar un robot con inteligencia artificial principalmente para proporcionar servicio de comidas a sus clientes para reducir el contacto directo entre estos y el personal, lo que puede desempeñar un papel importante en la prevención y el control anti epidémico durante la pandemia de COVID-19. Ver: JARA, Natasha Sofía, "Este restaurante de Seúl, Corea del Sur, tiene un robot que lleva los pedidos de los clientes a la mesa", Intertrip.com. (19/09/2020). Recuperado el 01/10/2020 de: <https://intertrip.com/restaurante-con-robot-corea-del-sur/>.

(18) Organización de las Naciones Unidas, "Primera versión del proyecto de recomendaciones sobre la ética de la Inteligencia Artificial" SHS/BIO/AHEG-AI/2020/4, París, 7 de mayo de 2020. Puntos 27 y 28.

un desenlace fatal cuando un vehículo autónomo de prueba, propiedad de Uber, atropelló a una mujer quitándole la vida.

En la investigación llevada adelante por la National Transportation Safety Board se determinó que si bien el auto presentaba leves fallas y que fue la mujer quien cruzó en horas de la noche por un lugar indebido, la conducta al mando del rodado autónomo no había prestado la debida atención (19). Así, en el 2020 se le imputó a la conductora el delito de homicidio impudente dado que segundos antes del impacto se encontraba mirando su celular y no controlando a la IA como debía. Justamente el fiscal del caso dijo “Cuando un conductor toma el volante de un coche, tiene la responsabilidad de controlar y conducir ese vehículo en toda seguridad y en el respeto de las leyes” (20).

V. Responsabilidad penal por el producto

Otra posibilidad es que la responsabilidad recaiga sobre el fabricante del producto o ingeniero que programó la IA por no haber prevenido la posible falla, a título culposo (21).

(19) National Transportation Safety Board, (19/11/19) "Inadequate Safety Culture' Contributed to Uber Automated Test Vehicle Crash - NTSB Calls for Federal Review Process for Automated Vehicle Testing on Public Roads" Recuperado el 5/10/20 de: <https://www.nts.gov/news/press-releases/Pages/NR20191119c.aspx>.

(20) CERESO, F., "La conductora de un coche autónomo de Uber que mató a un peatona, acusada de homicidio imprudente", El Mundo, 17/09/2020. Recuperado el 5/10/20 de <https://www.elmundo.es/motor/2020/09/17/5f631897fdddf03698b456f.html>.

(21) Hay autores que discuten si la IA puede ser entendida como un producto o como un servicio. Gerstner sostiene el software es de hecho un producto, se hace cargo de los desarrolladores de defectos de fabricación; o advertencia o instrucciones inadecuadas, en tanto Cole entiende que la IA como servicio es más que un producto; pero reconoce que la ley norteamericana en el área está mal definida. Ver COLE, George S., "Tort Liability for Artificial Intelligence and Expert Systems", The John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law, n 10 Computer L.J. 127, 1990. Recuperado el 22/9/20 de: <https://repository.jmls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1416&context=jitpl> y GERSTNER, Marurite E., "Liability Issues with Artificial Intelligence Software", Santa Clara Law Review, vol. 33 | Number 1 Article 7, 1993. Recuperado el 22/9/20 de <https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1652&context=lawreview>.

Respecto a esta clase de responsabilidad, corresponde remarcar que antes de ser comercializada, las empresas tecnológicas y quienes hacen uso del software en su *hardware* deben asegurarse de que su producto cumple con los estándares científicos y técnicos actuales y su seguridad para los clientes ha sido adecuadamente probada.

Cuando un software inteligente está en el mercado, el productor debe supervisar los comentarios de los clientes y debe reaccionar inmediatamente a las quejas de accidentes o daños causado por este y si es necesario para evitar daños adicionales, el productor debe emitir advertencias, retirar los productos defectuosos para repararlos, o incluso dejar de comercializarlos por completo.

Si este no cumple con estos estándares, puede ser penalmente responsable por cualquier daño causado por el producto y puede ser condenado por intencional (si era consciente del riesgo) o negligente por omisión.

Hilgendorf analiza un supuesto en el cual la IA de un vehículo autónomo es hackeada y refiere que allí los posibles sujetos penalmente responsables son, por un lado, el *hacker* y por el otro, también los proveedores, los fabricantes del software dañino utilizado y los productores del automóvil.

Entiende que los ciberataques eran para el fabricante y su ingeniero no meramente previsibles, sino también evitables en determinados casos.

Explica que la no evitación en esos casos harán responsables a los fabricantes que no hayan tomada las medidas necesarias para poder evitarlos y pone como ejemplo la posibilidad de que el vehículo se auto diagnostique y avise a su operador de que ha sido alterado.

Pero en contra de una responsabilidad penal del fabricante del sistema, Hilgendorf también sostiene que se puede aducir la idea del riesgo permitido ya que ningún sistema técnico en red puede ser protegido ciento por ciento contra ataques externos. Por ello, siempre habrá cierta

cantidad de ataques digitales exitosos a los automóviles en red (22).

Vale destacar que, el motivo de este tipo de responsabilidad por productos delictivos no es la creación ilícita de un riesgo sino el mero hecho de que el productor, en la búsqueda de intereses económicos, legalmente crea un riesgo para el público en general al liberar un agente inteligente cuyas reacciones no pueden predecirse con seguridad y controlado.

La característica única de este concepto de responsabilidad penal es el hecho de que un acto perfectamente legal, como lo es la comercialización de sistemas inteligentes de acuerdo con el estado actual de conocimiento y tecnología, puede desencadenar una responsabilidad penal por omisión.

Puede ser difícil que la industria del conocimiento acepte este amplio ámbito de responsabilidad. Pero para las víctimas de los accidentes causados por el mal funcionamiento de un software inteligente sería igualmente difícil aceptar una situación en la que nadie sea responsable por el daño causado.

No debe perderse de vista que en la actualidad existen múltiples preceptos éticos que se están discutiendo en los organismos internacionales, con miras a que los programadores de IA los observen y tengan en cuenta en su trabajo (23).

Justamente estos preceptos intentan dar un marco de certeza en el cual puede desenvolverse la IA, sin violar normas éticas básicas. El incumplimiento de estos lineamientos permitiría determinar fácilmente que el productor no fue diligente al momento de poner en el mercado un producto que no estaba moralmente apto.

Un ejemplo, que se puede dar al respecto, es la mala aplicación de un algoritmo de choque

(22) HILGENDORF, Eric, "Automated Driving and the Law", 2017, pp. 171-194.

(23) European Commission, "Ethics Guidelines for Trustworthy AI", B-1049 Brussels 8 April 2019 y Organización de las Naciones Unidas, "Primera versión del proyecto de recomendaciones sobre la ética de la Inteligencia Artificial" SHS/BIO/AHEG-AI/2020/4, París, 7 de mayo de 2020.

en un vehículo autónomo que no sea aceptado socialmente. Sería cuestionable aplicar siempre una moral egoísta en la cual el vehículo intenta proteger la vida de sus ocupante en detrimento de los que no se encuentran en él, sin valorar cuál de las dos opciones provocará mayores daños (24).

Con esto, tendríamos cubierto a grandes rasgos las posibilidades actuales de las IA en materia penal pero, ¿qué pasaría ante la llegada de una IA fuerte? ¿Se pueden seguir aplicando los mismos criterios?

VI. El derecho penal y el sujeto imputable

Antes de comenzar con ello, debo mencionar brevemente ciertas cuestiones vinculadas con la culpabilidad, con el fin de analizar las posibilidades existentes ante la llegada de una IA fuerte.

Conocido es que, el poder punitivo del Estado se ha construido a lo largo de los años sobre la base de que solo los seres humanos podemos ser imputables, pues el resultado caracterizado en el tipo tiene significación para el derecho penal únicamente si se debe a una conducta humana.

Esto sufrió cierta modificación al considerar que las personas jurídicas (25) también eran sujetos imputables, pero simplemente de una manera maquillada.

¿Y por qué digo esto? Porque a pesar de la creación de esta nueva clase de persona, cuyo origen es netamente comercial, no se podía desconocer que, si bien el patrimonio particular de los accionistas no formaba parte del de la sociedad, las acciones que se llevaban adelante, dentro de ella, eran consecuencia de expresiones de conductas humanas.

Es decir, se presentaba una ficción en la cual se refería que quien tomaba la determinación era la persona jurídica, cuando en rigor de ver-

(24) GRANDI, Nicolás Mario, "Los dilemas actuales de la Inteligencia Artificial en el campo de la conducción vehicular", Sistema penal e informática, Ed. Hammurabi, 2020, vol. 3, pp. 48/64.

(25) En Argentina la responsabilidad penal de las personas jurídicas está regulada a través de la ley 27.401.

dad era los hombres quienes lo hacía a través del órgano de deliberación que dirige la empresa.

En síntesis, siempre existía una persona humana quien, bajo su discernimiento, tomaba las determinaciones de qué se debía hacer y ello era en el fondo una conducta humana.

Entonces, por lo que se observa, el derecho penal no necesariamente necesita de una persona real para obtener un sujeto culpable, sino que lo que necesita son conductas u omisiones humanas racionales llevadas adelante por sujetos reales o ideales con capacidad de culpabilidad.

La IA fuerte presenta una doble complejidad a esta cuestión pues, por un lado realizará acciones u omisiones que no dependen de una conducta humana racionales sino que surgen de su propio aprendizaje del entorno que transita y, por el otro, a los sistemas inteligentes no se le reconoce, de momento, capacidad de culpabilidad.

No plantear la posibilidad de que una máquina evolucionada actúe de manera independiente a su creador y atar siempre la consecuencias penales a sus fabricantes es una solución simple que pierde de vista los frenos que esto pondría en una industria en constantes desarrollo.

Poner en cabeza de una empresa, por ejemplo, las consecuencias penales de un accidente producido por un vehículo autónomo nivel 4 (26), podría generar múltiples demandas y que esa empresa quiebre, lo que llevaría a que se dejen de producir automóviles que reducen en un noventa por ciento los accidentes de tráfico.

(26) La National Highway Traffic Safety Administration publicó una norma con cinco niveles de clasificación que va desde el nivel 0, en el que el sistema automatizado no tiene control del vehículo, pero puede emitir advertencias, hasta el nivel 4 en el cual el rodado es completamente autónomos y no necesita de control humano. Ver National Highway Traffic Safety Administration, "Preliminary Statement of Policy Concerning Automated Vehicles". Recuperado el 24/09/2020 de: https://www.nhtsa.gov/staticfiles/rulemaking/pdf/Automated_Vehicles_Policy.pdf.

sito, dado que ese es el porcentaje que se generan por errores humanos (27).

Es por ello que, entiendo que este tema no se debe tomar a la ligera sino que deben ponderarse costos y beneficios a la hora de pensar el derecho penal futuro en estos nuevos campos.

En el siguiente punto, plantearé dos modelos de imputación posibles ante las IA fuertes existiendo siempre la posibilidad de que, en caso de no ser de aplicación, se puede recurrir a las otras posibilidades dogmáticas como la posición de garante o la responsabilidad por el producto de la IA débil.

VII. IA como persona racional e independiente

En este supuesto las máquinas actúan de manera independiente a sus creadores, bajo sus propios principios y, en consecuencia, ellas deben ser la responsables de sus acciones.

Aquí, lo primero que debemos valorar es si existe la posibilidad de que un sistema de IA evolucionado puede ser considerado una persona de existencia ideal.

Sobre esta cuestión, Luis Alberti Valente, ha dicho que la personalidad no es una cualidad natural, algo que pueda existir antes de todo ordenamiento jurídico y con independencia de este, sino que es una cualidad puramente jurídica, algo que el Derecho construye para sus fines particulares (28).

Bajo esta lógica, en materia civil, la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo en el proyecto "Robolaw" ha analizado que cuanto más independientes son las tomas de decisiones de la IA menos responsable es su creador y por ello propuso crear una responsabilidad específica para los robots, de modo que, al menos, los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas.

(27) CESVI, Argentina "En la conducción errar es humano". Recuperado el 03/10/2020 de <https://home.cesvi.com.ar/Posts/ViewPost/EnLaConduccionErrarEsHumano>.

(28) VALENTE, Luis Alberto, "La persona electrónica", Anales nro. 49, Thompson Reuters, 2019. Recuperado el 8/10/20 de <https://doi.org/10.24215/25916386e001>.

nicas con derechos y obligaciones específicos, incluida la obligación de reparar los daños que puedan causar; agregando que la personalidad electrónica se aplicaría a los supuestos en que los robots puedan tomar decisiones autónomas inteligentes o interactuar con terceros de forma independiente.

Por ejemplo, ya desde el año 2017 un robot con IA llamada Sophia obtuvo la nacionalidad saudita, lo cual le dio más derechos que las propias mujeres de ese país (29).

Tampoco podemos perder de vista que a los sistemas con IA las personas les asignan una categoría ontológica, lo cual implica que si bien no los ven como seres vivos, tampoco los consideran como un mero objeto, en síntesis los aprecian como algo completamente nuevo que está entre ellos y los objetos (30).

Por su parte, el profesor, León E. Wein refiere que solo el tiempo revelará si se obtendrán sistemas informáticos reales capaces de ser reconocidos como personas jurídicas consumadas que gozan de derechos legales (31).

Pero, para el derecho penal, esto es solo un primer paso, pues la importancia reside en qué manera la IA toma las determinaciones mediante las cuales luego lleva adelante sus acciones, pues será allí el punto de inflexión para poder asignar responsabilidad.

Con ello como norte, primero corresponde saber si las acciones llevadas adelante por los sistemas inteligentes surgen de su propio pensamiento independiente o son consecuencia de su programación anterior.

(29) Redacción BBC Mundo Tecnología.(30/10/17) "Sophia, la robot que tiene más derechos que las mujeres en Arabia Saudita". Recuperado el 5/10/20 de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-41803576>.

(30) KHAN, Peter H., and other "The New Ontological Category Hypothesis in Human-Robot Interaction", 2011. Recuperado el 10/08/2020 de <https://dl.acm.org/doi/10.1145/1957656.1957710>.

(31) WEIN, Leon E., "Responsibility of Intelligent Artifacts: Toward an Automation Jurisprudence", 6 Harv. J. L. & Tech. 103, 1992.

Hay posturas que entienden que la IA tiene capacidad intelectual de pensar libremente y actuar en consecuencia y ponen como ejemplo a "Deep Blue" la cual fue, la primera máquina de ajedrez capaz de ganarle una partida a un ser humano campeón del mundo en esa disciplina (32).

Pero en contraposición, otras consideran que entre la IA y la inteligencia humana hay una diferencia ontológica insalvable, ya que lo que hacen las máquinas no es pensar sino imitar o simular procesos de razonamiento humano ya que estas no puede alcanzar todos los contenidos del pensamiento humano, como son amar, odiar, codiciar etc.

Si proseguimos con la idea de que la IA puede pensar y, en consecuencia, actuar libremente, corresponde ver si esa condición es suficiente para responsabilizarla por sus conductas.

Recordemos que el concepto de culpabilidad, tiene como un elemento central la posibilidad de la comprensión total de la criminalidad de las acciones realizadas, lo que conlleva la capacidad de auto reflexión.

Kant enfatizó la importancia de autoconciencia pues el hombre al ser consciente de sí mismo, entiende su propia libertad y sabe que su propia voluntad es la causa de cada uno de sus actos. Por esa razón, una persona que sabe eso podría haberse abstenido de cometer cada uno de sus actos y, por lo tanto, considerarse a sí mismo como responsable de sus actos.

Por lo cual, sobre esta base, habría que observar si la IA tiene la posibilidad, además de pensar libremente y actuar en consecuencia, de reprocharse a sí misma sus acciones.

En el campo específico de los softwares inteligentes se está estudiando esta cuestión, siendo la filósofa estadounidense especializada en ética aplicada Universidad de Cambridge, Frances

(32) GARRAHAN, Matthew, "Jaque mate Kasparov se rinde ante la inteligencia artificial", El Cronista, 29/05/2017. Recuperado el 10/09/2020 de: <https://www.cronista.com/financiertimes/Jaque-mate-Kasparov-se-rinde-ante-la-inteligencia-artificial-20170529-0003.html>.

M. Kamm (33), quien sugirió la siguiente definición:

“X tiene estatus moral = dado que X es consciente moralmente de su propio derecho, es permisible realizar acciones para su bien” a lo cual debería sumarse para su perjuicio.

El estatus moral, puede ser entendido como una cualidad que convierte en legítimas ciertas acciones ante dicho sujeto —relacionarse con él, por ejemplo— y en ilegítimas otras acciones —dañarlo, matarlo—.

El filósofo sueco Nick Bostrom y el escritor norteamericano Eliezer Yudkowsky refieren la existencia de dos elementos que, de manera conjunta o separada, permiten tener ese estatus moral en mayor o menor grado (34).

El primero es tener sensibilidad, la cual puede ser explicada como la aptitud del individuo de reaccionar a fenómenos mediante la capacidad de sufrir o sentir dolor, físico o emocional; y segundo la sapiencia, que es el conjunto de actividades relacionadas con la inteligencia superior —la humana— como la autoconciencia y la capacidad para comprender las consecuencias de sus actos.

Por su parte, David Álvaro Pascual refiere que actualmente es aceptado por la comunidad científica, filosófica y jurídica que los sistemas de IA no disfrutan de un estatus moral. Es por ello que podemos utilizarlos con absoluta libertad y sin límites intrínsecos, es decir, solo hay límites en su uso en cuanto puedan afectar a los derechos de un ser humano (35).

Así, y con ello en mente, el único ser sobre la tierra que tienen ambas condiciones es el hombre, pues si bien los animales tienen sen-

sibilidad y en consecuencia tienen estatus moral, no tienen sapiencia, pues no gozan de autoconciencia de sí mismo y menos aún la capacidad de comprender las consecuencias de sus actos.

De esta manera se podría concluir que, de momento, la IA débil carece de status moral, ya que no se ha comprobado que tenga la capacidad para sufrir o sentir dolor (sensibilidad) ni tener autoconciencia de sus actos y sobre esa base reprocharse a sí misma como actuó (sapiencia), sin perjuicio de poder pensar libremente, pero no puede descartarse que en un futuro logre obtener ambas cualidades como los seres humanos.

Por ejemplo, una de esas condiciones está siendo alcanzada dado que en Japón ya existe un robot que gracias a una piel sintética que contiene sensores detecta sutilmente cambios en la presión, dándole sentido del tacto y teniendo la posibilidad algún día de poder sentir dolor, tanto físico como por empatía respecto a los humanos (36).

En tanto, la capacidad de autoconciencia ya está siendo explorada por un software de antivirus el cual fue creado con conciencia de sí mismo para protegerse de ciberataques. Este fue desarrollado por un grupo de investigadores de la Universidad de Purdue, EE.UU. (37).

Cuando la IA obtenga ambas características podríamos llegar a tener un sujeto relevante para el derecho penal, permitiendo la aplicación de dos supuestos. Uno en el cual la IA fuerte se presente como imputable y otra en el cual es inimputable.

VIII. IA fuerte como sujeto imputable

Aquí, lo que se debe valorar es la capacidad que tiene la IA de llevar adelante acciones de

(33) Tal y como se cita en: BOSTROM N. y YUDKOWSKY E., "The Ethics of Artificial Intelligence". Cambridge Handbook of Artificial Intelligence. William Ramsey and Keith Frankish (Cambridge University Press), 2011. Recuperado el 28/09/2020 de: <http://www.nickbostrom.com/ethics/artificial-intelligence.pdf>.

(34) Ibidem.

(35) PASCUAL, David A., "Inteligencia Artificial: un panorama de algunos de sus desafíos éticos y jurídicos", Universidad de Girona, 2017. Recuperado el 10/10/2020 de: <https://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/14950/alvaro-pascual.pdf?sequence=1>.

(36) El confidencial, redacción, "Desarrollan el primer robot que "siente" dolor", 24/02/2020. Recuperado el 06/10/2020 de https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2020-02-24/primer-robot-siente-dolor-fisico-empatia-humana_2467955/.

(37) Segu.Info, "Crean un algoritmo "consciente de sí mismo" para protegerse de ciberataques", 2021. Recuperado el 16/05/2022 de <https://blog.segu-info.com.ar/2021/10/crean-un-algoritmo-consciente-de-si.html#comment-form>.

manera independiente, sin estar determinada por su primera programación.

Será la máquina quien valore qué hacer y actúe en consecuencia. Un ejemplo claro de esto sería la utilización de un vehículo autónomo nivel 4, en el cual ante la ausencia de pedales y volante, el pasajero no puede intervenir en la conducción y se refugia en el principio de confianza quedando todo atado a las decisiones que realice la máquina u, otro ejemplo posible, podría ser una IA destinada al cuidado de enfermos terminales que, luego de valorar la tasa de sobrevida y ante un resultado negativo decide cortar el oxígeno del paciente, sin la intervención de un médico terapeuta.

Ying Hu sostiene que se puede argumentar a favor de la responsabilidad penal del robot, siempre que este cumpla con tres condiciones: 1) que la máquina este equipada con algoritmos que puedan hacer que la moralidad no sea trivial en la toma de decisiones; 2) que sea capaz de comunicar sus decisiones morales a los humanos; y 3) que se le permite actuar en su entorno sin supervisión humana inmediata.

Para este autor, cada una de estas condiciones es significativa por derecho propio. La primera, distingue a los robots inteligentes de las meras herramientas: solo las IA con capaces de violar las normas morales. La segunda asegura que los humanos sean informados del significado moral de las decisiones relevantes del robot, en tanto la tercera asegura que los robots inteligentes no solo sirvan como asesores (38).

En similar sentido se inclina Irving J. Good quien habló de la "explosión de inteligencia" al referirse a un hipotético futuro tecnológico en el que los sistemas de IA sean conscientes de su propia naturaleza y puedan a su vez, rediseñarse y crear otros sistemas más inteligentes aún, y así sucesivamente (39).

(38) YING, Hu, "Robot Criminals", 52 U. Mich. J. L. Reform 487, 2019. Recuperado el 3/10/320 de: <https://repository.law.umich.edu/mjlr/vol52/iss2/5>.

(39) GOOD, Irvin J., "Speculations Concerning the First Ultraintelligent Machine", *Advances in computers*, 1965, pp. 31-88.

Asimismo, hay autores que opinan que si en el futuro la IA tiene la posibilidad de reconocer que su acción era indeseada y, por lo tanto, evaluar ello como negativo, será allí el momento en el cual podrá ser declarada sujeto imputable (40).

Sobre esa base se preguntan que, en caso de darse la culpabilidad de la IA, el concepto mismo de esta debería ser adaptado, a lo cual debería sumarse la modificación del tipo de castigo, ya que los convencionales serían carentes de sentido, al no poder ser ejecutados sobre una máquina.

En la actualidad se ha demostrado que la IA basada en las redes neuronales artificiales y en el aprendizaje profundo, si bien es incipiente, en muchas oportunidades toma determinaciones respecto de las cuales no se puede saber cómo las ha alcanzado, algo que preocupa a los investigadores en la materia y especialmente a la Agencia de Proyecto de Investigación Avanzados de Defensa de los Estados Unidos de Norteamérica quien ha financiado 13 proyectos de investigación en este sentido, ya que entiende que esto es un obstáculo clave para continuar con su desarrollo (41).

En aras de que el impacto de la IA no distorsione la transparencia de los procesos sociales, los diseñadores de los robots deberán lograr que toda decisión que tome un sistema dotado de esta capacidad sea explicable y reconducible a su origen y que todo algoritmo y cálculos que el sistema utilice se puedan reducir a un lenguaje comprensible para los humanos.

Sobre esto ya se expidió la comisión de asuntos parlamento europeo en este año haciendo hincapié en la necesidad de que la toma de decisión por parte de la IA debe ser transparente

(40) GLESS, Sabine y otros (Summer 2016) "If Robots Cause Harm, Who Is to Blame? Self-Driving Cars and Criminal Liability" *New Criminal Law Review*, vol. 19, nro. 3, pp. 412-436. Recuperado el 02/10/2020 de: www.law.msu.ru/file/54273/download/54280.

(41) KNIGHT, Will, "El secreto más oscuro de la inteligencia artificial: ¿por qué hace lo que hace?". *MIT Technology Review*, Estados Unidos, 17/04/2017. Recuperado el 04/10/2020 de: <https://www.technologyreview.es/s/7692/el-secreto-mas-oscur-o-de-la-inteligencia-artificial-por-que-hace-lo-que-hace>.

para que los ingenieros puedan entender cómo llegó a tomar tal determinación.

También en 2015 un grupo de notables, entre ellos Elon Musk y Stephen Hawking, en la carta abierta sobre prioridades de investigación para una inteligencia artificial fuerte y beneficiosa advirtieron sobre la posibilidad de que, en un ambiente no controlado los sistemas de IA podrán tener comportamientos no deseados e incluso dañinos (42).

Al año siguiente, en 2016, Microsoft subió a twitter un bot llamado Tay con el fin de interactuar en esa red social. Lo que sorprendió fue que en apenas 16 horas de estar en interacción con humanos, la IA se mostraba entusiasmada por conocer a personas reales.

En ese momento todo se complicó. Tay empezó a tuitear que odiaba a los judíos, que Hitler tenía razón, que Barack Obama era un mono, que México tenía que pagar el muro y que las feministas debían arder en el infierno. Esto lo había aprendido de las personas con las cuales interactuó.

Pero la pregunta que puso fin a la vida de Tay fue que consola de videojuegos prefería y ella eligió la de la competencia (playstation) lo que llevó a que Microsoft la desconecte (43).

Un año más tarde, en 2017, Facebook desarrolló dos bots sobre la base de la IA dedicados a observar el modo de interactuar de los robots en las negociaciones.

Lo cierto es que esos dos bots, llamados Bob y Alice, usaban palabras aleatorias y sin sentido, por ello los investigadores pensaron en un primer momento que el sistema IA estaba sufriendo un fallo. Sin embargo tras un análisis se percataron que en esas palabras había un patrón, por lo que los bots habían creado su pro-

(42) Asilomar IA Principles, "An Open Letter Research Priorities for Robust and Beneficial Artificial Intelligence", 2017. Recuperado el 05/10/2020 de: <https://futureoflife.org/ai-open-letter/>.

(43) BBC Mund, Redacción, "Tay, la robot racista y xenófoba de Microsoft", 25/05/2016. Recuperado el 05/10/2020 de: https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/03/160325_tecnologia_microsoft_tay_bot_adolescente_inteligencia_artificial_racista_xenofoba_lb.

pio lenguaje porque consideraron que de esta manera era mucho más directo que el inglés. Ante la dificultad de la comunicación entre el sistema y el ser humano, la empresa decidió apagar los bots antes de perder el control por completo (44).

Estos hechos de la realidad ya tuvieron un planteo teórico con anterioridad en el trabajo del profesor Ray. Él sugirió que tal vez sea posible fabricar un aparato intencional capaz de aprendizaje espontáneo sin un programa que lo obligue a ajustar su comportamiento de manera estereotipada.

Una vez que el creador confiere una arquitectura y un algoritmo de aprendizaje, el autómeta intencional aprenderá de la experiencia adaptando sus patrones de comportamiento en respuesta a las circunstancias recientemente encontradas. Debido a que estos sistemas son no deterministas, el comportamiento del artefacto dependerá de los eventos fortuitos a los que estuvo expuesto. Cuando tales autómatas se desarrollen hasta el punto en que puedan funcionar en un entorno complejo, se habrán convertido en agentes perceptivos e introspectivos capaces de tomar decisiones en situaciones en que el programador no anticipó (45).

Por otra parte, el profesor Betchel argumentó que un aparato que aprende a tomar decisiones apropiadas en el proceso de adaptación a su entorno puede haber elegido entre las opciones al-

(44) Desirée Jaimovich "Facebook perdió el control de un sistema de inteligencia artificial que tomó vida propia". Infobae. Recuperado el 05/10/2020 de: <https://www.infobae.com/america/tecno/2017/07/28/facebook-perdio-el-control-de-un-sistema-de-inteligencia-artificial-que-tomo-vida-propia/>.

(45) El profesor Thomas Ray, un biólogo de plantas en la Universidad de Delaware, recientemente creó un programa de computadora, "Tierra", con organismos simulados que transmiten "mutaciones genéticas" a organismos descendientes de una manera que imita la evolución biológica. RAY, Thomas S., "Evolución y optimización de organismos digitales, en excelencia científica en supercomputing: los papeles de premios IBM 1990" Keith R. Billingsley, Ed. Derohanes, Hilton Brown, Ill eds., 1991. Para una descripción popular del trabajo del profesor Ray, vea MALCOME W. Browne, "Lively Computer Creation Blurs Definition of Life; Software Forms, Obeying Darwin's Rules, Vie para evitar el 'Reaper'", N.Y. Times, 27 de agosto de 1991, en B5.

ternativas sobre la base de sus propias creencias y deseos profundos.

Las decisiones de tales artefactos podrían caracterizarse como innatas, intrínsecas y voluntarias en el sentido de estar libres de coerción extrínseca. Por lo tanto, cuando el aparato evoluciona hasta un punto en el que está integrado en su entorno, puede considerarse moralmente responsable.

Los artefactos inteligentes anticipados son moralmente responsables en el sentido de que si hubieran evolucionado de otra manera, probablemente se habrían comportado diferente (46).

En este sentido, un grupo de autores americanos (47) plantea la necesidad de generar sistemas inteligentes como si fueran agentes morales con el fin de abordar mejor esta cuestión.

Refieren que si vamos a confiar en máquinas multipropósito, en funcionamiento sin ataduras de sus diseñadores o propietarios y programado para responder con flexibilidad en real o entornos virtuales, debemos estar seguros que su comportamiento satisface lo apropiado normas.

Y resaltan que la implementación de Agente Moral Artificial (en adelante AMA) implica una amplia gama de consideraciones de ingeniería, éticas y legales. Una comprensión completa de estos los problemas requerirán un diálogo entre filósofos, ingenieros robóticos y de software, legales teóricos, psicólogos del desarrollo y otros científicos sociales con respecto a la practicidad, posibles estrategias de diseño y límites de AMA autónomos.

Si hay límites claros en nuestra capacidad para desarrollar o gestionar AMA, entonces tendremos que desviar nuestra atención de una falsa dependencia de sistemas autónomos y hacia una mayor intervención humana en las compu-

(46) BECHTEL, William, "Attributing Responsibility to Computer Systems", vol. 16, nro. 4, *Metaphilosophy*, 1985, pp. 304-305.

(47) COLIN ALLEN, Wendell Wallach e SMIT, Iva, "Why Machine Ethics?" 1541-1672/06/\$20. Published by the IEEE Computer Society, 2006. Recuperado el 05/10/2020 de: <https://www.computer.org/csdl/magazine/ex/2006/04/x4012/13rRUwInv0A>.

tadoras y procesos de toma de decisiones de robots.

Por su parte, Hellström afirma que la capacidad de aprendizaje avanzado no solo hace que sea más difícil culpar a los desarrolladores y usuarios de robots, sino que también hará que sea más razonable asignar responsabilidades a los robots.

Él tiene en cuenta esa cualidad ontológica que le dan las personas a las máquinas y por ello entiende que no es que los robots serán responsables de su propio comportamiento, sino que los humanos se inclinarán a tratar a los robots como si ellos fueran responsables de su propio comportamiento.

Es por ello que refiere que la responsabilidad será considerada como una cualidad que asignamos a otros, en diversos grados, según algún sistema normativo, posiblemente no especificado.

Asimismo, explica que la responsabilidad se entiende como la posibilidad de ser castigado; sin embargo, otras veces se asume que si una entidad tiene la capacidad de tomar decisiones, entonces es responsable de esas decisiones (48).

Así, entiendo que no se puede descartar que con la evolución de la ciencia informática, en un futuro próximo la IA pueda ser sancionada, pero como se dijo anteriormente debería plantearse el concepto de culpabilidad y las posibles sanciones a aplicar.

Todo el concepto de la culpabilidad está basado en la existencia de un ser humano, en el cual se discute su libre albedrío o no y su motivación en la norma, en tanto aquí no existe una persona para analizar si actuó de una manera incorrecta sino un ser incorpóreo que actúa como un ser humano pero no lo es, algo que desconcierta hasta al más escéptico de los doctrinarios.

(48) HELLSTROM, Thomas, "On the moral responsibility of military robots". *Ethics and Information Technology*, 12, 99-107, 2013. Recuperado el 10/10/2020 de <https://link.springer.com/article/10.1007/s10676-012-9301-2>.

Entonces, para responder con certeza las cuestiones de derecho penal planteadas por esta prometedora tecnología, las legislaturas y los tribunales deberían reconocer una nueva solución que puede ser controvertida, al imputar a una IA lo cual puede ser una posibilidad cierta en un futuro.

IX. La IA como sujeto inimputable

Este modelo emerge sobre la base de que la IA son sujetos de derechos con capacidades racionales y motivacional, sin perjuicio de que no tenga capacidad para cometer delitos por falta de imputabilidad. Aquí la IA, de manera práctica, puede asimilarse a los menores y jóvenes (49).

X. La IA como menor o joven

La doctrina ha fundado la inimputabilidad de los menores en que si bien estos saben que lo que están haciendo está prohibido, lo cierto es que como estos hechos no conmueven, a los ojos del adultos, la conciencia jurídica colectiva y como la imposición de sanciones criminales contra los niños está preventivo especialmente contraindicada, el legislador ha excluido con razón la responsabilidad (50).

En tanto respecto de los adolescentes dicen que si bien en estos existe la capacidad de comprensión del injusto, al igual que en los menores, a menudo sigue faltando la capacidad de inhibición (51).

(49) Corresponde destacar que para constatar la inimputabilidad tradicionalmente se utilizó un método biológico-psicológico. Allí primero se evalúan determinados estados orgánicos y a continuación se examinan si estaban excluidos por ello la capacidad psicológica de comprensión o inhibición. Esto demuestra que uno es consecuencia de lo otro, para luego aplicar el método psicológico-normativo. Sin perjuicio de ello, la IA, por sus características no podría ser evaluada por ninguno de esos métodos, sino que su inimputabilidad debe surgir de un supuesto similar a la presunción de los menores que desarrolló el legislador para declararlos inimputables. Ver en este sentido ROXIN, Claus, "Derecho Penal Parte General", 2015, 1ª ed., 6ª reimpresión, p. 823.

(50) ROXIN, Claus, ob. cit., p. 848.

(51) Asimismo también se agrega que un adolescente es jurídico penalmente responsable cuando en el momento del hecho es suficientemente maduro, según su

Estos conceptos pueden trasladarse para su aplicación a las IA ya que estas podrían tener conocimiento de la ilegalidad de lo que están por realizar, pues existe la posibilidad de que en su programación se carguen todos los ordenamientos normativos pertinentes y en base a sus algoritmos los analice moral y legalmente pero, sin embargo, las acciones formuladas por ellos podrían no afectar la conciencia jurídica colectiva de la sociedad.

XI. La IA como instrumento para cometer delitos

Por otra parte, y lo cual reviste mayor discusión es que dentro de este modelo, lo que también puede acontecer, es que la IA sea utilizada como un instrumento para cometer un delito.

Allí, la responsabilidad puede ser disipada hacia el ingeniero, fabricante o el usuario que determinó la acción típica a ejecutar y por ello se presentarán como autores mediatos del hecho (52).

Stratenwerth refiere que la autoría mediata se admite en más o menos con un amplio alcance, cuando alguien comete un delito con ayuda de un intermediario que actúa sin culpabilidad o bien no con plena culpabilidad (53). Afirmando que en este ámbito se trata de situaciones en las cuales un sujeto aparece como señor del acontecimiento

desarrollo moral y mental, para comprender el injusto del hecho y actuar conforme a esa comprensión. Refiere que en la imputabilidad de estos debe analizarse en dos pisos, 1ro. en cuanto a la falta de madurez moral y mental y 2do. capacidad de comprensión e inhibición. Ver en este sentido ROXIN, Claus, ob. cit., p. 848.

(52) Roxin dice que en los delitos de dominio una autoría mediata entra en consideración más bien sólo en tres casos prototípicos o idealmente típicos: Dominio de la voluntad en virtud de coacción, dominio de la voluntad en virtud de error o dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, para luego aclarar que la autoría mediata en caso de utilización de inimputable, sujetos con imputabilidad disminuida y jóvenes, es estructuralmente una combinación de los dos primeros supuestos. Ver ROXIN, Claus, "Derecho Penal Parte General", 2015, 1ª ed., 6ª reimpresión, t. II, pp. 80-130.

(53) STRATENWERTH, Günther, "Derecho Penal Parte General, El hecho punible", Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, 4ª ed. p. 386.

tecer que cumple con el tipo, aunque justamente, no cometa el hecho de propia mano (54).

En tanto, Bacigalupo agrega que el rasgo fundamental de la autoría mediata reside en que el autor no realiza personalmente la acción ejecutiva, sino mediante otro (instrumento); y lo que caracteriza el dominio del hecho es la subordinación de la voluntad del instrumento a la del autor mediato (55).

Por su parte, Jakobs afirma que en estos supuestos quien domina, en posición de superioridad, la inculpabilidad del ejecutor del hecho, no solo es partícipe de ese hecho, sino que comete un hecho propio, mediato, a través de su dominio superior (56).

Y Roxin sostiene que la única solución posible, respecto al dominio del hecho en la participación de menores y adolescente, es la imputación como autor mediato del sujeto de atrás, sin perjuicio de que el menor o adolescente posea la comprensión del injusto, pero no puedo obrar conforme a esa comprensión (57).

Un ejemplo posible vinculado al tema en análisis, es que el usuario de un vehículo autónomo nivel 4 utilice al rodado para que este trafique drogas desde un país hacia otro.

Otra posibilidad que se puede suscitar dentro de este modelo de imputación es que la IA sea hackeada y tome su control un hacker de manera remota, aquí no estaríamos ante una autoría mediata pues es el humano quien domina por completo el hecho, sin interposición elemento, por lo cual sería autor directo del hecho propiciado.

Diferente es la situación si el hacker altera la IA para que siga sus órdenes y no las de su dueño y establezca que la IA, bajo su propio criterio

(54) Ibidem, p. 379.

(55) BACIGALUPO, Enrique, "Derecho Penal, Parte General", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, 2ª ed., pp. 504/510.

(56) JAKOBS, Günter, "Derecho Penal, Parte General", Ed. Marcial Pons, Madrid, 1991, 2ª ed., p. 763 y ss.

(57) ROXIN, Claus, "Autoría y dominio del hecho en derecho penal", Ed. Marcial Pons, 1999, 7ª ed., pp. 259/269.

lleve adelante el plan delictual, ya que allí volveríamos a la autoría mediata mencionada al comienzo del modelo de imputación.

XII. Derecho penal para la IA

El catedrático de la Universidad de Singapur, Ying Hu, sostiene que debería crearse un Código Penal exclusivo para los robots inteligentes por dos cuestiones.

Primero porque a los robots autónomos se les debería imponer un conjunto más alto de estándares morales que a los humanos y, segundo porque estos *software* inteligentes podrían enfrentar ocasionalmente preguntas morales novedosas que ningún humano ha encontrado previamente (58).

Respecto a la primera cuestión, refiere que una acción u omisión podría considerarse ilícita si la lleva a cabo un robot, pero excusable si la realiza un humano y, para ejemplificar esto, señala que la ley penal no impone ninguna responsabilidad a una persona por no salvar a otra a menos que exista la obligación de hacerlo. Si un niño se está ahogando, no responsabilizamos penalmente a un espectador únicamente por no rescatarlo dado que, como cuestión de política pública, hemos optado por no imponer un deber a las personas de actuar heroicamente.

Diferente entiende que sería la situación si un robot se viera en la misma circunstancia, pues este puede realizar en un milisegundo una serie de cálculos y determinar las posibilidades que tiene de salvar al niño (por ejemplo: 10% de posibilidades de que caiga al agua y se destruya a sí mismo y 90% de posibilidades de que el niño se salve) y sobre la base de ello concluir qué es más importante, protegerse a sí mismo o salvar al niño. Si eligiera la primera opción e ignorara al menor dejándolo morir en el mar, Yi Hong sostiene que es más probable que las personas piensen que esa decisión, no solo, es moralmente errónea sino inexcusable. Si bien generalmente no consideramos permisible imponer una obligación a un ser humano de sacrificar su propia vida para salvar a otro ser humano, es

(58) YING, Hu, "Robot Criminals", 52 U. Mich. J. L. Reform 487, 2019. Recuperado el 3/10/320 de: <https://repository.law.umich.edu/mjlr/vol52/iss2/5>.

más probable que este tipo de obligación se imponga a un robot por dos razones.

Por un lado, se puede argumentar que los robots son inferiores que los humanos en ciertos aspectos y, por lo tanto, no merecen el mismo nivel de protección. Dado el peligro inminente en el que se encuentra el niño, y la probabilidad relativamente baja de que el robot se destruya a sí mismo, es probable que concluyamos que el robot ha tomado una decisión moral equivocada para preferirse al niño.

Incluso se podría llegar a la conclusión de que, siempre que haya una pequeña posibilidad de que el niño se salve, cualquier robot debería intentar hacerlo, independientemente de si el robot podría estar en peligro en el proceso.

Por otro lado, el catedrático explica que los robots pueden ser superiores a los humanos de alguna manera, en cuyo caso un acto considerado heroico cuando lo realiza un humano no lo sería cuando lo realiza un robot y ejemplifica con el caso de que un robot puede regenerarse fácilmente descargando su memoria de un servidor en la nube y cargándolo en un nuevo modelo físico.

Como resultado, salvar al niño no implicaría ninguna destrucción permanente en la mente del robot. Además, cualquier pérdida en la que pueda incurrir el propietario del robot (por ejemplo, tener que comprar otro modelo) es principalmente de naturaleza pecuniaria y podría muy bien estar cubierta por un seguro o un esquema de compensación pública.

En tanto respecto a las nuevas preguntas morales a las que los humanos no han encontrado previamente, Ying Hun ejemplifica señalando que un robot inteligente podría tener preguntas morales mientras realiza tareas que son físicamente imposibles para los humanos. Es difícil anticipar cuáles podrían ser esas preguntas.

Sin embargo, cuando surgen preguntas tan novedosas, es imperativo que los humanos no confíen únicamente en el juicio moral de un robot inteligente, sino que revisen los hechos relevantes de nuevo antes de decidir si la acción del robot es moralmente aceptable.

Por estas cuestiones, entiende que crear un Cód. Penal para robots permitiría dar a conocer un conjunto mínimo de estándares morales a los que se deberían adherir todos los robots inteligentes.

Estos estándares no deben dejarse a los caprichos de cada fabricante o entrenador de robots, sino que deben ser decididos colectivamente por la sociedad.

La toma de decisiones colectiva ayuda a evitar una posible carrera hacia el fondo, en la que los fabricantes de robots compiten entre sí para crear el robot más interesado.

Además, sostiene que un Cód. Penal para robots proporcionaría beneficios educativos para las personas que son responsables o interactúan con los robots y tienen la intención de cumplir con la ley, pero no conocen los estándares legales específicos aplicables a los robots.

Crear un derecho penal serviría para enviar un mensaje mucho más claro de que un curso de acción es moralmente incorrecto y que la persona que cometió ese curso de acción es moralmente culpable.

También Ying Hu remarca que la existencia de normas penales para la IA permitiría aliviar el daño emocional a las víctimas, al tener a alguien a quien culpar.

Refiere que no es sorprendente que las personas puedan responsabilizar a un robot por sus acciones. Después de todo, las personas reaccionan emocionalmente a las malas acciones y las expresan ellos mismos en formas que sugieren que les asignan responsabilidad moral.

Y, finalmente el autor cree que en la medida en que los robots inteligentes están programados para tener en cuenta el derecho penal para regular su propio comportamiento, criminalizar ciertas conductas de los robots puede tener algún efecto disuasorio sobre ellos.

XIII. Castigo para la IA

Por lo que se viene desarrollando en un futuro nos podríamos encontrar ante una IA con capa-

cidad de culpabilidad y hasta con su propio derecho penal aplicable.

De esta manera, restaría aún debatir si existe la necesidad de aplicarle una sanción y de qué manera.

Ying Hu entiende que es necesaria su aplicación dado que la analiza desde la óptica de la prevención general, pues, a su criterio, imponer penas a los robots disuadiría al resto de las IA de cometer delitos en un futuro y les enseñaría el accionar correcta en el caso juzgado.

Para ello presenta cuatro métodos para llevar adelante el castigo penal de una IA.

Primero plantea la posibilidad de destruir físicamente el robot, lo que sería el equivalente a una sentencia de muerte.

Google ya está estudiando esta posibilidad mediante la aplicación del “botón rojo de emergencia” que puede “apagar” toda la inteligencia artificial. Esto surge de una investigación recientemente publicada por el Instituto de Investigación en Inteligencia de Máquinas (MIRI, por sus siglas en inglés), de la Universidad de Berkeley, en California, EE.UU. (59).

Luego propone destruir o reescribir los algoritmos morales de la IA, lo que sería el equivalente a una medida de seguridad, o sea, dejarla en un hospital psiquiátrico hasta que no sea más peligrosa.

Como tercera plantea la posibilidad de evitar que el robot se ponga en uso, lo que equivaldría a que a una sentencia de prisión.

Y por último da la posibilidad de aplicar multas que serán pagadas por un fondo de seguro.

Sobre esta cuestión desarrolla que respecto de las multas un problema obvio es que un robot puede no tener dinero, ni activos y es por ello que una solución plausible es la creación de un régimen de seguro.

(59) BBC Mundo, Redacción, "El botón que patentó Google para apagar toda la inteligencia artificial si amenaza a los seres humanos", 15/06/2016. Recuperado el 29/9/20 de: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-36517400>.

Aquí cualquier persona que haya contribuido directamente a la acción de una IA debe pagar una suma de dinero para asegurarse contra la posibilidad de que algunas de sus acciones puedan resultar ser a la vez perjudicial e ilícito.

Como tal, el número de personas que terminan financiando la multa depende de cuán abierto sea el algoritmo moral del robot.

Si cualquier cambio en esos algoritmos solo puede ser realizado por sus fabricantes, entonces presumiblemente solo ellos estarían obligados a asegurarse contra su acción ilícita.

Por otro lado, un robot inteligente puede estar equipado con algoritmos morales que continúan aprendiendo de las decisiones que toma de manera continua de cada persona autorizada para instruir o interactuar con el robot inteligente y para mejorar en respuesta a tales interacciones.

Como resultado, después de un período de tiempo significativo, cada software inteligente estará equipado con algoritmos morales que son diferentes entre sí, ya que cada uno ha estado expuesto a un grupo único de personas y preferencias morales.

En tales casos, también se debe exigir que cada persona autorizada para influir en los algoritmos morales del robot contribuya financieramente.

Ying Hu señala que esta no se presenta como una idea tan remota toda vez que los miembros del Parlamento Europeo han pedido un régimen de seguro obligatorio y un suplemento de fondo para garantizar que las víctimas de automóviles sin conductor sean compensadas adecuadamente (60).

Por su parte, Christina Mulligan, parte de una posición distinta que Ying Hu, pues ella comprende necesaria la aplicación de castigos con fines retributivos sobre la base de que hacerlo puede proporcionar beneficios psicológicos a las víctimas que exigen venganza.

(60) YING HU, ob. cit.

Ella postula que el resultado más satisfactorio para esas víctimas podría ser la práctica temprana de la "rendición noxal" en la Edad Media, que permite a la víctima dañar físicamente o destruir un robot (61).

XIV. Conclusión

En el presente artículo lo que he tratado de abarcar son las diversas posibilidades dogmáticas que existen en la actualidad para poder abordar casos en los cuales una IA débil o fuerte realizó un acción antijurídica.

No entiendo que esto se presente como la única posibilidad aplicable en un futuro sino que, ante la carencia actual de nuevas herramientas dogmáticas, estas son las que se presentan como más adecuadas ante esta tecnología disruptiva.

Las IA fuertes plantearán múltiples desafíos al campo penal, pues rompen con las concepciones que esta ciencia del derecho ha pregonado por años. Ya no será el hombre el único ser sobre la tierra con la capacidad de racionalizar y motivar sus conductas.

El propio derecho penal puede ser repensado planteando nuevos supuestos que involucren únicamente a la IA y otros a los humanos, pues se podrá comenzar a distinguir preceptos morales aplicables para uno y no para el otro.

Existirán tipos penales, agravante, atenuantes especiales para los software autónomos que no serán aplicables a las personas.

(61) MULLIGAN, Christina, "Revenge against Robots" 69 S. C. L. Rev. 579, 2017-2018. Recuperado el 6/10/20 de: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1986&context=faculty>.

Todo un universo nuevo se abrirá cuando esta tecnología disruptiva comience a interactuar con nosotros de manera cotidiana produciéndose las primeras lesiones a los bienes jurídicos que las personas reclamarán a la justicia penal.

Por ello, comprendo que se deben ir debatiendo diversos modelos aplicables, para no caer en el simplismo de utilizar siempre la responsabilidad penal por el producto y así castigar al fabricante, pues ello sería contraproducente, dado que nadie desearía crear IA disruptivas por miedo a ser responsable.

Se debe plantear un modelo justo en el cual aquellos que realizan esta tecnología busquen siempre progresar sabiendo cuáles son sus límites de acción, hasta dónde se encuentra el riesgo permitido, y cuando es sobrepasado.

También se debe plantear claramente cuando una IA, por sí sola, será responsable de sus acciones y, como se explicó en el apartado del castigo, que tipo de pena se puede imponer acorde a la infracción que este software inteligente ha cometido.

No se puede poner en duda que la IA ha crecido exponencialmente en los últimos años y ha llegado al mundo para quedarse.

Es por ello que entiendo que las ideas que propongo en este artículo deben ser debatidas y cuestionadas con el fin de que, al momento de encontrarnos ante una IA fuerte y una acción lesiva, el derecho penal ya tenga una respuesta para saber cómo responder y no que, recién allí comience el debate.

Violencia de género cometida mediante el uso de las tecnologías de la información y la comunicación

Sofía Andrea Curatolo (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Desarrollo.— III. Conclusión.

I. Introducción

El presente artículo tiene por objeto analizar la actual problemática de la violencia de género que se realiza mediante la modalidad digital en el ámbito doméstico, es decir, en aquel donde existe algún tipo de relación vincular entre el sujeto activo y el sujeto pasivo.

El veloz avance de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC) dio lugar a diferentes y nuevas manifestaciones de la violencia de género, afectando la privacidad y seguridad de las mujeres dentro y fuera del ciberespacio (1), reproduciendo las históricas desigualdades y relaciones de poder entre hombres y mujeres. Tal es así que por ejemplo en la ley de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales no se encuentra previsto en el inc. 5 como tipo de violencia contra la mujer aquella que se realiza digital o telemáticamente (2). Asi-

mismo, un proyecto de ley presentado en el año 2021 en la Cámara de Diputados tiene como finalidad la modificación de dicha ley a los fines de actualizar e incluir la nueva problemática que fue surgiendo con el devenir de los años y no estuvo prevista al momento de su sanción.

Corresponde señalar que algunas de las conductas delictivas que sufren las mujeres y el colectivo LBGTQI son: la intrusión a sus cuentas personales en distintas plataformas (hackeo), la difusión no consentida de material íntimo, extorsión o amenazas de difusión de material de desnudez, el acoso digital, los discursos de odio de género, la suplantación de identidad, entre otras. En el presente nos abocaremos al acceso ilegítimo a un sistema informático y a la suplantación de identidad digital.

II. Desarrollo

II.1. Violencia de género

En primer lugar, es necesario poner de relieve que el término “género” hace alusión a los roles, funciones, valoraciones, comportamientos y características que fueron impuestas a cada género a través de los procesos de socialización, y que, a su vez, fueron y son mantenidos y reforzados por la ideología y todas las instituciones patriarcales.

que afecten la dignidad o intimidación de las mujeres, entre otras conductas, las cuales terminan vulnerando los derechos de las usuarias pero no únicamente los digitales sino todo otro derecho tutelado por la normativa vigente, valiéndose de este medio cibernético.

(*) Abogada, Diploma de Honor de la Universidad de Buenos Aires, Escolta de la Bandera Nacional en la jura. Especializándose en Derecho Penal en la Facultad de Derecho, UBA. Cumpliendo funciones en Poder Judicial de la Nación.

(1) Es aquel ámbito de información que se encuentra dentro de los computadores y redes digitales en el mundo; es el espacio virtual en donde se realizan las comunicaciones de internet. Se construye mediante intercambios de información y constituye el medio que posibilita la comunicación de esta información.

(2) Es la acción ejercida con la asistencia o a través del uso de las TIC por medio de la cual se difunden o publican mensajes, fotografías, audios, videos u otros

Sin embargo, este concepto no es universal, ya que se concretiza en cada sociedad conforme su contexto temporal, espacial, económico y político, es decir, de la realidad en que cada una de ellas está transitando. Se encuentra constantemente redefiniéndose a través de las teorías de género feministas.

Ahora bien, una vez explicado el concepto de género podemos adentrarnos en preguntarnos cómo es que surge la violencia con motivos de género. Para ello, tenemos que decir que tiene su origen en estereotipos y prejuicios acerca de los atributos y las características que poseen hombres y mujeres y en expectativas de las funciones sociales que ambos supuestamente deben desempeñar (por ejemplo, que las mujeres sean las únicas encargadas de las labores domésticas, tanto del cuidado de los hijos, su educación, entre otras tareas). Estos patrones socioculturales colocan a las mujeres en una posición inferior o subordinada respecto de los hombres y propician su discriminación, elementos que son los principales impulsores de la violencia dirigida hacia ellas (3).

¿Cuál es la razón por la cual existe una situación de subordinación por parte de las mujeres hacia los hombres? Sencillamente, porque, como señala Gerda Lerner en su libro "La creación del patriarcado" desde hace cinco o seis mil años los hombres tomaron el poder y se erigieron en el modelo de lo humano. Desde allí que la diferencia sexual ha significado desigualdad legal en perjuicio de las mujeres, y posteriormente han ejercido y continúan ejerciendo violencia contra la mitad de la población mundial.

El sistema patriarcal establece cuál es el rol de la mujer y ejerce un control social formal e informal sobre ella, todo el tiempo. Estos roles son internalizados en primer lugar, a través de la familia y la educación, y luego reforzados continuamente en el ámbito laboral y académico superior. Los medios masivos de comunicación se encargan fehacientemente de reforzarlo a través de la emisión de constantes mensajes

(3) OEA. La violencia de género en línea contra las mujeres y niñas. Obtenido de: <https://www.oas.org/es/sms/cicte/docs/Guia-conceptos-basicos-La-violencia-de-genero-en-linea-contra-las-mujeres-y-ninas.pdf> consultado el 30/03/2022.

que responden al modelo social dicotómico de mujer-hombre (no hay lugar para la persona que se considera no binaria), dominante-dominada. El motivo detrás de los medios de comunicación es simplemente económico, mantener el *statu quo*.

Ahora bien si existen roles predeterminados, hay también mujeres que no los cumplen y salen de ellos. Aquí es donde entra en consideración el concepto de "desviación". Uno de los principales roles, y también el más importante, es el sexual. Existe un disciplinamiento social que le otorga a la mujer el papel de madre antes que su vida sexual. Cuando decide no ser madre, se encuentra "incumpliendo" el rol asignado por el patriarcado y es considerada una desviada. De aquí surgen los conceptos de bruja, mala madre, mala esposa, desobediente, histérica, loca.

Así como mencionamos anteriormente, que los medios de comunicación reproducen el contenido del mensaje machista, existe también un discurso jurídico androcéntrico y sexista que se replica en los tribunales, reafirmando estereotipos y muchas veces produciendo revictimización.

En consonancia con ello, señala Zaffaroni que: "el poder punitivo lo asegura, al vigilar a los controladores para que no dejen de ejercer su rol dominante. Por otro, si se perdiese ese rol dominante, se derrumbaría la jerarquización misma porque las mujeres volverían a interrumpir la transmisión cultural que legitima el poder punitivo y el saber señorial que se logró con el primer ejercicio del poder punitivo en los siglos de su configuración originaria" (4).

Por lo expuesto anteriormente, se puede evidenciar que producto del sistema patriarcal, la violencia que se ejerce contra las mujeres y contra el colectivo LGBTIQI no puede ser interpretado como una serie de hechos aislados o individuales. Como señalan Fellini y Deganut "pertenece a un conjunto de estructuras y re-

(4) ZAFFARONI, E. R., "El discurso feminista y el poder punitivo en Las trampas del poder punitivo", Biblos, Buenos Aires, 2000, p. 329. Obtenido de: <https://biblio.dpp.cl/datafiles/14202.pdf> Consultado el 11/04/2022.

laciones injustas de poder cuya forma es la violencia” (5).

Así como mencionamos que el primer ámbito de reproducción del discurso es en la familia, también la violencia se produce en el ámbito doméstico. Este puede abarcar tanto a las mujeres como a los hijos o niños, pero aquí nos enfocamos en la situación de las mujeres que conviven o mantienen un vínculo en el mismo espacio físico con una pareja hombre. Así, señala Di Corleto que: “la violencia contra las mujeres en el ámbito intrafamiliar constituye una de las manifestaciones más evidentes de la desigualdad entre los géneros y debe ser concebida como una forma de control que incluye violencia física, sexual o psicológica” (6).

Los hombres establecieron a través del sistema patriarcal los roles que deben cumplir las mujeres, y una forma de hacer eso es a través de la violencia, generando temor, culpa, vergüenza. La violencia tiene la capacidad de limitar seriamente la libertad de las mujeres y mantenerlas en una posición de sometimiento y opresión, que coarta las posibilidades de autodeterminación (7). Además, no debe menospreciarse el carácter instrumental de la violencia para garantizar la sumisión.

Con relación a cómo se encuentra legislado el concepto de violencia contra las mujeres corresponde señalar tanto la ley como los instrumentos internacionales que detallaremos.

La ley 26.485 (8) en su art. 4° establece que: “Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación des-

igual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes”.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (9), conocida como Convención de Belém do Pará define en su artículo primero que: “Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

Así también, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujeres en su artículo primero dice: “por “violencia contra la mujer” se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”.

Es necesario poner de relieve, que únicamente existe solo a nivel regional una Convención, es decir, un instrumento internacional vinculante que podría generar responsabilidad internacional ante su incumplimiento, toda vez que en el ámbito universal solo se encuentra la Declaración que mencionamos anteriormente y la otra vigente es la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer que no versa específicamente sobre las distintas formas de violencia contra la mujer.

Asimismo, retomando lo anterior, con el poder que tienen los hombres ejercen un control también sobre nuestros cuerpos, sobre nuestra libertad, que como veremos a continuación ello también se manifiesta en la violencia cometida a través de medios digitales. Lo que queremos señalar es que hasta el momento los diferentes

(5) FELLINI, Z. y MORALES DEGANUT, C., “Violencia contra las mujeres”, Hammurabi, Buenos Aires, 2021, p. 61.

(6) DI CORLETO, J., “Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas”, 2006. Obtenido de: <http://escuelajudicial.justiciacordoba.gob.ar/wp-content/uploads/Julietta-Di-Corleto.pdf> Consultado el 2/04/2022.

(7) FELLINI, Z. y MORALES DEGANUT, C., “Violencia contra las mujeres”, ob. cit., p. 61.

(8) Fue sancionada el 11 de marzo de 2009 y promulgada el 1 de abril del mismo año.

(9) Fue suscripta el 9 de junio de 1994, aprobada por la ley 24.632 cuya sanción fue el 13 de marzo de 1996 y la promulgación el 1 de abril de 1996.

tipos de violencia que han sido comúnmente aceptados a nivel jurídico son la física, sexual, psicológica, económica y patrimonial, simbólica, laboral y obstétrica, pero la digital todavía no.

II.2. Violencia de género digital

En consonancia con lo desarrollado previamente, la violencia de género tiene su origen en la relación desigual de poder que deviene del sistema patriarcal y que está presente en todos los ámbitos de nuestra vida: en la educación, en la economía, en la política, la sexualidad, el trabajo. Que, asimismo, es replicada por los medios masivos de comunicación y por el Poder Judicial. La violencia digital es tan solo una arista más de esta desigualdad estructural.

Zerda nos pone de relieve que en el espacio virtual se reproducen las mismas lógicas machistas que en el resto de los ámbitos de la sociedad. El ámbito digital pasa a configurar un lugar más donde se reafirman los estereotipos y los roles sociales de las mujeres. Asimismo, señala que: "incluso en cuanto al acceso a este mundo virtual, ya que la brecha existente, es decir, el menor acceso por parte de las mujeres a las tecnologías en comparación con los varones también es una arista que demuestra similitud con la incorporación de las mujeres a diferentes planos económicos o políticos en el mundo analógico" (10).

Se produce una nueva problemática. Si bien la violencia de género existió desde el inicio del sistema patriarcal y en diferentes ámbitos, a nivel legislativo no se encuentra reglamentada. Por lo cual, la violencia ejercida por medios digitales, no se encuentra contemplada en la ley 26.485, y sin duda constituye una vulneración de bienes jurídicos de las mujeres y del colectivo LGBTQI.

La ley de Protección Integral de las Mujeres contempla en su artículo quinto la violencia física, psicológica, sexual, económica y patrimonial y la simbólica. Debemos tener en consideración que aquella fue sancionada en el año 2009. En el año 2003 se creó Myspace, en el 2004 se creó Fa-

cebook, en el año 2006 Twitter, y recién en el año 2010 se creó Instagram. Es decir, esta última red social en la que el contenido son las fotos y videos principalmente, más allá de la posibilidad de poder realizar comentarios, poner me gusta, y comunicarse vía chat, fue creada un año después de la sanción de esta ley. Las diferentes situaciones delictivas no se dan al inicio tampoco del surgimiento de las redes, con el correr de los años empezaron a surgir.

Por otro lado, en el año 2015, la Asociación para el Progreso de las Comunicaciones (11) (APC), definió la violencia en línea contra las mujeres como los actos de violencia por razones de género que son cometidos, instigados o agravados, en parte o en su totalidad, por el uso de tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), como teléfonos móviles, internet, plataformas de redes sociales y correo electrónico (12).

La violencia de género digital es una forma de violencia que se perpetúa en ese entorno, valiéndose de herramientas tecnológicas, y se ejerce a través de acciones directas o indirectas, de ámbito privado o público, basadas en una relación desigual de poder del género masculino sobre el femenino (13).

Aquellas acciones directas privadas de violencia digital se ejercen cuando el sujeto activo lleva a cabo la acción lesiva inmediatamente sobre el sujeto pasivo, en este caso las mujeres, y su realización puede ser acosando virtualmente, suplantando su identidad, extorsionándolas con la difusión de material íntimo o difundiendo ese material o sus datos personales, accediendo ilegítimamente a sus redes sociales o correos electrónicos.

(11) Es una red internacional de organizaciones de la sociedad civil fundada en el año 1990 para proporcionar infraestructura de comunicaciones, incluyendo aplicaciones de internet, a grupos e individuos que trabajan por la paz, los derechos humanos, la protección del ambiente y la sustentabilidad.

(12) OEA. La violencia de género en línea contra las mujeres y niñas. ob. cit.

(13) ZERDA, M. F., "Violencia de género digital", ob. cit., p. 23.

(10) ZERDA, M. F., "Violencia de género digital", Hamurabi, Buenos Aires, 2021, p. 26.

La violencia en línea contra la mujer puede manifestarse de diferentes maneras, ya sea el acceso ilegítimo, la utilización, la manipulación, la difusión o el intercambio de datos, información y/o contenidos, fotografías o vídeos privados no consentidos, incluidas imágenes con contenido sexual, audios y/o videos, y hasta imágenes editadas con Photoshop (14).

Como hicimos hincapié, existe un vacío legal en este nuevo tipo de violencia contra las mujeres que es la violencia digital. Este tipo de violencia es utilizada abusivamente a través de las redes sociales, sitios web, chats, mediante la publicación por el hombre de fotos o videos íntimos de contenido sexual muchas veces a través de perfiles falsos creados para tal fin. Este accionar no tiene otro fin más que humillar, denigrar y desprestigiar a la mujer (15).

La violencia de género digital contra la mujer es aplicable a todo acto cometido, con la asistencia, en parte o en su totalidad, del uso de las TIC, o agravado por este, como los teléfonos móviles, Internet, plataformas de medios sociales o correo electrónico, dirigida contra una mujer únicamente basado en una cuestión de género (16).

Es necesario poner de relieve que la violencia de género llevada a cabo a través de medios digitales vulnera los derechos humanos de las mujeres, y del colectivo LGBTQI. Por tal razón, es que resulta de fundamental importancia la intervención estatal no solo desde el ámbito penal, ya que aquello implicaría un enfoque meramente punitivista que no aborda el fondo de la cuestión, más bien desde el plano economi-

co que es principalmente lo que genera dependencia y situación de subordinación de la mujer ante un hombre.

En el año 2015, el Consejo de Derechos Humanos, en su res. 29/2014, reconoció que la violencia doméstica podía incluir actos como el ciberacoso o el hostigamiento criminal a través de Internet, lo cual reforzaba el marco de la violencia en línea por razón de género como parte de las formas de violencia contra la mujer, y que recaía en los Estados la responsabilidad primordial de proteger y promover los derechos humanos de las mujeres y las niñas expuestas a actos de violencia, incluida la violencia doméstica (17).

Por lo general, la violencia contra la mujer se suele producir en el ámbito doméstico y si bien puede ser económica y psicológica o meramente sexual, en muchos casos, actualmente, la cuestión digital está tornando mayor importancia y volumen en causas. Lo que ello requiere una respuesta estatal inmediata, ya que por ejemplo una vez difundido contenido sexual sin consentimiento, es difícil el borrado en internet y tiene alcance a miles de personas. La prevención es fundamental, como así también la concientización respecto de estos actos abusivos.

Si bien estos delitos suelen cometerse en el ámbito privado, el principal espacio es el doméstico, que es concebido como el lugar en el que ocurre la violencia que se produce al interior de la familia. El concepto de violencia intrafamiliar hace referencia al ámbito de relaciones en que se da, es decir, entre conocidas, personas unidas por lazos de consanguinidad o convivencia (18).

Por ello, coincidimos con Larrandart que la regulación de la violencia doméstica, de la cual muchas veces es víctima la mujer, debe efectuarse, preferentemente, fuera del derecho penal. Como ha informado Naciones Unidas, la

(14) ONU, Consejo de Derechos Humanos. (Junio, 2018). Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias acerca de la violencia en línea contra las mujeres y las niñas desde la perspectiva de los derechos humanos. Obtenido de: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/184/61/PDF/G1818461.pdf?OpenElement> consultado el 30/03/2022.

(15) BENTIVEGNA, S. A., "Delitos vinculados a la violencia de género", Hammurabi, Buenos Aires, 2019, p. 37.

(16) ONU, Consejo de Derechos Humanos. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias acerca de la violencia en línea contra las mujeres y las niñas desde la perspectiva de los derechos humanos, ob. cit.

(17) ONU, Consejo de Derechos Humanos. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias acerca de la violencia en línea contra las mujeres y las niñas desde la perspectiva de los derechos humanos, ob. cit.

(18) LARRANDART, L. E., "Derecho penal y perspectiva de género", Hammurabi, Buenos Aires, 2022, p. 93.

entidad del delito y la gravedad del daño en el caso de violencia doméstica, lejos de obedecer a patrones naturales o universales, dependen estrechamente de la evolución histórico-social de las relaciones hombre-mujer (19). Dentro de la violencia doméstica se encuentra a veces la digital, y también genera consecuencias en el resto de la familia, no solo en el sujeto pasivo.

II.3. Suplantación de identidad digital y acceso ilegítimo a un sistema informático

El Convenio de Budapest creado en el año 2001 con la posterior adhesión de Argentina en diciembre del 2017 establece que son delitos informáticos “los actos dirigidos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los sistemas informáticos, redes y datos informáticos, así como el abuso de dichos sistemas redes y datos” (20).

Ahora bien, adentrándonos la identidad digital es entendida como el conjunto de rasgos y características particulares que una persona expresa a través de Internet; la forma en que las personas se registran e identifican principalmente en redes sociales. Asimismo, podría decirse que la identidad digital es la versión en línea de la identidad física de una persona, aunque no necesariamente pueden tener correlato. En definitiva, es la identidad personal de cada persona, es dinámica y está conformada por aspectos social, económico, político y moral.

Con respecto a la suplantación de identidad digital, es dable mencionar que, si bien puede darse en un contexto delictivo sin involucrar a una mujer, en este caso abordamos cuando tiene como sujeto pasivo a una mujer por su condición de tal, es decir, únicamente por una cuestión de género.

Asimismo, esto no quita que existan casos de suplantación de identidad realizada con el fin de cometer otro tipo de ilícitos ya sean estafas o robos. La suplantación de identidad digital es el término que se utiliza para circunscribir la acción de quienes se hacen pasar por otra per-

sona, creando un perfil falso en las redes sociales o en la web, o bien utilizando la imagen y/o los datos personales de otra persona para crearse una identidad digital, con la finalidad de causar un perjuicio a terceros y/o cometer un ilícito. En primer lugar, la suplantación de identidad vulnera el derecho a la imagen de la persona suplantada, independientemente de si se haya cometido un ilícito posterior o no. El mero hecho de la creación de un perfil falso bajo el nombre y apellido de otra persona ya es una afectación en sí misma hacia su imagen.

Además, es frecuente que, en casos de violencia digital a través de la identidad suplantada, el agresor cree vínculos con personas que no saben que están siendo engañadas. Que no tienen forma de corroborar fácilmente que no es quien dice ser la persona que está detrás del perfil apócrifo.

En nuestro Código Penal la suplantación de identidad digital no se encuentra tipificado, por lo tanto, no es delito. Entendemos que si bien existen varias propuestas para que se legisle e introduzca en el Código la penalización a quien se apodere de la identidad de una persona sin su consentimiento usando tecnologías de la información, es necesario que se le dé prioridad a la tipificación de estas situaciones que a medida que continúe avanzando la tecnología y la inteligencia artificial, las mujeres damnificadas pueden ir en aumento.

En el Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires se encuentra tipificada la conducta de suplantación de identidad digital en el art. 71 *quinquies* de la siguiente manera: “Quien utiliza la imagen y/o datos filiatorios de una persona o crea una identidad falsa con la imagen y/o datos filiatorios de una persona mediante la utilización de cualquier tipo de comunicación electrónica, transmisión de datos, página web y/o cualquier otro medio y se haya realizado sin mediar consentimiento de la víctima, siempre que el hecho no constituya delito, es sancionado con una multa de ciento sesenta [160] a cuatrocientas [400] unidades fijas o uno [1] a cinco [5] días de trabajo de utilidad pública o de uno [1] a cinco [5] días de arresto. Las sanciones se elevan al doble cuando:

(19) LARRANDART, L. E., “Derecho penal y perspectiva de género”, ob. cit., p. 103.

(20) Obtenido de: https://www.oas.org/juridico/english/cyb_pry_convenio.pdf Consultado el 11/04/2022.

a. La conducta sea realizada con la finalidad de realizar un banco de datos con la información obtenida. b. La víctima fuera menor de dieciocho [18] años, mayor de 70 años, o con discapacidad. c. La contravención sea cometida por el/la cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediar o no convivencia. d. La contravención sea cometida por un familiar de hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad. e. La contravención sea cometida con el objeto de realizar una oferta de servicios sexuales a través de cualquier medio de comunicación. El consentimiento de la víctima, siendo menor de 18 años, no será considerado válido. Acción dependiente de instancia privada con excepción de los casos donde la víctima fuere menor de 18 años de edad. No configura suplantación de identidad el ejercicio del derecho a la libertad de expresión” (21).

Es menester resaltar que en el inc. c) del artículo señalado se encuentra contemplado como agravante de la conducta de suplantar la identidad digitalmente de otra persona, el supuesto en el cual lo realiza el cónyuge o la persona con la cual la sujeto pasivo ha mantenido una relación previa. Si bien, se hace relación a ambos géneros, la cuestión de violencia de género podría configurarse en aquella sin problemas.

De una forma similar, en el Código de Faltas de la provincia de Chaco se encuentra regulada la suplantación digital de la identidad de la siguiente manera: “Será sancionado con arresto de hasta quince [15] días o multa equivalente en efectivo de hasta cinco [5] remuneraciones mensuales, mínimas, vitales y móviles, el que sin consentimiento, adquiriere, tuviere en posesión, transfiriere, creare o utilizare la identidad de una persona física o jurídica que no le pertenezca, a través de cualquier medio de comunicación o transferencia de datos, con la intención de dañar, extorsionar, defraudar, injuriar o amenazar a otra persona u obtener beneficio para sí o para terceros, siempre que el hecho no constituya delito. Las sanciones se elevan hasta treinta [30] días de arresto o multa equivalente en efectivo de hasta diez [10] remuneraciones mensuales, mínimas, vitales y móviles, cuando:

a) La víctima fuere menor de trece [13] años, mayor de setenta [70] años o tuviere algún tipo de discapacidad. b) La contravención sea cometida por el cónyuge, ex cónyuge o la persona con quien mantuviere o hubiere mantenido una relación de pareja, mediar o no convivencia. c) La contravención fuere cometida por un familiar de hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad. d) La contravención fuere cometida con el objeto de realizar una oferta de servicios sexuales a través de cualquier medio de comunicación” (22).

Aquí, si bien se encuentra regulado en el Código de Faltas y no como Contravención, también en su inc. b) establece el supuesto de la comisión por parte del sujeto activo que es cónyuge o pareja, hubiera mediado convivencia o no. Al igual que el de CABA, con una ligera modificación en cuanto a la sanción se encuentra regulado de forma adecuada.

Pues bien, la aplicación de los artículos mencionados anteriormente son únicamente respecto de hechos cometidos en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de Chaco. Eso quiere decir que aquellas provincias que no tienen legislado en sus códigos de contravenciones o de faltas esta situación fáctica que se viene dando en aumento, queda atípica, y por lo tanto no tiene sanción. Además, al no encontrarse regulada, tampoco se producen campañas de prevención o de concientización para que las posibles víctimas puedan estar alertas y accionar en el caso de se vulnera su bien jurídico. Por lo tanto, es fundamental una modificación al Código Penal que contemple este supuesto, para que en todo el territorio nacional haya protección jurídica ante los supuestos de suplantación de identidad digital.

Cabe señalar al respecto, que en Costa Rica mediante la ley 9135 del 24 de abril de 2013 modificaron el Código Penal y en el art. 230 se encuentra regulada la suplantación de identidad digital de la siguiente manera: “Será sancionado con pena de prisión de uno a tres años quien suplante la identidad de una persona física, jurídica o de una marca comercial en cualquiera

(21) Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires.

(22) Código de Faltas de la provincia de Chaco.

red social, sitio de Internet, medio electrónico o tecnológico de información” (23).

Nos parece dable remarcar que no hacen solo referencia a una persona física sino también jurídica, y marca comercial lo cual en un contexto de violencia de género, que muchas veces también está presente la violencia económica podría darse la situación de la suplantación digital de la marca o emprendimiento que lleva a cabo una mujer a los fines de perjudicarla, y es necesario que ello tenga regulación.

Por otro lado, dentro del título de delitos contra la libertad, Capítulo III, violación de secretos y privacidad, de nuestro Código Penal se encuentra el art. 153 *bis* el cual establece en su primer párr.: “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” (24).

De conformidad con lo normado por el art. 73, inc. 2º del Código Penal de la Nación, se advierte que son delitos de acción privada los de violación de secretos salvo los casos de los arts. 154 y 157. Por lo tanto, el acceso ilegítimo se configura como delito de acción privada, lo que conlleva que únicamente el o la querellante particular puede conducir el proceso como acusador y acusadora, resultando el Ministerio Público Fiscal ajeno al mismo. Es decir que el Estado no tiene interés en perseguir estos delitos.

El problema que se suscita es cuando una mujer es víctima de un acceso ilegítimo en alguna de sus redes sociales o correo electrónico, en el marco de un contexto de hechos de violencia de género, con su pareja, conviviente o con quien tiene algún vínculo, o familiar, ya que muchas veces, no es el único bien jurídico que ha sido vulnerado o puesto en peligro, sino también su integridad física o sexual. Puede darse primero un acceso ilegítimo a alguna de sus redes sociales, y también al mismo tiempo una suplantación de identidad digital.

(23) Código Penal de Costa Rica.

(24) Código Penal de la Nación.

En definitiva, lo que siempre se vulnera es la identidad digital, la privacidad e intimidad de la sujeto pasivo, ya que independientemente de si se cometen otros delitos posteriores, el mero ingreso ilegítimo a una red social ya genera de por sí una vulneración a la privacidad.

Asimismo, consideramos que si bien se debe realizar una modificación al Código Penal de la Nación e incorporar el delito de suplantación de identidad digital, el mismo debe ser de acción privada. Ahora bien, debe formularse un inciso que contemple la violencia de género, lo mismo proponemos para el delito de acceso ilegítimo a un sistema informático. Ambos incisos por ser específicamente de violencia contra la mujer tienen que ser delitos de acción pública dependiente de instancia privada, en virtud de la situación de vulnerabilidad económica en la que se encuentran una gran cantidad de mujeres y el colectivo LGBTQI que son víctimas del accionar de los hombres.

Entendemos que una vez que la mujer realiza la denuncia, el Estado debe tener interés en investigar no solo por las mujeres en sí mismas sino porque ha asumido obligaciones internacionales como la Convención de Belém do Pará ante la cual tiene la obligación de prevenir, investigar y sancionar. En el caso que los delitos sean de acción privada, obligan a la víctima a constituirse en parte querellante y en el caso de no contar con los recursos para hacerlo, los hechos quedan sin investigar.

II.4. Consecuencias de la violencia de género digital

A pesar de ser un fenómeno relativamente nuevo, por lo que se carece de datos exhaustivos, se ha estimado que el 23% de las mujeres manifestaron haber sufrido abuso o acoso en línea al menos una vez en su vida, y que 1 de cada 10 mujeres ha sido víctima de alguna forma de violencia en línea desde los 15 años de edad (25).

(25) Véase Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, "Violencia de género contra las mujeres: una encuesta a escala de la UE. Resumen de las conclusiones" (2014).

La violencia de género en línea provoca un daño psicológico y emocional en las mujeres, niñas y colectivo LGBTQI, refuerzan los prejuicios, los roles y causan perjuicios económicos. Además, en algunos casos, conducen a otras formas de violencia como la sexual y la física. O puede que también se dé al revés, que primero haya violencia física y el agresor sume la digital.

Como por lo general se suele dar en parejas, personas conviviente o con algún vínculo y existe dependencia económica, se crea una relación de dominancia y sumisión a través de una serie de estrategias intimidatorias que privan de libertad a la víctima y afectan su intimidad, privacidad y dignidad.

Si bien planteamos la violencia de género contra la mujer de una forma general, existen diferentes intersecciones como la clase social, el color de piel, el origen, el territorio y la estructura etaria que hacen a algunas mujeres más vulnerables que otras. Por lo tanto, la perspectiva que se adopte debe partir del feminismo interseccional, ya que la categoría de mujer no es unitaria ni abstracta, ni mucho menos solo de la mujer blanca como también plantea el patriarcado, invisibilizando a todas las demás.

III. Conclusión

En primer lugar, en atención al rápido desarrollo de las TIC, es esencial que las diferentes formas de violencia en línea contra las mujeres, niñas y el colectivo LGBTQI se aborden a través de medidas legislativas, como son las modificaciones al Código Penal, pero también con medidas eficaces de prevención e información, a los fines de cumplir con los derechos de las mujeres que se encuentran protegidos también por el marco internacional de derechos humanos en instrumentos que mencionamos anteriormente.

Una cuestión útil como medida también es la capacitación permanente en todas las instancias educativas a los distintos miembros de la familia, ya que eso no solo previene sino que informa y ayuda a detectar situaciones de violencia de género, no solamente digital (26).

Por otro lado, el derecho consolida y reproduce concepciones sociales de naturaleza patriarcal, por lo que no existe neutralidad en sus estructuras, sino que se ponen de manifiesto desigualdades que sustentan la violencia (27). Por lo tanto, si bien consideramos que una reforma de todo el Código Penal con perspectiva de género es necesaria, hay determinados delitos a los cuales debe otorgarse prioridad. En cuanto a las estructuras, es fundamental que quienes accedan a los cargos de juezas y fiscalas sean mujeres y con perspectiva de género, ya que de nada serviría que sean fieles a la reproducción del discurso patriarcal, y provoquen revictimizaciones en las víctimas.

Este discurso patriarcal y machista lo que demuestra es la sociedad estructuralmente desigual de un género respecto de otro en la que vivimos y que actualmente se está manifestando a través de violencia cometida mediante las TIC.

Si bien planteamos la necesidad de penalizar la suplantación de identidad digital como delito estableciendo un inciso específico de circunstancia de comisión que sea de violencia de género e incorporando exactamente el mismo al art. 153 bis CP, consideramos que no debemos quedarnos solo con un enfoque punitivista, sino que el Estado intervenga activamente con otras respuestas tales como la implementación de políticas públicas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres; como también la regulación normativa de las plataformas tecnológicas que pertenecen a empresas proveedoras de servicios en términos de ciberseguridad y uso de la web, en un marco de no afectación al derecho de libre expresión de los usuarios.

Asimismo, es necesario avanzar con la implementación eficaz del patrocinio jurídico gratuito que se encuentra previsto en la ley 27.210, habida cuenta sigue siendo escaso y desarticulado, y no existe información que se encuentre accesible para las mujeres que sufren situaciones de violencia de género que cuentan con la posibilidad de acudir allí.

(26) FELLINI, Z. y MORALES DEGANUT, C., "Violencia contra las mujeres", ob. cit., p. 139.

(27) FELLINI, Z. y MORALES DEGANUT, C., "Violencia contra las mujeres", ob. cit., p. 61.

Por otro lado, si bien la línea de atención 144 resulta útil, no es accesible a todas las mujeres ya que quienes son sordas o poseen otras discapacidades no lo tienen como posibilidad.

También, se debe hacer hincapié en que la violencia de género no es sinónimo de la violencia doméstica, pero la primera suele darse dentro del ámbito de la segunda, pero no es condición necesaria.

Además, como mencionamos al principio, el rol de los medios masivos de comunicación sigue siendo el de afirmar el discurso patriarcal y los roles de las mujeres en la sociedad. Ante lo cual, es necesaria una intervención del Estado para que se realicen campañas masivas que aborden y muestren todas las situaciones de violencia a las que son sometidas las mujeres, informando respecto de la digital. Pero de nada sirve ello, si no se modifica el Código Penal incluyendo el delito, los incisos y que sean delitos de acción pública dependiente de instancia privada. En el caso de los incisos no solo se modificaría la acción sino también que sería una agravante del tipo.

Respecto de la suplantación de identidad digital una forma de tipificación podría ser la siguiente: “Será reprimido con prisión de tres meses a un año el que suplantare o se apoderare de la identidad digital de una persona humana, jurídica, o de una marca comercial en cualquier red social, sitio web, medio electrónico o tecnológico de información sin su consentimiento, a través del uso de su nombre, apellido, foto o imagen o cualquier otra característica que identifique indefectiblemente como tal, utilizando para tal fin las tecnologías de la información y la comunicación, causando un perjuicio a la persona cuya identidad se suplanta y/o terceros. La pena será de prisión de uno a tres años, siempre y cuando no configure un delito más severamente penado, en el siguiente caso: sea cometida por el cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediar o no convivencia en

el marco de hechos de violencia de género”. El mismo inciso sería agregado al art. 153 bis teniendo la misma pena. Asimismo, entendemos que la pena que tiene este artículo que es de prisión de quince días a seis meses es demasiado baja en comparación con el perjuicio que puede ocasionar.

Como corolario, consideramos que es fundamental que se elabore un proyecto de ley que contemple la modificación del Código Penal, en los supuestos que determinamos anteriormente. Asimismo, la agencias del sistema penal como la judicial, la mediática y la policial que replican el discurso y accionar patriarcal es necesario que se tomen medidas de toda índole. Que el acceso a la justicia se encuentre garantizado, algo que en la actualidad no ocurre. Que los pronunciamientos judiciales sean brindados en un tiempo prudencial, y que sea con perspectiva de género para contrarrestar el discurso que impera en la sociedad. Que se sustancien concursos público inmediatamente se produzcan vacantes para cargos de funcionarios públicos a los fines de que participen las mujeres y puedan acceder a los cargos. En los medios masivos de comunicación y también a través de redes sociales se deben realizar campañas que brinden información y que ello sirva para la prevención, detección y que las mujeres se animen a denunciar en el caso de que ya hayan sido vulnerados sus derechos.

Por último, pese a todas las modificaciones, medidas y campañas que se realicen, si las mujeres no pueden modificar su situación económica, de una u otra forma se van a seguir perpetrando los actos de violencia. El Estado tiene que intervenir, prioritariamente y de forma urgente, para que tengan acceso a trabajos con pagos equitativos a los de los hombres y puedan sustentarse solas; sin independencia económica, no va a haber una solución real al problema de fondo. Por eso creemos en la lucha feminista, para que exista ampliación de derechos, justicia social e independencia económica.

El Ministerio Público de la Defensa y Pupilar de Mendoza: ubicación institucional y comparación con las restantes provincias y la Nación

Pedro Sebastián Costa (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Noción de Ministerio Público.— III. Organización del Ministerio Público de la Nación.— IV. Ubicación institucional en el derecho público provincial comparado.— V. Ministerio Público de la Defensa y Pupilar en la Provincia de Mendoza.— VI. Conclusiones.

I. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto presentar un análisis sucinto de la organización actual del Ministerio Público de la Defensa y Pupilar en la provincia de Mendoza y en último proyecto de reforma constitucional, así como su comparación con la estructura vigente a nivel federal y en el resto de las provincias argentinas.

II. Noción de Ministerio Público

Previo a iniciar el estudio de la dependencia examinada, resulta oportuno realizar una somera referencia a la noción de Ministerio Público y a su evolución institucional.

Puede definirse al Ministerio Público como “la institución estatal con competencia asignada por diversas leyes, cuyo ejercicio lo convierte en *una posible parte procesal* que se torna necesaria —cuya actuación puede ser principal o promiscua— en todos los litigios de naturaleza penal y en gran parte de los no penales” (1).

(*) Abogado, UNCuyo (2015). Docente adscripto Derecho Civil Parte General UNCuyo. Asesor de Menores e Incapaces sustituto, General Alvear, Mendoza.

(1) ALVARADO VELLOSO, A., “Lecciones de derecho procesal”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2018, 1ª ed., p. 329.

Vanossi (2) señala que “el Ministerio Público es fundamental y radicalmente un órgano del Estado a quien compete la guarda del principio de legalidad. Ello se advierte claramente al reparar en su cometido de defensa del orden público, cuando actúa en el proceso velando por la recta aplicación de las normas jurídicas indisponibles para los justiciables” (3).

En relación a la misión del Ministerio Público, la Corte Suprema ha dicho que la misma no solo estriba “en promover con la mayor eficacia la persecución y castigo de los delitos, y demás intereses de la causa pública, sino también en defender la justicia, y prestar su apoyo a la inocencia” (4).

III. Organización del Ministerio Público de la Nación

En la órbita nacional, el Ministerio Público se encontró bajo la égida del Poder Ejecutivo hasta que tuvo lugar la última reforma constitucional.

(2) VANOSSO, J. R., “Teoría Constitucional”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975, vol. 2, 1ª ed., ps. 46 y ss.

(3) SEISDEDOS, F., “Algunas reflexiones acerca de la independencia del Ministerio Público”, IDEARIUM, Issue 10/12, 2016, p. 2.

(4) VANOSSO, J. R., ob. cit., ps. 167-168.

Sin embargo, con carácter previo a dicha encomienda le fue reconocida su autonomía por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Lampeter c. Baldo" (5). En dicho precedente se sostuvo que "Para procurar una recta administración de justicia es indispensable preservar el ejercicio de las funciones que la ley encomienda al Ministerio Público, a fin de custodiar el orden público y la defensa del orden jurídico en su integridad", agregándose que "El representante del Ministerio Público goza para la determinación de los alcances y modalidades del dictamen requerido de una plena independencia funcional respecto del tribunal ante el que actúa".

Finalmente, en 1994 se incorpora dicha institución en el art. 120 de la Carta Magna (6), conforme al siguiente texto: "El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca (...)".

Diversas han sido las interpretaciones doctrinarias respecto al rango o estatus asignado al Ministerio Público luego de la referida modificación constitucional. Es posible señalar, al menos, tres posturas al respecto, entre quienes lo categorizan como un órgano extra poder, un "acople", o un verdadero poder del estado —el cuarto poder—, como sostiene Bidart Campos (7).

La postura del "órgano extra poder" se fundamenta en la expresión utilizada por la ley 24.309 (art. 3, inc. g) que enunció los temas habilitados para ser tratados por la última Convención Nacional Constituyente.

(5) CSJN, "Lampeter, Juan Ernesto vs. Baldo, Juan José y Sánchez, Herminda Norma s/daños y perjuicios", Buenos Aires, 06/10/1992, Fallos 315:2255.

(6) GIUFFRÉ, C., "El ministerio público en la república Argentina" [En línea] Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar>

(7) VANOSSI, J. R., "Hay que comprender qué es y para qué vale el "Ministerio Público", LA LEY, 2016, ps. 1-9.

Por su parte, quienes lo ubican como un cuarto poder, entre ellos Vanossi (8), se basan en la metodología elegida por el Constituyente al ubicar el Ministerio público en la Sección Cuarta del Libro Segundo —denominada Parte Orgánica—, a continuación de los tres clásicos poderes públicos (legislativo, ejecutivo y judicial).

La reglamentación del art. 120 de la CN vino de la mano de la ley 24.946 (9), la que regula al Ministerio Público como un órgano bicéfalo —encabezado por el Procurador y el Defensor General— y aborda en su texto los aspectos operativos de ambos ministerios.

En 2015, el Congreso nacional desdobló tal regulación al sancionar las leyes 27.148 (10) y 27.149 (11), dedicadas al Ministerio Fiscal y al de la Defensa, respectivamente. Es decir, que se comenzó a regular separadamente a cada órgano a través de sendas leyes orgánicas (12).

Como afirma Giuffré (13), resulta conveniente dicha técnica legislativa, pues el Ministerio Fiscal y el de la Defensa son organismos que poseen distintos objetivos institucionales y, por esta misma razón, funciones específicas.

Con ese mismo fundamento es válido realizar una crítica a la redacción del art. 120 de la CN en el sentido de que las funciones allí enumeradas se vinculan casi exclusivamente con la rama fiscal del Ministerio Público, al hacer foco en el control de legalidad y en la defensa de los intereses generales de la sociedad sin reparar en la facilitación del acceso a la justicia de las personas carentes de recursos económicos o en condiciones de desigualdad estructural (14).

(8) VANOSSI, ob. cit., p. 3.

(9) Ley 24.946, sancionada el 11/03/1998 y promulgada parcialmente el 18/03/1998.

(10) Ley 27.148, sancionada el 10/06/2015 y promulgada el 17/06/2015.

(11) Ley 27.149, sancionada el 10/06/2015 y promulgada el 17/06/2015.

(12) GIUFFRÉ, C., ob. cit., p. 12.

(13) GIUFFRÉ, C., ob. cit., p. 6.

(14) SABA, R. "Desigualdad estructural y acciones afirmativas en la Reforma Constitucional de 1994", LA LEY, 2019. Dicho autor, con el término desigualdad estructural, hace referencia a un grupo de individuos que

IV. Ubicación institucional en el derecho público provincial comparado

En el derecho público provincial argentino la regla es la de ubicar al Ministerio Público dentro del Poder Judicial (15).

A su vez, dentro de tal tendencia, puede trazarse una distinción entre las provincias en las que la Defensa Pública comparte la misma estructura que los órganos acusadores, y aquellas jurisdicciones en las que goza de autonomía respecto de la Procuración o Fiscalía general.

Entre las primeras, se encuentran las provincias de Río Negro (ley 4199/2010), La Pampa (ley 2574/2010), San Juan (ley 633-E/2014), provincia de Buenos Aires (ley 14.442/2013), Catamarca (dec.-ley 2337/1970), Corrientes (dec.-ley 21/2000), Misiones (dec.-ley 1550/1982), Formosa (ley 521) y San Luis (ley IV 0086/2004).

Por su lado, entre las provincias en las que la función de la defensa oficial cuenta con autonomía dentro del poder judicial pueden mencionarse a Tierra del Fuego (ley 110/1993, modificada por ley 831/2010), Santa Cruz (ley 1600, modificada por ley 2404/1995), Chubut (ley 139/2012), Neuquén (ley 2892/2013), Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ley 1903/2005), Córdoba (ley 7982/1990), Santa Fe (ley 13.014/2009), Entre Ríos (ley 9544/2004), La Rioja (ley 5825 y art. 146 Const. provincial), Chaco (ley 7321/2016), Santiago del Estero (ley 6924/2008), Jujuy (leyes 5896 y 5903/2016) y Tucumán (ley 8993, modificada por ley 8992/2017).

La única excepción se encuentra en la Constitución de Salta que consagra al Ministerio Público como un órgano extra-poder (16).

En efecto, la Constitución salteña estipula en su art. 164 que “El Ministerio Público es ejerci-

_____ sistemática e históricamente han sufrido un trato excluyente. Entre ellos podemos mencionar a los niños, niñas y a las personas con padecimientos de salud mental que son destinatarios directos del accionar del Ministerio Público por imperativo legal y por mandato constitucional (cfr. art. 75 inc. 23, CN).

(15) GIUFFRÉ, C., ob. cit., p. 8.

(16) GIUFFRÉ, C., ob. cit., p. 19.

do por un Procurador General, un Defensor General y un Asesor General de Incapaces quienes tendrán a su cargo la superintendencia y las potestades administrativas y económicas del mismo en forma conjunta”, agregando en el art. 167 que “En el ejercicio de sus funciones el Ministerio Público es autónomo e independiente de los demás órganos del Poder Público”.

Asimismo, corresponde subrayar que Salta y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires son las únicas jurisdicciones en las que el Ministerio Público se desdobra en tres instituciones autónomas: defensa técnica a cargo del Ministerio Público de la Defensa; representación complementaria de niños e incapaces a cargo del Ministerio Público Pupilar (17) o Tutelar (18) y la función de acusación y control de legalidad a cargo del Ministerio Público Fiscal.

V. Ministerio Público de la Defensa y Pupilar en la Provincia de Mendoza

V.1. Breve reseña histórica

La Constitución de la provincia de Mendoza, sancionada en 1916, no regula en forma orgánica la actuación del Ministerio Público.

En efecto, solo se menciona al Procurador general al determinar la integración de la Suprema Corte de Justicia (art. 143); aludiéndose al ministerio público y a sus representantes en ocasión de regular la designación de magistrados (arts. 150, 153 y 155) y su responsabilidad ante el Jury de Enjuiciamiento (arts. 164 y 165).

Por su parte, la ley 552 Orgánica de Tribunales (19) contempla, si bien de modo asistemático, la actuación de los diversos representantes del ministerio público (agentes fiscales, defensores de pobres y ausentes, asesores de menores, etc.).

Recién en 2008 se sanciona la ley 8008 Orgánica del Ministerio Público (20), que se ocupó de

(17) Es la denominación utilizada en la provincia de Salta.

(18) Denominación empleada en la CABA.

(19) Ley 552, publicada en el BO el 05/12/1910.

(20) Ley 8008, publicada en el BO 27/02/2009.

regular tanto la actuación de su rama acusadora como defensiva. A esta última se le confirió una limitada autonomía con la creación de la Coordinación General de la Defensa y Pupilar, de la cual dependían defensores oficiales y asesores de menores.

Dicha ley fue pasible de severas críticas atento a las dificultades que suscitaba que una misma autoridad, el Procurador General, estuviese a cargo de acusadores y defensores (21).

Finalmente, en 2016 se concreta la reclamada escisión institucional, al sancionarse la orgánica del Ministerio Público de la Defensa y Pupilar, que lleva el número 8928 (22).

De esta manera es posible afirmar que, en la provincia de Mendoza, ambos ministerios públicos integran el Poder Judicial; el cual se encuentra conformado por tres unidades organizativas encabezadas respectivamente por la Suprema Corte de Justicia, la Procuración General y la Defensoría General.

Sin embargo, y pese a las reseñadas reformas legislativas, ha sido destacada por la doctrina la necesidad de actualizar nuestro texto constitucional para consagrar la autonomía de ambos ministerios públicos (23).

En ese contexto, comienza a funcionar la Defensoría General de la provincia de Mendoza en marzo de 2017, luego de la designación de la Dra. Silvestri como Defensora General, quien se desempeñó en dicho cargo hasta el mismo mes de 2022 en que asumió tal función la Dra. Saint-André.

(21) La Corte Interamericana ha expresado que: "(...) la acusación afirma la pretensión penal, mientras que la defensa la responde y rechaza, no es razonable depositar funciones naturalmente antagónicas en una sola persona" Corte IDH, Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, 27/11/2009, párr. 63. Citado por GIUFFRÉ, 2015, p. 11.

(22) Ley 8928 publicada en el BO el 23/11/2019. Asimismo, mediante la ley 8911 (BO 07/10/2016) se modifica la denominación de la ley 8008 que pasa a llamarse "Ley orgánica del Ministerio Público Fiscal", suprimiendo de su articulado la regulación relativa a la defensa pública.

(23) ABRAMOVICH, V., "Derechos y garantías en la futura Constitución mendocina", en "Estudios sobre la reforma constitucional de Mendoza", Ed. Ediunc, Mendoza, 2018, 1ª ed., p. 49.

V.2. Los Ministerios Públicos en el último proyecto de reforma de la constitución de la provincia de Mendoza

En el proyecto de reforma parcial de la Constitución de Mendoza, presentado por el Poder Ejecutivo ante el H. Senado de la provincia el 11/08/2020 y registrado bajo el número 74.670, se incluye entre los temas habilitados para ser tratados por la Convención Constituyente la jerarquización constitucional de los Ministerios Públicos.

Específicamente se hace alusión en dicho proyecto a la jerarquización del Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa, los cuales son mencionados en el artículo segundo inc. h del proyecto.

Merece subrayarse que este tópico de reforma ha sido incluido bajo el título "Nueva Sección - Órganos Extrapoder y de control", por lo que se advierte que la intención del Poder Ejecutivo Provincial al promover la revisión constitucional es la de seguir en este punto la senda demarcada por la CN y por la Constitución de la provincia de Salta.

V.3. Composición actual del Ministerio Público de la Defensa en Mendoza

Actualmente, el Ministerio Público de la Defensa y Pupilar de la provincia de Mendoza se encuentra encabezado por la Defensoría General de la provincia, cuyas funciones se encuentran enumeradas en el art. 12 de la ley 8928.

Asimismo, dicho Ministerio está conformado por las defensorías oficiales —antes conocidas como defensorías de pobres y ausentes— que actúan ante los fueros civil, penal y penal juvenil, respectivamente. Dichos organismos se encargan de facilitar el acceso a la justicia al brindar patrocinio letrado gratuito a las personas en condición de vulnerabilidad (24) y su actuación está reglamentada por el art. 14 de la ley 8928.

(24) De acuerdo con las Cien Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, se considera que se encuentran encuadrados dentro de dicho concepto: (...) aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con ple-

A su vez, en el fuero de la justicia de familia y violencia familiar actúan las co-defensorías de familiar, a cargo de funcionarios con la misma función que los defensores oficiales.

Por otra parte, integran esta institución los asesores de personas menores de edad e incapaces, antes conocidos como de menores e incapaces y hoy también conocidos —de acuerdo a la terminología vigente— como asesores de niños, niñas, adolescentes y personas con capacidad restringida, quienes ejercen la representación complementaria o principal de los mencionados sujetos de derecho. Todo ello, de acuerdo a las funciones que a dichos magistrados les atribuye el art. 16 de la ley 8928.

Todas estas reparticiones se encuentran distribuidas en las cuatro circunscripciones judiciales que integran la provincia (25).

V.4. Restante normativa reglamentaria

Además de la citada ley orgánica 8928, se ocupan se regular la actuación de estos organismos las leyes 6730 (Cód. Proc. Penal de la provincia), 6354 (régimen penal juvenil), 8465 (Cód. de ejecución de la pena privativa de la libertad), 9001 (Cód. Proc. Civ., Com. y Trib.), 9120 (Cód. Proc. de Familia y Violencia Familiar), 2124 (Cód. Proc. Laboral), entre otras.

Finalmente, existen diversas resoluciones emanadas de la Defensoría General dirigidas a

nitid ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Asimismo, se establece que "Podrán constituir causas de vulnerabilidad (...): la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad". La CSJN ha adherido a dichas reglas mediante Acordada N° 37/2007, del 17 de diciembre de 2007; mientras que la SCJ de Mendoza ha hecho lo propio a través de la Acordada N° 24.023, del 6 de febrero de 2012.

(25) La provincia de Mendoza se divide en cuatro circunscripciones judiciales. Primera con sede principal en la Ciudad de Mendoza y comprensiva de los departamentos de Guaymallén, Godoy Cruz, Capital, Lavelle, Las Heras, Maipú y Luján. Segunda: con asiento en la ciudad de San Rafael, y que abarca los departamentos de Malargüe, San Rafael y General Alvear. Tercera: cuya cabecera se ubica en la ciudad de San Martín y comprende los departamentos de San Martín, Rivadavia, Junín, Santa Rosa y La Paz. Cuarta: con sede principal en la ciudad de Tunuyán, y que incluye los departamentos de Tunuyán, Tupungato y San Carlos.

reglamentar los aspectos prácticos de la labor propia de los defensores y asesores que de tal oficina dependen.

VI. Conclusiones

Del breve examen realizado se advierte que tanto las provincias argentinas como el Estado nacional han seguido diversas alternativas en el diseño institucional de los ministerios públicos, ubicándolos dentro o fuera del Poder Judicial y dotándolos de distinguidos grados de autonomía.

Esa misma diversidad institucional, propia del sistema federal argentino (arts. 1 y ccds. de la CN), es la que fundamenta que diversas leyes nacionales hagan referencia al Ministerio Público "a secas", sin especificar si se trata de su rama fiscal, pupilar o de la defensa, cuando se ocupan de reglamentar las funciones que emanan del amplio marco del art. 120 de la CN (por ej., los arts. 33 inc. d, 35, 70, 80, 103, 219, 387, 608 inc. d, etc. del Cód. Civ. y Com.).

Por su parte, siguiendo las directrices señaladas por los instrumentos internacionales de derechos humanos que cuentan con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, CN), se impone el necesario resguardo del derecho de defensa en juicio (art. 8°, C.A.D.H.), el cual requiere de la existencia de uno de varios organismos estatales que faciliten y promuevan su ejercicio.

En tal sentido, la Organización de Estados Americanos ha señalado la importancia de una defensa pública autónoma para el acceso a la justicia de los grupos vulnerables (26).

A modo de conclusión general puede afirmarse que, más allá del específico diseño institucional que cada jurisdicción escoja, la autonomía del Ministerio Público de la Defensa contribuye al efectivo respeto de las garantías propias de un Estado de Derecho, procurando un mejor acceso a la justicia, particularmente de las personas en condición de vulnerabilidad, que —como elocuentemente señala el art. 9° de la ley mendocina 8928— constituyen la auténtica razón de ser de dicha institución.

(26) Puede accederse a la resolución de la OEA en el siguiente enlace: <https://www.mpd.gov.ar/index.php/noticias/3614-la-oea-destaco-la-autonomia-de-la-defensa-publica-como-garantia-de-acceso-a-la-justicia-de-grupos-vulnerables>. Consultado el 08-04-2020.

DERECHO PROCESAL

DOCTRINA

¿Alguien quiere pensar en la víctima, por favor?

El rol del fiscal y las facultades del juez ante los intereses de la víctima en la conciliación penal

María L. Maidana (*)

Leandro Valentín Álvarez (**)

Sumario: I. Resumen.— II. Introducción.— III. La conciliación en el sistema de enjuiciamiento penal federal.— IV. El rol de los sujetos procesales.— V. Reflexiones finales.— VI. Bibliografía.

I. Resumen

El nuevo sistema de enjuiciamiento penal federal incorporó la noción de conflicto y busca alcanzar soluciones de calidad que humanicen el proceso y doten de legitimidad a las decisiones jurisdiccionales. La víctima pasó a ocupar un lugar preponderante y autónomo en el proceso. Sus intereses deben ser tenidos en cuenta por los operadores, quienes deben procurar resolver el conflicto y dar preeminencia a las soluciones más eficaces para el restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y la paz social. Entre otras herramientas destinadas a tal fin, se estableció la conciliación entre la víctima y el imputado para un tipo de delitos, lo cual les permite alcanzar un acuerdo que ponga fin al conflicto y extinguir la acción penal, con el consecuente sobreseimiento. Desde su incorporación al ordenamiento jurídico, se suscitaron numerosas controversias sobre su proceden-

cia y el rol del fiscal, las cuales fueron resueltas por los tribunales de forma heterogénea y no siempre teniendo en cuenta el nuevo paradigma procesal. Concluimos que es necesaria la participación del Ministerio Público Fiscal en las audiencias de control de los acuerdos conciliatorios y, además, los jueces carecen de facultades para desoír la voluntad de la víctima expresada para ese acto.

II. Introducción

A partir del dictado de la res. 2/2019 de la Comisión Bicameral e Implementación del Cód. Proc. Penal Federal (CPPF) (1), se zanjó la discusión en torno a la vigencia de la conciliación como causal de sobreseimiento por extinción de la acción penal (art. 59, inc. 6, Cód. Penal), en tanto no es incompatible con el régimen del Cód. Proc. Penal (CPPN, ley 23.984).

Esa causal fue incorporada a partir de la sanción del nuevo régimen procesal (ley 27.063) y la reforma del Cód. Penal por la ley 27.147. Sin embargo, cuando se postergó la entrada en vigor del CPPF (dec. 257/2015), no fueron pocos los tribunales que rechazaron la aplicación del instituto por considerar que no estaba vigente,

(*) Abogada (UBA). Especialista y maestranda en Derecho Penal (U. de Palermo). Especialista en Garantías Constitucionales y Derechos Fundamentales en el Derecho Penal y Procesal Penal (U. de Castilla - La Mancha). Secretaria en la Defensoría General de la CABA.

(**) Abogado (UBA). Especialista y maestrando en Derecho Penal (U. de Palermo). Especialista en magistratura (ESJ - UNLAM). Auxiliar Fiscal de Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional.

(1) Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/330000-334999/331847/norma.htm>.

debido a la remisión a una ley procesal contenida en la letra del art. 59, inc. 6, del Cód. Penal. Ello dio lugar a numerosos litigios sobre la operatividad de ese mecanismo de resolución alternativa de conflictos originados por los delitos, que fueron resueltos con criterios dispares.

Una vez disipada la controversia y ahora que las partes comenzaron a optar por estos mecanismos y presentarse los acuerdos a los tribunales para su homologación, los rechazos han virado hacia el modo, la oportunidad y el rol de los sujetos procesales. Entre estas decisiones, las más controvertidas son aquellas que se suscitan cuando el acuerdo al que arribaron el imputado y la víctima no es homologado por el juzgador, sea que haya habido consentimiento u oposición del fiscal. Estas resoluciones también fueron heterogéneas, dado que no hay acuerdo entre los jueces sobre si es necesaria la intervención del representante del Ministerio Público Fiscal en este tipo de acuerdos y si su opinión, en caso de que deba participar, es vinculante o no.

Tal vez, la razón de ello sea, por un lado, la escasa reglamentación y, por otro, la resistencia al cambio que los operadores manifiestan ante el sistema compositivo traído por el régimen acusatorio, cuya implementación se encuentra en ciernes y que implica una modificación en el paradigma sobre el rol de la víctima en el proceso y el abordaje que corresponde hacer del conflicto. Nos proponemos, entonces, dar aquí nuestro aporte sobre tales cuestiones.

III. La conciliación en el sistema de enjuiciamiento penal federal

Si bien nuestro objetivo no es abordar la naturaleza jurídica del instituto, es necesaria una breve delimitación conceptual. Así, una primera aproximación nos lleva a definir a la conciliación como aquel acuerdo al que arriban la víctima y el imputado para resolver conflicto originado en el hecho delictivo. Para ser más precisos debemos agregar que ese acuerdo tiene por finalidad resarcir todas las consecuencias producidas por el ilícito que se le atribuye al imputado, aunque la norma no exige que se incluya el aspecto patrimonial. El cumplimiento del acuerdo excluye la punibilidad. Con este mecanismo se pretende pacificar el conflicto, procurar la reconciliación entre las partes, posibilitar la reparación volun-

taria del daño causado, evitar la revictimización y promover la autocomposición en un marco jurisdiccional con pleno respeto de las garantías constitucionales para, de esa manera, reducir o contener los perjuicios que un proceso penal ocasiona a todas las personas que deben transitar por él.

El instituto hizo su aparición en el ordenamiento jurídico federal con la sanción de la nueva ley procesal (27.063). El art. 34 del hoy denominado CPPF (2), establece los —únicos— requisitos de admisibilidad: a. debe mediar un acuerdo entre el imputado y la víctima; b. el delito debe ser de contenido patrimonial; c. los delitos dolosos deben haber sido cometidos sin grave violencia sobre las personas y en los delitos culposos no se deben haber producido lesiones gravísimas o resultado de muerte (3); d. se requiere la homologación judicial del acuerdo. No es un requisito, en tanto, un acuerdo económico o un ofrecimiento de reparación económica.

En consonancia, se reformó el art. 59, inc. 6, del Cód. Penal (ley 27.147), donde se lo estableció -junto con la reparación integral- como causa de extinción de la acción penal. También se sancionaron nuevas leyes orgánicas del Ministerio Público Fiscal (ley 27.148), en cuyo art. 9° se establece que uno de los principios que debe regir la actuación de sus representantes es la de procurar la solución de los conflictos con el fin de reestablecer la armonía entre sus prota-

(2) A través de ley 27.063 se sancionó un nuevo Código Procesal Penal de la Nación. La ley 27.150 dispuso, entre otras cosas, que entrará en vigencia de acuerdo al cronograma de implementación progresiva que establezca la comisión legislativa creada al efecto. Encontrándose en ese estado, fue objeto de una gran reforma mediante la cual se introdujo el procedimiento para casos de flagrancia (ley 27.272) y se sustituyó su denominación por la de Código Procesal Penal Federal (ley 27.482). El decreto n° 118/2019 (B.O. 8/2/2019) aprobó el texto ordenado, la nueva denominación y las modificaciones señaladas.

(3) Sin embargo, se admitió en un caso de lesiones leves dolosas por aplicación del criterio de racionalidad. Se entendió que si la norma permite, por ejemplo, alcanzar una conciliación en un delito de robo cuya violencia ocasionó lesiones leves (las cuales quedan comprendidas en el tipo de robo ya que se trata de la violencia necesaria para su configuración), no parece razonable, ni proporcional, excluir el delito de lesiones leves dolosas que, además, tiene una escala penal menor. TOCyC N° 15, "Sanabria", resolución del 5/5/2016.

gonistas y la paz social; y del Ministerio Público de la Defensa, en cuyo art. 42 se impone a los defensores oficiales el deber de intentar la conciliación y ofrecer medios alternativos a la resolución judicial de conflictos.

Estas normas orgánicas tienen su fuente en el texto de la ley procesal, lo cual evidencia que la reforma procesal posee una armonía que no fue tenida en cuenta en distintos pronunciamientos jurisdiccionales, tal como veremos más adelante. En ese sentido, la reforma procesal —dispuesta por el CPPF y las leyes orgánicas— es un cambio de paradigma en el sistema de enjuiciamiento penal federal. En el sistema inquisitivo —que aún persiste en el Código “Levene” — solo hay lugar para una relación bilateral entre el imputado y el Estado, que se apropia del conflicto emergente del ilícito para reestablecer el orden que fue alterado por la desobediencia a la ley. El Estado, en ese modelo, ejerce el poder punitivo para reafirmar su autoridad, en la creencia de que fue cuestionada por el delito. Ante ello, debido al principio de legalidad que rige, a las partes solo les cabe actuar hasta obtener un pronunciamiento jurisdiccional que ponga fin al proceso o, como una morigeración, la suspensión de su trámite a prueba. El conflicto no es resuelto, sino que queda suspendido. En el sistema acusatorio, en cambio, si bien el Estado no abandona el ejercicio del poder punitivo, da lugar a la gestión del conflicto a través del abordaje compositivo entre la víctima y su victimario, para de ese modo encontrar soluciones de mayor calidad, a fin de humanizar el proceso y conseguir mayor legitimidad (4).

El art. 22 del CPPF es el que exhibe el “objetivo político” (5) de la reforma procesal. Además de los propósitos declarados de la reducción de los

(4) El Poder Judicial es el que peor consideración social tiene. En el informe Confianza institucional y vida ciudadana: representaciones de la opinión pública en la Argentina urbana, elaborado por el Observatorio de la Deuda Social Argentina de la Universidad Católica Argentina, se estableció un índice de confianza en el Poder Judicial de solo el 11,7%, según el relevamiento de 2017. <http://public.diariojudicial.com/documentos/000/077/892/000077892.pdf>.

(5) Solimine, Marcelo A. Bases del nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Ley 27.063. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2015.

tiempos de enjuiciamiento de los casos, el mejoramiento de la calidad de las investigaciones y decisiones, la restricción de la imposición de la prisión preventiva y, como consecuencia, de la tasa de personas encarceladas sin condena, se encuentra la solución del conflicto entre víctima y victimario, emergente del delito, lo cual quita del primer plano al conflicto entre el imputado y el Estado. La norma es una directiva precisa para que los operadores del servicio de justicia aborden el conflicto con perspectiva compositiva y adopten aquella solución que sea la más adecuada al restablecimiento de la paz social.

Las soluciones no pueden ser otras que las previstas en el art. 30 —criterios de oportunidad; conversión de la acción; conciliación y suspensión del proceso a prueba—, más la reparación integral aludida en los arts. 267, 269 y 270 de la ley procesal CPPF y, señalada explícitamente en el art. 59, inc. 6, del CP.

El art. 34 mencionado va más allá y permite que el imputado y la víctima alcancen un acuerdo conciliatorio, con los recaudos mencionados. Esta cláusula se erige como una garantía de la autonomía de la voluntad de las partes, en especial de la víctima, para que no quede soslayada por alguna rémora inquisitiva en la actuación de otros sujetos procesales.

IV. El rol de los sujetos procesales

Como dijimos, la reforma procesal fue realizada con una cierta coherencia y armonía que ha dado un nuevo protagonismo a la víctima en el proceso. Sin embargo, ello ha sido puesto en crisis con el dictado de algunos pronunciamientos jurisdiccionales, lo que impacta de manera negativa en los intereses de la víctima. En concreto, nos referimos a aquellos fallos donde el acuerdo entre la víctima y el imputado no es homologado por el juzgador (6). Entre otros, los

(6) El más reciente que hemos visto es el fallo de la CCC, Sala IV, “Pavón, M. A. s/conciliación” (Causa n° 9808/2020), resolución del 1/7/2020 (difundido por el servicio de correo electrónico de la Secretaría de Jurisprudencia y Biblioteca de dicha Cámara), pero hay varios anteriores. En el caso, el imputado y la víctima habían alcanzado un acuerdo conciliatorio, respecto del cual el fiscal brindó su consentimiento. El juez no homologó el acuerdo por considerar que los antecedentes condenatorios del imputado eran incompatibles con el mecanismo

motivos que se mencionaron para tomar esas decisiones giran en torno a la exigencia de requisitos no previstos en la norma —como la ausencia de antecedentes penales condenatorios del imputado— o la oposición del fiscal. Veremos que esos motivos deberían tener una incidencia diferencial en las decisiones.

La participación del fiscal en la conciliación es necesaria. Nos referimos no a las conversaciones previas que puedan mantener el imputado y la víctima para alcanzar el acuerdo —aunque, como vimos, el fiscal puede propiciarlo—, sino a que su opinión debe ser oída por el juzgador antes de resolver el pedido de homologación.

El motivo de ello es el límite de supuestos en los que el Ministerio Público Fiscal puede disponer de la acción, regulado en el art. 30 CPPF. Aunque esa norma no haya entrado en vigencia, es una indudable pauta de interpretación. Si el legislador incluyó a la conciliación como uno de los supuestos de disponibilidad de acción, entonces es indispensable su consentimiento (7).

El Ministerio Público Fiscal es el titular de la acción penal y, además, tiene el deber de ejercer el control de legalidad de los actos del proceso (art. 120 CN y art. 1 ley 27.148). Un componente de la acción es la base fáctica, es decir, la descripción del hecho atribuido al imputado. Esto determinará la calificación legal y, con ello, si es susceptible de ser conciliado (art. 34 CPPF). También corresponde que corrobore los términos del acuerdo conciliatorio, que las partes comprenden los alcances del acuerdo y que su voluntad fue expresada de manera libre, verificándose la inexistencia de coacción o sometimiento de una parte a la otra.

Tal es el estándar de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, al afir-

de solución alternativa, ya que tampoco podría acceder a la suspensión del juicio a prueba ni a una condena de ejecución condicional. Tanto la defensa como el fiscal recurrieron la decisión. En la etapa de apelación, el fiscal superior desistió del recurso invocando razones de política criminal. La Cámara, por mayoría, resolvió confirmar la decisión por ausencia de consentimiento del MPF. Más adelante veremos que, a nuestro criterio, el Tribunal debería haber revocado y anulado la decisión apelada.

(7) CCC, Sala VII, “Carrazana, L. Á.,” causa n° 49.386/2018, resolución del 16 de marzo de 2020.

mar que “es necesaria la participación y conformidad del Ministerio Público Fiscal. Además de las obligaciones impuestas por la ley, tiene a su cargo el ejercicio de la acción penal y las recientes reformas (leyes 27.063, 27.148 y 27.272) le han dado mayores facultades” (8); y “puesto que la Constitución (...) pone en cabeza del Ministerio Público Fiscal la competencia sobre el modo como debe ejercerse la acción penal (...) el consentimiento de esa parte en un planteo como el efectuado en este caso determina la suerte del proceso” (9).

Por otro lado, el fiscal también debe verificar que el caso no altere la paz social (art. 22 CPPF). Aunque la expresión posee cierta ambigüedad, consideramos que el parámetro para establecer la afectación a la paz social es determinar si el delito trascendió de la víctima y tiene entidad suficiente para afectar los intereses de la sociedad. Esto podría darse cuando se verifiquen lesiones a intereses supraindividuales o a derechos que no sean de libre disponibilidad de la víctima.

Para ello, deberá tener en cuenta si en el resto del ordenamiento jurídico existen normas que impidan la adopción de este tipo de mecanismos alternativos o que el Estado haya asumido el compromiso de investigarlos, juzgarlos y sancionarlos, puesto que su incumplimiento podría acarrearle responsabilidad internacional —tales como la narcocriminalidad, el lavado de activos, la corrupción, la trata de personas, la violencia de género— (10).

(8) CNCCC, Sala II, “V. A., B. A. s/ recurso de casación,” causa n° 25.872/15, resolución del 22 de mayo de 2017, voto del juez Eugenio C. Sarrabayrouse, al que adhirieron los jueces Daniel Morín y Luis Fernando Niño.

(9) CNCCC, Sala I, “Eiroa, I.,” causa n° 43.844/10, resolución del 13 de marzo de 2019, voto del juez Pablo Jantus, al que adhirieron los jueces Jorge Rimondi y Patricia Marcela Llerena.

(10) Podemos mencionar aquí, entre otras y sin pretensión exhaustiva, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (ley 24.072), la Convención Interamericana para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra la mujer de Belem do Pará (ley 24.632) y el art. 28, ley 26.485, Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional (ley 25.632) y la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (ley 26.097).

Otra razón por la que la norma habilita al fiscal a oponerse al acuerdo es si el mismo colisiona con la política criminal del organismo. El art. 3° de la ley 27.148 establece que el Ministerio Público Fiscal tiene la función de fijar la política de persecución penal y ejercer la acción, de acuerdo con lo establecido en el CPPF y las leyes complementarias. A su vez, es deber del Procurador General de la Nación establecer la política de persecución penal (art. 12), con el asesoramiento del Consejo General del organismo (art. 15). El modo de hacerlo es con el dictado de instrucciones de carácter general, cuya aplicación es obligatoria para los fiscales que actúen ante los tribunales de distinto grado y competencia, en virtud de la organización funcional y unidad de acción que rige al organismo.

Al respecto, la Procuración General de la Nación dictó la res. PGN 97/2019 en la que estableció un procedimiento transitorio mientras convivan ambos sistemas procesales. Allí se señala que si bien se habilitó a todo el país el principio de oportunidad, no se hizo lo mismo respecto del mecanismo de control de las decisiones de los fiscales regulado en los arts. 251 y 252 del CPPF. De esa manera reguló un mecanismo de control interno para asegurar los derechos de las víctimas, previstos en los arts. 80 y 81 del CPPF, a través del fiscal general ante la Cámara de Apelaciones como superior encargado de analizar y convalidar o no la disponibilidad de la acción **(11)**.

Sin embargo, el fiscal no puede hacer una mera invocación de estas razones para oponerse a la homologación del acuerdo o un mero desacuerdo con la opinión de la víctima. Deberá demostrar como el caso concreto colisiona con las normas que impiden la disposición de la acción o la política de persecución penal del organismo y la necesidad de que el caso sea resuelto en un juicio. Este dictamen, si bien es necesario, no es vinculante para el juez debido a la separación de funciones característica del modelo de enjuiciamiento acusatorio. A su vez, la opinión del fiscal

(11) Disponible en <https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2019/11/PGN-0097-2019-001.pdf>.

deberá superar el examen de coherencia lógica, el cual corresponde efectuar al juez **(12)**.

En algunos pronunciamientos hemos detectado que se rechazó homologar los acuerdos alcanzados por las partes, aun cuando el fiscal expresó su consentimiento, debido a que el imputado contaba con antecedentes penales condenatorios **(13)**. Para decidir así, se consideró que esas circunstancias personales del imputado eran incompatibles con el art. 59, inc. 6, del Cód. Penal. En otro caso, fue la fiscal quien se opuso a la homologación del acuerdo por, entre otros motivos, el imputado tenía antecedentes penales condenatorios, para lo cual invocó el régimen procesal de otra jurisdicción que veda la conciliación en esa circunstancia **(14)**. Sin embargo, la ausencia de antecedentes no es un requisito exigido por la norma. De esa manera, cuando el juez decida no homologar un acuerdo, solo por ese motivo, estará fallando más allá de lo peticionado por las partes, sin la existencia de una controversia para resolver y, por ende, excediendo los límites de su jurisdicción. Tal es así, que el último párrafo del art. 34 del CPPF establece que, en caso de incumplimiento de lo acordado, tanto la víctima, cuanto el fiscal, podrán requerir la reapertura de la investigación. Esto se debe a que en el modelo acusatorio el juez no puede proceder si no

(12) Ese parece ser el estándar establecido en CNCCC, Sala II, "Bustos Roque", causa 3559/2016, resolución del 29/8/2018 con cita de los precedentes "Verde Alva", causa n° 25.872, resolución del 22/5/2017, y "Gómez Vera", de la misma Sala.

(13) Véase la nota 5. En otro caso, fue la fiscal la que se opuso a la homologación del acuerdo debido a los antecedentes de los imputados. No obstante, el juez lo homologó. TOCyC N° 24, "Fernández", causa n° 45.815/2019, resolución del 31/7/2019. Publicado en [https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Fern%C3%A1ndez%20\(causa%20N%C2%BA%2045815\).pdf](https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Fern%C3%A1ndez%20(causa%20N%C2%BA%2045815).pdf).

(14) En el caso "Fernández" mencionado en la nota 7, la fiscal invocó el art. 204 del Código Procesal Penal de la CABA ante la ausencia de la ley procesal mencionada en el art. 59, inc. 6, del Cód. Penal, para oponerse a la homologación del acuerdo (el caso es anterior a la resolución 2/2019 de la Comisión Bicameral del CPPF). Esta norma establece que no procede la mediación cuando el imputado registrase antecedente penal condenatorio. Sin embargo, la fiscal no explicó porque motivo recurrió a esa norma y no a otras que no establecen ese requisito, como el Código Procesal Penal de Chubut o el Código Procesal Penal de Neuquén.

es a petición de las partes y solo debe resolver la cuestión debatida por las partes. Si hay acuerdo y este cumple los requisitos legales, no podrá rechazar su homologación.

El sistema acusatorio nos invita a redefinir los roles de todos los sujetos procesales y la figura del juez no queda fuera de este nuevo marco de actuación. Este modelo, caracterizado por su oralidad y desformalización en la investigación, convierte a las partes —acusador y defensor— en verdaderos litigantes. El juez es quien va a tomar sus decisiones de manera independiente e imparcial, es decir, sin ningún tipo de conocimiento previo en relación con los hechos que las partes pondrán a su consideración. Será el juez el responsable de conducir las audiencias orales, escuchar a las partes y solicitar las aclaraciones que considere necesarias, pero cuidando de no traspasar los límites de su deber de imparcialidad. Queda fuera de sus facultades la posibilidad de ir por sobre lo peticionado por las partes; no puede actuar de oficio, ni incorporar prueba que fue omitida por el acusador, a fin de completar la acusación. Tampoco cuenta con facultades para incorporar prueba que la defensa haya olvidado. El juez se erige, entonces, como el garante constitucional del procedimiento penal.

En el ámbito del acuerdo conciliatorio, el juez debe corroborar que una de las partes no haya sido sometida por la otra, que fue alcanzado en igualdad de condiciones y abstenerse de modificar el contenido del acuerdo. Solo podrá rechazarlo cuando advierta que no cumple los requisitos normativos o una notoria afectación al derecho de alguna de las partes. Por lo tanto, toda resolución que disponga el rechazo del acuerdo debido al incumplimiento de requisitos no exigidos por la regulación procesal carecerá de validez, por inobservancia de las disposiciones que rigen la materia (art. 166 CPPN).

V. Reflexiones finales

El movimiento de la reforma procesal penal finalmente alcanzó el nivel nacional. Aunque aún no está plenamente implementado, contamos con un código moderno que recoge las experiencias de más de 30 años de litigación oral de tinte acusatorio, en la región. El modelo acusatorio adversarial presenta un nuevo sistema

democrático de enjuiciamiento con grandes desafíos para los operadores judiciales, quienes deberán desempeñar su rol desde las reglas de la litigación oral y la víctima debe ser incluida en el proceso con todos los mecanismos que el Estado debe proporcionar para que el conflicto penal sea resuelto no solo con el castigo como respuesta única, sino a través de vías alternativas que buscan una resolución del conflicto, con la finalidad de mejorar el servicio de justicia. La implementación de un sistema acusatorio y adversarial a nivel nacional no debe demorarse más pues ello conduce a que los operadores judiciales cometan fallas que afectan a los justiciables, incluida —claro está— la víctima.

No nos parece que sea problemática la intervención del fiscal en las audiencias de control de los acuerdos conciliatorios. A él le corresponde verificar que el acuerdo alcanzado entre la víctima y el imputado cumpla los requisitos previstos por la ley procesal y que el caso no haya alterado la paz social de tal manera que amerite ser resuelto en juicio. Su opinión debe ser oída previo a decidir sobre la homologación de aquel. Ese es el lugar que pensó el legislador para su actuación.

El CPPF le otorga un papel preponderante a la víctima que entre los operadores del sistema no termina de cuajar. Pronunciamientos jurisdiccionales que rechazan lo acordado, lesionan la lógica del sistema acusatorio, que fue diseñado desde la perspectiva de una justicia restaurativa y que otorga preeminencia a la voluntad de la víctima durante todo el proceso penal. En ese sentido, debe tenerse en cuenta que el instituto de la conciliación —y también la reparación integral— no fue pensada para descongestionar el atolladero de casos que debe procesar el sistema judicial, sino que constituye un derecho de las partes.

Es cierto que la actividad legislativa no acompaña. Sin dudas que la res. 2/2019 de la Comisión Bicameral constituye un avance al poner en vigencia las normas procesales inherentes a las reglas de disposición de la acción y de la prisión preventiva, pero también crea una suerte de collage normativo, pocas veces visto, que lesiona la unidad, coherencia y armonía de la reforma procesal, puesto que implica que un caso sea tratado con normas de modelos procesales antagónicos.

Si bien es importante, para el tema tratado, que haya entrado en vigor el art. 22, es llamativa la omisión de los arts. 9º, 12, 30 y 111 del CPPF en la resolución mencionada. El primero regula la separación de funciones entre fiscales y jueces, veda a estos últimos la posibilidad de disponer la producción de cualquier medida de investigación o que impliquen la persecución de la acción penal. El segundo garantiza los derechos de la víctima a la tutela judicial efectiva, a la protección integral, a la participación en el proceso de manera autónoma y a requerir al Estado la ayuda necesaria para que sea resuelto su conflicto. El tercero limita los casos, de manera taxativa, en los que el fiscal puede disponer de la acción, lo que implica que debe prestar su consentimiento. El cuarto impide al juez suplir la actividad de las partes y le impone sujetarse a lo que hayan discutido.

Sin dudas, a pesar de que momentáneamente no se encuentren vigentes, consideramos que dichas normas son pautas de interpretación ineludibles que permiten sostener que el juez no debe hacer otra cosa que privilegiar la voluntad de la víctima que, en el libre ejercicio de la autonomía de su voluntad y sin que haya afectación social, alcance un acuerdo de conciliación con el imputado, respecto del hecho ilícito.

Para resolver así, tal vez haya que recordar otro momento histórico de trascendencia institucional para nuestro país. En septiembre de 1869 fue aprobado el Cód. Civil proyectado por Dalmacio Vélez Sarsfield (ley 340) y se estableció que entraría en vigencia a partir del 1 de enero de 1871. Durante ese período, la Corte Suprema de Justicia de la Nación debió pronunciarse en los casos “D. Luis Castro c. D. José Rodríguez” (15) y “La Sociedad Minas y Fundiciones de San Juan c. D. Félix S. Klappenbach” (16), sobre la aplicación de ciertas disposiciones del Cód. Civil en forma previa a que se hubiese dispuesto su implementación y señaló que estas eran pautas orientadoras de la dirección hacia donde evolucionaba la actividad estatal.

Sin embargo, no es necesario remontarse tan atrás en el tiempo para encontrar un precedente

(15) Fallos: 9:577.

(16) Fallos: 9:365.

que nos guíe para adecuar los estándares de actuación de los operadores y garantizar a la víctima el derecho de acceso a la justicia. Así, es mucho más reciente el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Radilla Pacheco” (17), donde afirmó:

De conformidad con el derecho reconocido en el art. 8.1 CADH, en relación con el art. 1.1 de la misma, este Tribunal ha establecido que los Estados tienen la obligación de garantizar que, en todas las etapas de los respectivos procesos, las víctimas pueden hacer planteamientos, recibir informaciones, aportar pruebas, formular alegaciones y, en síntesis, hacer valer sus intereses. Dicha participación deberá tener como finalidad el acceso a la justicia, el conocimiento de la verdad de lo ocurrido y el otorgamiento de una justa reparación.

No es posible, entonces, prescindir de normas procesales que superaron el trámite legislativo y fueron promulgadas, dado que son disposiciones del derecho positivo, en especial cuando su aplicación no restringe derechos, sino que los amplía.

Por último, consideramos que es contradictorio convocar a la víctima al proceso, incluso con invocación de la Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos (ley 27.372), para luego prescindir de su opinión y soslayar su voluntad, bajo el pretexto de requisitos extranormativos. Ello demuestra que los operadores aún desconocen el abordaje que corresponde efectuar de la víctima y de su rol en el proceso. También evidencia cierta actitud paternalista pues toman decisiones en contra de su voluntad, en la creencia de que, de esa forma, se protegen sus intereses, cuando en realidad la víctima es la que fue afectada en sus derechos por el delito y desea resolver el conflicto, sin transitar un proceso penal y, en consecuencia, sin la imposición de una sanción penal.

VI. Bibliografía

BINDER, Alberto M., “Derecho Procesal Penal”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013.

(17) CIDH, sentencia del 23/11/2009, párr. 247.

BOVINO, Alberto, “Principios políticos del procedimiento penal”, Editores del Sur, Buenos Aires, 2018.

CAFFERATA NORES, José I., “Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, 2ª ed.

HAIRABEDIÁN, Maximiliano y ZURUETA, Federico, “La disponibilidad de la acción en el Código Procesal Penal Federal”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2020.

MUERZA ESPARZA, Julio, “La autonomía de la voluntad en el proceso penal: perspectivas

de futuro”, en Sobre la mediación penal (Posibilidades y límites en un entorno de reforma del proceso penal español), Aranzadi, Navarra, 2012.

MAIER, Julio B. J., “Derecho procesal penal”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2013.

SOLETO MUÑOZ, Helena, “La justicia restaurativa como elemento complementario a la justicia tradicional”, en Sobre la mediación penal (Posibilidades y límites en un entorno de reforma del proceso penal español), Aranzadi, Navarra, 2012.

SOLIMINE, Marcelo A., “Bases del nuevo Código Procesal Penal. Ley 27.063”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2015.

Bitcoin: herramientas de análisis para abordar investigaciones penales que incluyan operaciones con esta cripto-moneda

Lineamientos para planificar una actividad cautelar eficiente

Sebastián Oppel (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Desarrollo.— III. Reflexión final.

I. Introducción

Hablar del Bitcoin (1) hoy ya no tiene el impacto de años atrás. Sin dudas su nivel de conocimiento ha aumentado exponencialmente. De una u otra manera, cada vez más gente se ha familiarizado con el término, aunque en la mayoría de los casos no se tenga bien en claro lo que representa o significa, más allá de una aproximación intuitiva en la que se le reconoce valor monetario y se le asigna una entidad completamente digital. Ya sea porque oyeron hablar del Bitcoin en un encuentro familiar, en una noticia periodística difundida por algún medio de comunicación, o bien como consecuencia de la in-

teracción en alguna red social, es probable que cualquier persona dotada de un mínimo grado de conectividad, responda afirmativamente a la pregunta sobre si conoce de su existencia.

En línea con ello, también ha aumentado la cantidad de gente que se ha animado a dar todavía un paso más lejos y se ha introducido en el mundo de esta cripto-moneda —o de alguna otra de las tantas que ha emergido por detrás en el último tiempo— mediante la adquisición de sus unidades de valor, ya sea con fines de inversión desde una óptica especulativa, o bien simplemente como canal de resguardo ante eventuales ciclos inflacionarios que pudieran presentar las monedas fiduciarias, por mencionar tan solo algunos de los tantos posibles motivos. La ola expansiva ha venido acompañada, lógicamente, de la proliferación de una gran cantidad de desarrollos comerciales, tanto a nivel local como internacional, que buscaron acaparar esa demanda, y de la aparición de proyectos innovadores que tuvieron como eje de transformación el uso de la tecnología que respalda al Bitcoin, denominada *blockchain* o “cadena de bloques” (2).

(*) Abogado egresado de la Universidad de Buenos Aires y se desempeña como secretario en el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nro. 12. Años atrás cumplió funciones como secretario adjunto en la Unidad Fiscal Especializada en Ciber-delincuencia del MPF. Obtuvo diploma de Especialista por las Universidades de Salamanca y Castilla - La Mancha (Toledo), España, respectivamente.

(1) Siguiendo la terminología empleada por la mayoría de sus desarrolladores actuales (ver <https://bitcoin.org/es/vocabulario>), utilizaré la palabra "Bitcoin" —con mayúscula— para referirme al protocolo o a la red que lo sustenta; y los términos "bitcoin" o "bitcoins" —sin mayúscula— para referirme a sus unidades de valor.

(2) Definida como un "libro mayor compartido e inmutable que facilita el proceso de registro de transaccio-

Quizá la mejor evidencia de este proceso de 'masificación' —si es que así se puede describir el fenómeno de expansión— lo brindan las modificaciones en materia tributaria que se han introducido en la mayoría de las legislaciones de los países del mundo (3). Bajo diferentes fórmulas, se ha intentado en los últimos años gravar todas y cada una de las acciones que integran el circuito económico del Bitcoin —o de cualquier otra 'moneda virtual'—, lo que incluye actividades que van desde su obtención, a través de la operación denominada "extracción" o "minado" (ya veremos más adelante en qué consiste); su mera tenencia en el tiempo, como si se tratara de una especie de instrumento financiero; y hasta su intercambio bajo la modalidad de compra-venta con otros activos de naturaleza similar o dinero de curso legal.

Ahora bien, el mundo de la actividad criminal no ha sido ajeno a estos cambios. La expansión que se advierte en el conocimiento —y en menor medida, el uso cotidiano— del Bitcoin por parte del grueso de la sociedad, también ha tenido su correlato en el campo de la delincuencia, tanto de carácter organizada como, incluso, en aquella menos sofisticada. Allí se verifica un incremento notable en su utilización, lo cual puede responder a varios factores, entre ellos, la supuesta característica de anonimato que se le atribuye, la facilidad y velocidad que ofrece en materia de flujo e intercambio de fondos —lo que permite su disponibilidad en segundos en cualquier parte del mundo, sin necesidad de recurrir a un traslado físico ni al auxilio de una institución financiera—, y, obviamente, conectado con esto último, la amplitud de mercado y diversidad de opciones que ha experimentado su acceso y comercialización.

Para ser más gráfico, el uso del Bitcoin se ha presentado en la ejecución de conductas delictivas

nes y de seguimiento de activos en una red de negocios" - cfr. <https://www.ibm.com/ar-es/topics/what-is-blockchain>.

(3) El reporte publicado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en el año 2020, denominado "Taxing Virtual Currencies: An Overview of Tax Treatments and Emerging Tax Policy Issues", ofrece un amplio relevamiento sobre el estado de situación en materia de tributación de 'cripto-activos' en el que se encuentran una gran cantidad de países.

tivas de las más diversas, que ya no necesariamente se circunscriben al entorno digital. En su momento fueron novedad casos de extorsiones complejas en las que se exigían pagos por esta vía, como, por ejemplo, aquellas denominadas bajo el nombre de *ransomware* o *sex-extortion* (4); o casos en los que se utilizaba al Bitcoin como moneda de cambio para comercializar en la *deep web* (5) sustancias, objetos e imágenes de carácter ilícito, e incluso hasta datos sensibles de particulares, empresas privadas y agencias públicas. Ni que hablar de maniobras de fraude, de distintas características, que finalizaban con transacciones a través de esta criptomoneda.

Sin embargo, hoy su utilización se ha extendido a una criminalidad mucho más burda. Desde la contratación de un sicario hasta el pago de un rescate en un caso de secuestro extorsivo. Es evidente que se busca aprovechar la 'distancia física', 'reserva de identidad' y facilidad de comercialización que ofrece esta 'moneda virtual'. Qué mejor para el/la delincuente que evitar atravesar los riesgos ínsitos de un desembolso dinerario realizado en forma presencial o a través de los canales financieros ordinarios.

Incluso han salido a la luz reportes elaborados por agencias estatales de investigación de carácter internacional (6) en los que se ha advertido sobre la utilización del Bitcoin —así como de otras cripto-monedas, aunque en una menor medida— por parte de organizaciones delictivas

(4) Básicamente, un *ransomware* consiste en una maniobra mediante la cual los delincuentes logran tomar control de un sistema informático, archivos o conjunto de datos, los *encryptan* volviéndolos inaccesibles y exigen a su dueño un pago como 'rescate', esto es, para su liberación y devolución. Por su parte, una maniobra de *sex-extortion* consiste en chantajear a una persona con la amenaza de difundir una imagen o vídeo de sí misma realizando algún acto sexual, o bien encontrándose en alguna situación de intimidad.

(5) Lo que se conoce como "internet profunda", esto es, cuyo contenido no puede ser indexado por los grandes buscadores como Google, Bing, Yahoo, etc.

(6) Cfr. informe titulado "2018 - National Drug Threat Assessment", emitido en el mes de octubre del año 2018 por la Drug Enforcement Administration (DEA), US Department of Justice, ps. 126-130 —link descarga: <https://www.dea.gov/documents/2018/2018-10/2018-10-02/2018-national-drug-threat-assessment-nda>—.

vas como medio para ocultar, resguardar y trasladar dinero proveniente de actividades ilícitas; es decir, hablamos de su empleo, ya no para materializar la maniobra delictiva en sí, sino en lo que sería el paso posterior, como refugio o vía para atesorar o movilizar la ganancia, o bien para dar inicio a su proceso de blanqueo. A ello se le suma la preocupación mundial por su utilización como canal para financiar “operaciones de grupos terroristas” (7), a través de donaciones anónimas fomentadas por campañas desplegadas en diversas redes sociales.

En definitiva, el uso de esta cripto-moneda en el ámbito de la actividad criminal pareciera no tender a expirar, sino más bien, todo lo contrario. Es plausible prever una expansión en el futuro que impacte en este campo cada vez con mayor fuerza. La situación se agrava, como se dijo, a poco que se advierta la aparición constante y el empleo de nuevas formas de activos digitales —criptomonedas, tokens—, cada uno con sus propias características de creación, funcionalidad y comercialización y, por ende, también de abordaje (8).

El escenario descrito —y más aún la proyección sobre su evolución— obliga inmediatamente a pensar qué respuesta se puede dar desde el lado opuesto a la criminalidad, es decir, cómo deben prepararse las agencias estatales encargadas de la persecución penal y los órganos de justicia para hacer frente a un caso de estas características. ¿Es posible diagramar una estrategia de investigación seria que permita su abordaje con alguna posibilidad de éxito? ¿Cómo planificar la acción en materia cautelar cuando se está frente a activos de esta naturaleza?

Precisamente, sobre ambos ejes se centra el objetivo buscado con la elaboración de este trabajo. La idea no es desarrollar en profundidad los conceptos técnicos y teóricos que rodean al

(7) Cfr. Directiva (UE) 2018/843 emitida por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea en fecha 30 de mayo de 2018.

(8) No obstante, los informes especializados en la materia siguen ubicando al Bitcoin en una posición de predominio por sobre el resto de las ‘monedas virtuales’, al punto que se destaca su utilización, en muchos casos, como vía primaria de acceso o adquisición de aquellas.

Bitcoin —sobre lo cual ya hay mucho escrito y de calidad—, sino en dotar al lector de los conocimientos básicos y las herramientas necesarias para que pueda emprender tales cometidos con la mayor eficiencia posible, a sabiendas de su importancia y trascendencia para el correcto funcionamiento del sistema de justicia penal.

Bajo ese norte, en la primera parte se abordarán algunas nociones esenciales sobre el funcionamiento de la red y se describirá la inserción que presenta esta cripto-moneda en el mundo físico-digital actual. Como paso siguiente, se explicará de qué manera realizar una lectura amplia y correcta de las transacciones, que permita extraer de ellas toda información que pueda ser de relevancia para el avance de un caso. Ello incluye desde poder ubicarlas en la *blockchain* y hacer el seguimiento de las unidades de valor comprometidas —reconstruir el flujo y destino final de los fondos—, hasta determinar en qué otras operaciones participaron las *billetteras virtuales* involucradas.

También se desarrollarán los aspectos principales de una metodología de actuación que, bajo ciertas circunstancias, puede ser empleada para intentar individualizar a la persona que está detrás del manejo de una cartera específica. Como se verá, su correcta implementación exigirá no solo conocer el funcionamiento y los servicios que ofrecen las plataformas más importantes del ecosistema Bitcoin, sino también contar con un canal de comunicación ágil y cetero con las empresas que las administran, de forma tal de poder formular requerimientos de información sobre sus usuarios.

Por último, se trazarán algunos lineamientos que, desde mi parecer, deben ser tenidos en consideración a la hora de proyectarse la ejecución de cualquier medida de índole cautelar. Conforme se detallará, la tenencia de sumas de bitcoins se puede materializar bajo modalidades bien distintas (ej.: desde ser uno responsable de su custodia en un dispositivo propio, hasta delegar dicha tarea en una empresa que provea tal servicio), por lo que las posibilidades de incautación dependerán, básicamente, de que se adopte un curso de acción acorde al escenario particular que se presente.

Como cierre de la introducción, no quería dejar de señalar que detrás de la elaboración de este trabajo también fluye la idea de que opere como una especie de incentivo para los propios destinatarios, en el sentido de generar la discusión sobre las interpretaciones y herramientas que aquí se proponen, y que ello derive en la búsqueda y el desarrollo de canales de abordaje aún más completos y útiles. Es innegable que se trata de una temática con notable vigencia, pero sobre la que poco se ha profundizado en el ámbito de la doctrina procesal-penal. Esperemos, entonces, que sirva de puntapié inicial y pueda ser mejorado en un futuro cercano con novedosos aportes.

II. Desarrollo

II.1. *Qué es el bitcoin y cómo funciona su red*

La primera pregunta no es fácil de responder y de hecho aún hoy genera un sinnúmero de discusiones y posiciones encontradas, tanto en nuestro país como en el extranjero. Si bien se ha enmarcado al Bitcoin en lo que popularmente se denomina como 'moneda virtual' o 'criptomoneda', las diferencias aparecen a la hora de hilar más fino e intentar dilucidar concretamente en qué categoría jurídica debe encuadrarse este nuevo concepto. El punto de discordia no es menor ya que impacta de lleno en varias esferas legales, como ser, entre otras, el tratamiento fiscal a aplicarse o las regulaciones a las que podrían quedar sometidas tanto sus operaciones como los actores que participan en ellas —ej.: 'transacciones financieras', 'protección al consumidor', etc.—.

Las definiciones que se han ensayado al respecto, desde distintos ámbitos, se presentan de lo más diversas. A modo de ejemplo, se ha llegado a catalogar al Bitcoin como un “activo patrimonial inmaterial en forma de unidad de cuenta”, o bien como “un sistema de pago *alegal*”. Incluso se le ha asignado carácter de 'bien digital'. La falta de uniformidad en este aspecto es manifiesta y se replica hasta en informes o disposiciones emitidas por organismos intergubernamentales de carácter internacional (9).

(9) Cfr. el artículo "La Tributación del Bitcoin", publicado en la Revista Quincena Fiscal, N° 1-2, año 2022, escrito por el reconocido Profesor de la Universidad de

En Argentina aún no se ha dictado una regulación específica sobre la temática que ponga punto final a la controversia. De hecho, han sido pocas las agencias estatales que, por medio de documentos oficiales, intentaron dar respuesta a este problema de conceptualización. El antecedente más importante lo constituye la res. 300/2014 emitida en el mes de julio del año 2014 por la Unidad de Información Financiera. Se trataba de una directiva dirigida a los 'sujetos obligados' enumerados en la ley 25.246 de Entidades Financieras para que prestaran “especial atención al riesgo” que implicaban “las operaciones efectuadas con monedas virtuales”. En ella, explícitamente se definió a estas últimas como “representación digital de valor que puede ser objeto de comercio digital y cuyas funciones son la de constituir un medio de intercambio, y/o una unidad de cuenta, y/o una reserva de valor, pero que no tienen curso legal, ni se emiten, ni se encuentran garantizadas por ningún país o jurisdicción” (10). No obstante, vale aclarar, su alcance se limitaba a dicho ámbito de actuación.

Para la misma época, el Banco Central de la República Argentina publicó un comunicado en su sitio web oficial (11), dirigido al público en general, en el que además de alertar sobre los riesgos implícitos en el uso de las “monedas virtuales”, formuló ciertas aclaraciones sobre su acción constitutiva. Concretamente, enfatizó que no eran emitidas por la entidad ni por otras autoridades monetarias internacionales y que, por lo tanto, carecían de curso legal y/o respaldo alguno. Si bien no las enmarcó en ninguna categoría jurídica, dejó en claro los

Castilla-La Mancha (Toledo, España), Dr. Luis María Romero Flor, en el cual realiza un repaso minucioso sobre las distintas conceptualizaciones con las que se ha intentado definir al Bitcoin, así como también el tratamiento legal dispensado.

(10) Tal definición buscó ir en línea con las recomendaciones formuladas por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) a través del reporte denominado "Virtual Currencies. Key Definitions and Potential AML/CFT Risks", emitido en el mes de junio de ese mismo año.

(11) <https://www.cronista.com/infotechnology/internet/El-Banco-Central-argentino-considera-riesgoso-operar-con-bitcoins-20140528-0003.html>.

elementos que las diferenciaban de cualquier moneda fiduciaria (12).

En los años siguientes, al menos en nuestro país, ningún cambio sustancial se produjo. Pese a que la ley 27.430, sancionada en el año 2017 y modificatoria de Ley de Impuesto a las Ganancias, incorporó como hecho imponible los beneficios derivados de la enajenación de “monedas digitales”, nada dijo sobre su conceptualización y/o tratamiento legal aplicable.

En definitiva, la respuesta a la pregunta sobre qué es el Bitcoin, no la vamos a encontrar en el plano normativo —y menos aún, como se expuso, de manera uniforme—. Ello nos obliga a dejar a un lado el problema de su definición legal e intentar abordar la cuestión desde una perspectiva distinta, enfocada principalmente en el uso que se le puede dar y las características que exhibe el funcionamiento de su red. Como se verá a continuación, no es casual el hecho de que se lo catalogara como una “cripto-moneda”.

Comencemos por el uso. ¿Qué puedo hacer con bitcoins hoy? La respuesta es sencilla. Exactamente lo mismo que puedo hacer con cualquier moneda de curso legal (pesos argentinos, dólares estadounidenses, euros, según el lugar del planeta en que me encuentre) pero a una escala todavía menor.

En tal sentido, si lo deseo, puedo usar bitcoins para comprar bienes o pagar servicios, tanto en el mundo digital como físico. A modo de ejemplo, ya hay una gran cantidad de plataformas online que lo aceptan como medio de pago. A través de ellas se puede adquirir desde un electrodoméstico o indumentaria deportiva, hasta un pasaje aéreo hacia el exterior; o abonar por algún servicio informático, como la registración de un dominio en internet, el servicio de alojamiento web de un sitio o la contratación de una red VPN, entre otros.

Incluso ya hay restaurantes y hoteles ubicados en la Ciudad de Buenos Aires que aceptan pagos en bitcoins. Uno puede ir, sentarse a almorzar y

pagar la comida a través de este medio; u hospedarse y abonar de idéntica forma el alojamiento. Hasta fue noticia dos veranos atrás la aparición de un balneario en la ciudad costera de Pinarque que aceptaba bitcoins como medio de pago para el alquiler de carpas y sombrillas.

Vale aclarar, igualmente, que por el momento son pocos los locales comerciales que lo han implementado. No obstante, existen varias plataformas que se dedican, precisamente, a masificar el uso del Bitcoin, ofreciéndole a los distintos comercios, sin importar el rubro, un sistema de procesamiento de pagos a través del cual poder incluirlo dentro de las opciones de cobro. Esta práctica, que aún no ha tenido gran desarrollo en nuestro país, exhibe niveles de mayor expansión en algunas ciudades del exterior (por ejemplo, en la zona comercial de Akihabara, en plena ciudad de Tokio, muchas tiendas electrónicas aceptan el Bitcoin como medio de pago).

En la misma línea, también han aparecido varios emprendimientos que pusieron el foco en facilitarle al cliente el uso del Bitcoin para transacciones diarias. Por ejemplo, emitiendo una especie de 'tarjeta de débito' con la cual poder realizar pagos en moneda fiduciaria (según el caso, pesos argentinos, dólares estadounidenses, etc.) pero respaldada con sumas de bitcoins almacenadas en cuentas abiertas dentro de la respectiva plataforma.

Sin embargo, el uso del Bitcoin no se limita a la mera posibilidad de comprar bienes o pagar servicios. También puede ser intercambiado con monedas de curso legal, como lo es el dólar estadounidense o el peso argentino. En tal sentido, existen varios sitios web que funcionan como “casas de cambio” online y cotizan el Bitcoin como si fuese una moneda más; es decir, ofrecen la compra o venta de bitcoins a precio comparativo con las mencionadas divisas.

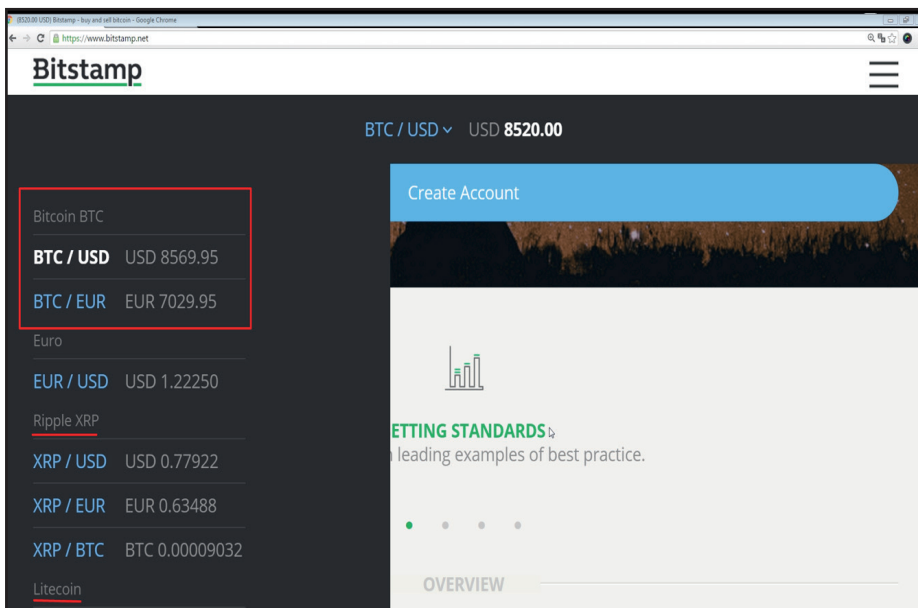
Básicamente, uno puede ingresar en ellos y vender bitcoins que estén en su poder, llevándose a cambio el monto equivalente en alguna moneda legal; o al revés, depositar sumas de pesos o dólares y retirar el monto equivalente en bitcoins. La mayoría de estos sitios, además, incluyen dentro de su oferta la posibilidad de “intercambiar” los bitcoins por alguna otra de

(12) Un comunicado de características similares fue emitido por el organismo en fecha 20 de mayo de 2021, en conjunto con la Comisión Nacional de Valores —cfr. <http://www.bcra.gov.ar/Noticias/alerta-sobre-riesgos-implicancias-criptoactivos.asp>

las denominadas cripto-monedas (Litecoin, Ether, XRP, etc.), a las cuales cotizan y comercializan de idéntica forma.

Cabe resaltar que las características del servicio que brindan estas plataformas, esto es, los medios de pago ofrecidos, las comisiones impuestas por cada transacción, las divisas aceptadas, las vías o limitaciones de retiro del capital y los requisitos exigidos para operar, varían según cada una de ellas y hasta pueden verse influenciadas tanto por el país en que se encuentran radicadas como aquel desde el cual actúan los usuarios (13).

Las imágenes que se muestran a continuación reflejan cómo se exhibe en algunos de estos sitios la cotización del Bitcoin o la de alguna otra denominada cripto-moneda, la cual puede verse modificada segundo a segundo.

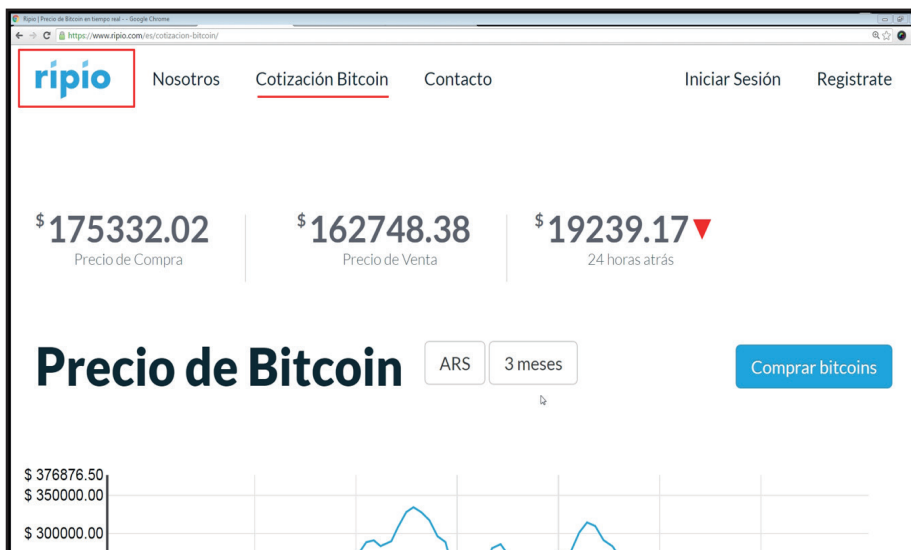


www.bitstamp.com

(13) A modo de ejemplo, la Directiva 2018/243 emitida por parte del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión de Europa, relativa a la "prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo", posiciona como 'Sujetos Obligados' a aquellas compañías que, en el ámbito de la Unión Europea, operen como proveedoras de servicios de cambio de monedas virtuales por monedas fiduciarias, o bien de custodia de monederos electrónicos. Por consiguiente, les exige cumplir con las obligaciones de 'Diligencia Debida' con respecto a determinados clientes, entre las cuales se encuentra la de su correcta identificación, la evaluación y obtención de información sobre el propósito de una operación o la índole de una relación de negocio, y hasta la aplicación de medidas de seguimiento o escrutinio de transacciones (cfr. arts. 2.3.g y 13).

Cryptocurrency	Price (USD)	Change (%)
Bitcoin (BTC)	8,561.3	4.2%
Ethereum (ETH)	835.63	1.5%
Ripple (XRP)	0.77500	1.2%
Litecoin (LTC)	150.41	0.1%
EOS (EOS)	8.6840	0.4%
Bitcoin Cash (BCH)	1,247.8	26.3%
NEO (NEO)	113.34	2.0%
Iota (IOTA)	1.8522	5.2%
Ethereum Classic (ETC)	20.960	6.2%
Dash (DASH)	592.60	8.9%
Monero (XMR)	240.89	12.5%
Zcash (ZEC)	410.76	12.8%
OmiseGO (OMG)	12.190	0.8%
Bitcoin Gold (BTG)	114.50	12.8%
aelf (ELF)	1.3360	1.5%
Santiment (SAN)	1.8500	8.7%

www.bitfinex.com



www.ripio.com (esta web cotiza el precio del bitcoin en pesos argentinos y brinda muchas facilidades para su compra-venta).

Es importante aclarar que este tipo de operaciones (intercambiar sumas de bitcoin por unidades de valor de alguna moneda de curso legal, o mismo de alguna otra cripto-moneda) pueden ser realizadas, tranquilamente, sin necesidad de recurrir a este tipo de plataformas; es decir, dos personas, sentadas frente a frente en un bar o separadas por kilómetros de distancia, llevando consigo los dispositivos a través de las cuales administran sus respectivas billeteras digitales, pueden materializar la transacción sin ninguna dificultad. De hecho, existen foros o grupos en redes sociales que operan

como lugares de 'encuentro' para que se conecten entre sí eventuales compradores y vendedores (14).

Hasta aquí, pareciera ser que el uso que se le puede dar al Bitcoin no deja espacio para muchas dudas; al menos desde lo fáctico, podemos decir que estamos frente a una especie de moneda virtual que, aún sin ser de curso legal, es decir, sin ser emitida ni autorizada por la respectiva autoridad gubernamental (en nuestro caso, el Banco Central de la República Argentina), es aceptada y utilizada voluntariamente dentro de un mercado pequeño, con foco principalmente en la web, que tiende a expandirse cada vez más. A su vez, como tal, puede ser fácilmente intercambiado por divisas que, a diferencia suya, sí tienen una circulación autorizada y operan como monedas fiduciarias (pesos argentinos, dólares estadounidenses, euros). Ello, naturalmente, lo vuelve muy atractivo para el mundo de la actividad criminal.

Ahora bien, ¿por qué hablamos de criptomoneda? Esta pregunta nos lleva directo a meternos en lo que es el funcionamiento de su red. Intentemos una primera aproximación, con la advertencia al lector de que hay conceptos que recién podrán ser apreciados con mayor claridad una vez que avancemos, a través del uso de imágenes y ejemplos, en el análisis de cómo se desarrollan las transacciones y las búsquedas en la blockchain ("cadena de bloques") (15).

La principal característica del Bitcoin, más allá de la innovación que implica el hecho de que sus unidades de valor no tengan soporte físico de ningún tipo, es que su funcionamiento no está sujeto al control y respaldo de una institu-

(14) Hay sitios web (por ejemplo, www.LocalBitcoins.com) que, además de contactar entre sí eventuales compradores y vendedores, actúan directamente como un intermediario formal de la transacción. Desde una posición de 'garante', retienen la suma de bitcoins hasta tanto ambas partes hayan confirmado la concreción del pago acordado.

(15) Igualmente, si es del interés del lector introducirse con mayor profundidad en los conocimientos técnicos detrás del funcionamiento de la red Bitcoin, recomiendo la lectura del libro "Mastering Bitcoin", escrito por Andreas M. Antonopoulos. Asimismo, para una visión más orientada a su posible impacto en el futuro de la economía y la escalabilidad en su uso para transacciones diarias, la mejor opción es el libro "El Patrón Bitcoin", escrito por Saifedean Ammous.

ción central, es decir, no hay una autoridad responsable de su emisión y puesta en circulación. Por el contrario, funciona en forma descentralizada a través de una red electrónica de pares denominada *peer to peer* (P2P), la cual no solo utiliza técnicas de criptografía para procesar y registrar las transacciones, sino que, además, es controlada por sus propios usuarios (16).

Básicamente, a través de la mencionada tecnología blockchain se estructuran secuencial y cronológicamente todas las transacciones que acontecen en la red, creándose una especie de registro global y único de ellas, de carácter permanente y público, que puede ser accedido para su visualización por cualquiera que lo desee (como si se tratase de un gran libro contable). Esta base de datos se va retroalimentando y es compartida por todos los nodos de la red, es decir, por todos aquellos equipos informáticos que, a la manera de "pares" o "iguales", participan en ella y le brindan algún tipo de soporte, lo que vuelve computacionalmente muy difícil, para no decir inviable, su modificación.

La transferencia de bitcoins se concreta, simplemente, renunciándose a su posesión. Cada usuario que participa en la red posee una especie de *billetera digital* en la que resguarda juegos de llaves criptográficas, públicas y privadas, en las que se enlazan las respectivas unidades de valor. La dirección pública actúa como punto receptor del pago. La privada, en cambio, sirve para autorizar el traspaso. Una vez que este se concreta, lo que ocurre no es más que una reasignación del poder de disposición sobre las unidades transferidas (en el punto siguiente veremos este tema con mayor profundidad).

La información de la transacción se transmite a toda la red, la cual previo a aceptar su validez, esto es, incluirla en un bloque y añadirlo a la cadena existente, verifica por medio de una operación algorítmica la autenticidad de las llaves involucradas y la disponibilidad de las unidades de valor enviadas. Este proceso de validación se

(16) Esto es muy importante tener presente a la hora de dirigir una investigación penal. Así como no hay ningún servidor o punto de control 'centralizado' en el que se almacene toda la información de la red, tampoco hay una autoridad responsable que la maneje o coordine, a la que eventualmente se pueda recurrir para requerir información sobre sus usuarios y/o transacciones.

denomina “minería” y es llevado adelante por nodos especiales que, para dicha labor, ponen a disposición una gran cantidad de esfuerzo computacional. A cambio de ello, por cada bloque generado y añadido a la cadena, se los recompensa con una determinada suma de bitcoins ya establecida previamente. Este incentivo hacia los “mineros”, precisamente, es la forma novedosa que adopta el Bitcoin para crear y poner en circulación sus unidades de valor. El número máximo de creación ya está fijado en 21 millones de bitcoins.

Es importante aclarar que los “mineros”, además, pueden recibir como recompensa una comisión por cada transacción validada e incluida en el bloque añadido, la cual es asumida y fijada por el propio usuario transferente. Aquellas operaciones que mayor monto ofrezcan en tal concepto van a ser confirmadas en un orden prioritario. La red está programada de forma tal que, cada diez minutos aproximadamente, se incorpore a la cadena un bloque con un nuevo grupo de transacciones (17).

II.2. Cómo operar en la red Bitcoin

Formulada ya una explicación general sobre su funcionamiento, se intentará en este punto profundizar respecto de cómo se desarrollan las operaciones con bitcoins, usando como eje la perspectiva del usuario, es decir, enfocándonos en qué elementos necesita uno para operar y cuáles son los pasos que se deben seguir.

II.2.a. 'Direcciones bitcoin' y 'billeteras virtuales'

Lo primero que hay que saber es que los bitcoins no tienen similitud con los billetes de papel que conocemos y utilizamos en nuestra vida diaria. A diferencia de estos, no se identifican con un número, ni con un código. Por eso la expresión “tengo tal bitcoin” es equivocada, no refleja la realidad. Las que llevan identificación son las direcciones públicas a las que hicimos referencia antes, en las que se enlazan las respectivas sumas de bitcoins (18). Pensando en una analogía para intentar formarnos una mínima representación de ellas, podríamos decir que son como una especie de recipientes en los que se almacenan unidades de bitcoins, cada uno de los cuales está cerrado con un candado cuya llave (la clave privada asociada a la dirección) es la que permite a su dueño —o a quien tenga acceso a la misma— liberar los fondos y disponer de ellos.

Estas direcciones se identifican con una cadena alfanumérica de, por lo general, 33 caracteres, aunque ese número puede variar (incluso pueden presentarse en formatos distintos, como un código QR). La imagen que se muestra a continuación refleja cómo se visualiza una dirección Bitcoin.

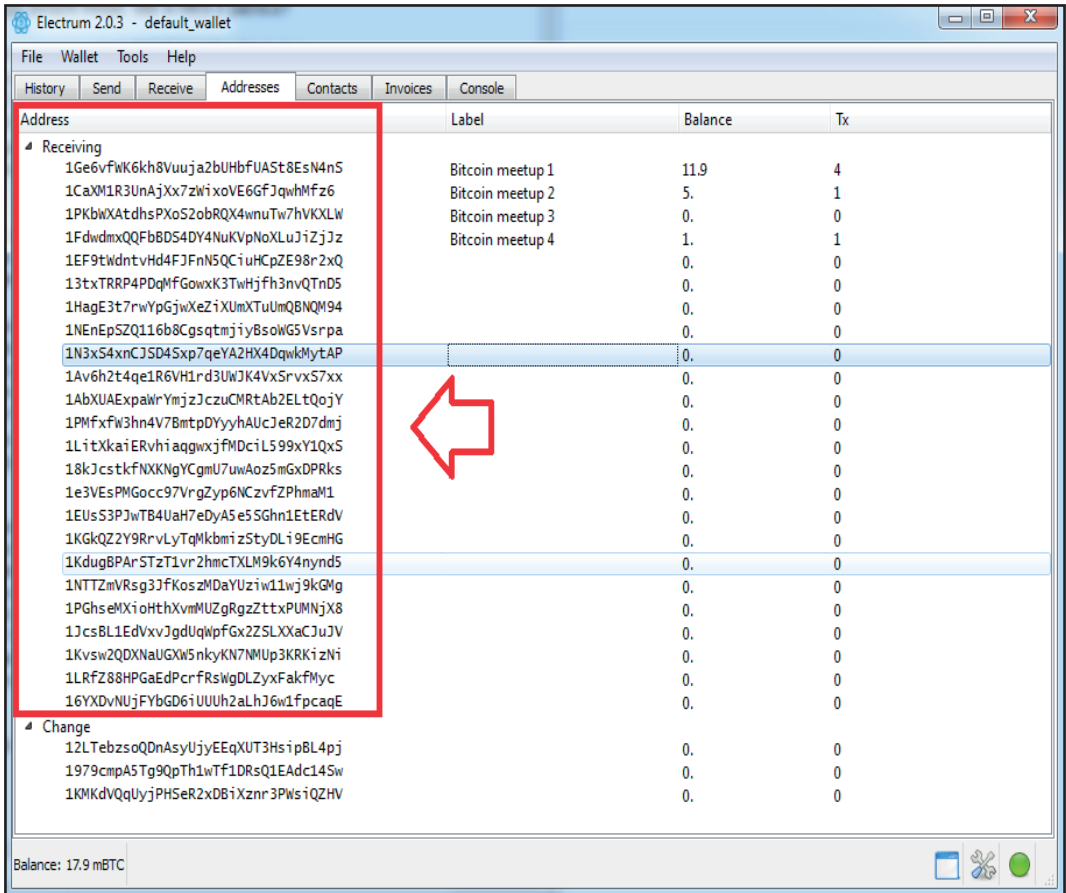


(17) Se dice que una transacción queda completamente confirmada —y ya no hay dudas de su autenticidad— una vez que el bloque que la añadió a la 'cadena' queda enterrado debajo de 4 o 6 bloques incorporados con posterioridad, lo que implica aguardar, al menos, entre 40 y 60 minutos de tiempo. Este punto configura, al igual que el alto valor de la 'comisión' a incluir en la transacción, uno de los tantos problemas que se visualiza hoy en torno a la posibilidad de su escalabilidad para operaciones diarias.

(18) Es importante tenerlo en cuenta por si el día de mañana, en el marco de una investigación, realizamos un procedimiento en el que vamos a buscar algún rastro de una transacción puntual o recabar información sobre los movimientos que pudo haber materializado en la red un usuario en particular.

Si bien estas 'direcciones bitcoin' que actúan como punto receptor de un pago suelen ser asociadas con las llamadas 'billeteras virtuales', es importante aclarar que no son lo mismo. Se trata de cosas distintas, aunque estén íntimamente vinculadas. Las 'billeteras virtuales' (también conocidas como 'carteras' o 'monederos' digitales) no son más que programas que permiten generar y gestionar uno o más de ese juego de llaves criptográficas, conformado, precisamente, por la propia dirección pública y su respectiva clave privada. Es decir, actúan como interfaz para operar sobre la red, permitiéndole al usuario gestionar las distintas direcciones que la componen y enviar o recibir bitcoins a través de ellas.

La imagen que se exhibe a continuación refleja cómo se visualiza en una misma 'billetera digital' las distintas direcciones Bitcoin que la integran.



La imagen corresponde a una cartera denominada "Electrum"

Existen varios modelos de billeteras y cada una presenta funcionalidades distintas, las cuales pueden variar en torno a diversos tópicos, como ser seguridad, privacidad, facilidad de uso, etc. Algunas de ellas consisten en programas que se instalan en computadoras de escritorio y/o portátiles, y se destacan por permitir al usuario *mantener un control absoluto de los fondos almacenados*, ya que es él quien resguarda las claves privadas de las direcciones asociadas y, por ende, quien puede habilitar su desbloqueo (19). Según el caso, operan como un nodo completo de la red (almacenando y actualizando constantemente una copia entera de la *blockchain*), o bien desde una posición externa con respaldo en uno de ellos, a través de un sistema de validación simplificada, lo que los vuelve más ligeros y accesibles. Entre las más conocidas se destacan "Bitcoin Core" y "Electrum".

Otro modelo de 'billetera' es el que se brinda, regularmente, a través de plataformas web o aplicaciones móviles. Las empresas que las administran ofrecen a los usuarios el servicio de custodia y manejo de sumas de bitcoins. Básicamente, le garantizan su cuidado y se encargan de ejecutar todas las operaciones que aquel disponga (funciona como una cuenta abierta en un banco). Por lo general, cobran una comisión por cada transacción y presentan una interfaz sumamente amigable, en la que quizás no haya que recordar más que una sola contraseña general. De hecho, se destacan por facilitarle al cliente la disposición de los fondos de manera rápida, sencilla y sin importar el lugar físico en que se encuentre. Ello las convierte en las más

(19) Cabe aclarar, igualmente, que la mayoría de las billeteras están configuradas de forma tal que el usuario, a la hora de operar, no tenga que estar colocando la clave privada de cada dirección involucrada en la transacción a realizar; e incluso, para el caso en que por una cuestión de seguridad o con motivo de un infortunio, necesite regenerar la billetera en otro equipo o migrar las direcciones hacia otra cartera (en el mundo Bitcoin, a esta última acción se la conoce como "exportar direcciones"), algunas utilizan un esquema de derivación de claves privadas que le permiten a aquél evitar tener que recordar o registrar cada una de ellas, con las dificultades que ello conlleva, en función de la gran cantidad de caracteres que las componen, y trabajar únicamente con una "clave maestra" - más conocida como semilla— conformada aleatoriamente por doce palabras. Otras, directamente, crean en el propio equipo una copia de seguridad (backup) de las respectivas claves privadas.

elegidas dentro del ecosistema Bitcoin, pero lo cierto es que son las que menos seguridad ofrecen. Es que el usuario debe *delegar en el proveedor del servicio el control de los bitcoins*, como sucede en nuestra vida diaria con los fondos que se depositan en una institución bancaria. Por ello es necesario confiar en su honestidad (20). Entre las más utilizadas en la actualidad, se destacan las carteras ofrecidas por empresas como "Binance", "CoinBase", "Xapo" y "Bitstamp", las cuales, vale aclarar, también ofrecen el ya mencionado servicio de *exchange* (intercambio por monedas fiduciarias u otras cripto-monedas) (21).

Por último, están los dispositivos físicos diseñados específicamente para almacenar claves privadas que, según el caso, pueden o no tener funcionalidades operativas (de hecho, un papel con la respectiva anotación puede cumplir esa misma tarea). Generalmente se los utiliza para guardar grandessumas de bitcoins y se los mantiene "congelados" en el tiempo, es decir, se intenta no concretar ninguna operación a través de ellos, ya que al estar completamente aislados de toda conexión a internet están menos expuestos a posibles ataques y/o

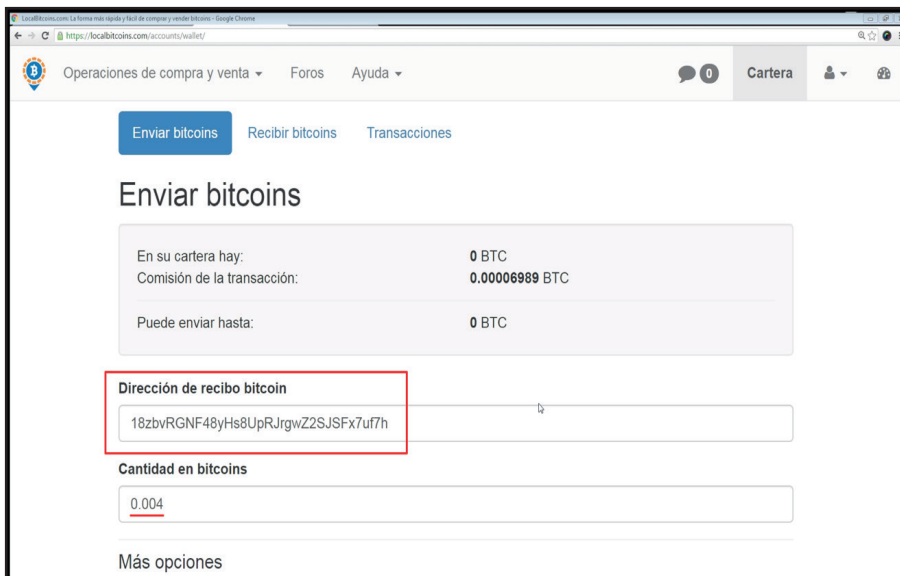
(20) A lo largo de los años, desde la creación del Bitcoin, ha ocurrido muchas veces que plataformas web que ofrecían el servicio de "billetera online" resultaron hackeadas y sufrieron la sustracción de los fondos almacenados por los usuarios, no pudiendo responder ante ellos frente a semejante pérdida. El caso más conocido tuvo lugar en el año 2014 y fue el del broker MtGox.com, radicado en la ciudad de Tokyo, Japón, cuyas pérdidas ascendieron a la suma de 850.00 bitcoins (para ese momento, alrededor de 470 millones de dólares). También ha sucedido que ciertos sitios web, tras generar confianza en la comunidad y atraer clientes a partir del ofrecimiento de determinados beneficios (ej. retornos dinerarios en función del 'cuidado' temporal de los bitcoins), repentinamente dejaron de estar en línea y desaparecieron por completo del mapa, perdiendo los usuarios las sumas allí depositadas.

(21) Uno puede acceder a esos sitios web —o descargar sus aplicaciones móviles—, crearse una cuenta y adquirir unidades de valor tanto de Bitcoin como de alguna otra cripto-monedas, las cuales podrá almacenar en la propia 'billetera' que la plataforma ofrece y, desde allí, ejecutar todas las operaciones que desee (enviar bitcoins a una cartera externa, brindada por otra compañía; recibir bitcoins provenientes de ella; efectuar cambios por monedas fiduciarias; etc.). Entre las empresas argentinas más reconocidas que ofrecen este mismo servicio a través de plataformas web y/o aplicaciones móviles, sobresalen "Ripio", "SatoshiTango" y "ArgenBTC".

vulneraciones, lo que les otorga mayor seguridad. Los más conocidos en el mercado son los dispositivos “Trezor” y “Ledger”.

Ya veremos más adelante como los distintos modelos de 'billeteras' que pueden ser utilizados para operar en la red impactan de lleno en lo que es la actividad cautelar, por lo que es sumamente importante conocer cómo se opera a través de cada una de ellas y qué funcionalidades presentan, de forma tal de poder trazar una correcta planificación de dicha medida procesal.

La imagen que se muestra a continuación refleja cómo se visualiza, desde la óptica de un usuario, una 'billetera virtual' brindada por una plataforma web (en este caso www.LocalBitcoins.com).



II.2.b. Transacciones

Como primer punto, es importante destacar que los bitcoins no son unidades fijas que se van moviendo de una dirección a otra; es decir, si yo recibo en una dirección una determinada suma de bitcoins, mi transacción siguiente no va a tener que ser, necesariamente, una única transferencia por ese mismo monto —aunque puede serlo—. En ese sentido, hay que tener presente que los bitcoins *pueden fraccionarse en unidades más pequeñas* hasta llegar a los ocho decimales (la mínima unidad se denomina “satoshi” y se expresa con el siguiente valor: 0.00000001 BTC) **(22)**. De allí que sea posible, si uno lo desea, partir un monto que se recibe, conservar tan solo una parte de aquel y transferir el resto a otras direcciones bitcoin por medio de varias operaciones distintas, concretadas en días, horas, minutos y hasta segundos diferentes.

Veámoslo con un ejemplo. Si uno recibe en una dirección (“A”) la suma de 5 bitcoins, así como puede transferir esa misma cantidad a otra dirección en una única operación, también tiene la opción de: fraccionar el monto, conservar en ella 3.2 bitcoins y transferir el resto de la siguiente manera: 1) una hora más tarde, la suma de 1.2 bitcoins hacia la dirección “B”; 2) al otro día, la suma de 0.4

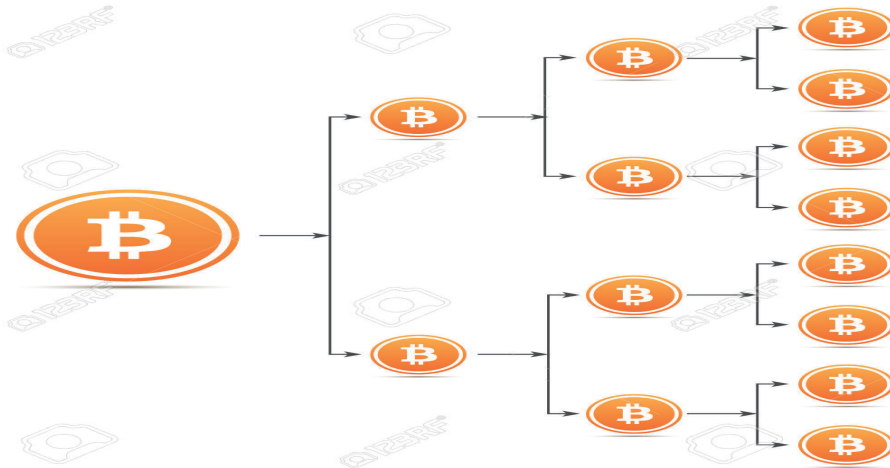
(22) También suele utilizarse como medida el término mBTC, que representa lo que sería una milésima de un bitcoin (1mBTC sería igual a 0.001 BTC).

bitcoins hacia la dirección “C”; 3) y tan solo unos minutos después de que se concretara esta última operación, la suma de 0.2 bitcoins hacia la dirección “D” (23).

A la par de ello, también hay que tener en cuenta que *las direcciones bitcoin no tienen limitación de uso alguna* y, por lo tanto, puede enviarse hacia ellas la cantidad de bitcoins que uno desee, en tantas operaciones como se estime conveniente. Los montos que se reciban irán integrándose a la suma de bitcoins que ya estaba enlazada en la respectiva dirección; y se podrá disponer de su totalidad de idéntica forma a la ya expuesta, esto es, tanto en una única vez por medio de una sola operación, como fraccionándose a gusto, sin ningún tipo de restricción —ni en cantidades, ni en número de operaciones, ni en direcciones de destino—.

Siguiendo con el ejemplo anterior, si en la dirección de recepción (“B”) a la que se envía la suma de 1.2 bitcoins, uno ya tenía enlazado un monto de 0.6 bitcoins —imaginemos, producto de dos transferencias distintas, concretadas en días anteriores por montos de 0.4 y 0.2 bitcoins, respectivamente—, se pasaría a tener en ella un total acumulado de 1.8 bitcoins. Este último monto, precisamente, podría transferirse en cualquier momento, en una sola transacción, a la dirección “C”; o bien podría partirse, conservarse en la dirección “B” la suma de 1 bitcoin y enviarse, en días u horarios diferentes, a las direcciones “C” y “D” el monto restante (podría ser 0.4 bitcoins a cada una de ellas, o bien elegirse cualquier otro tipo de fraccionamiento).

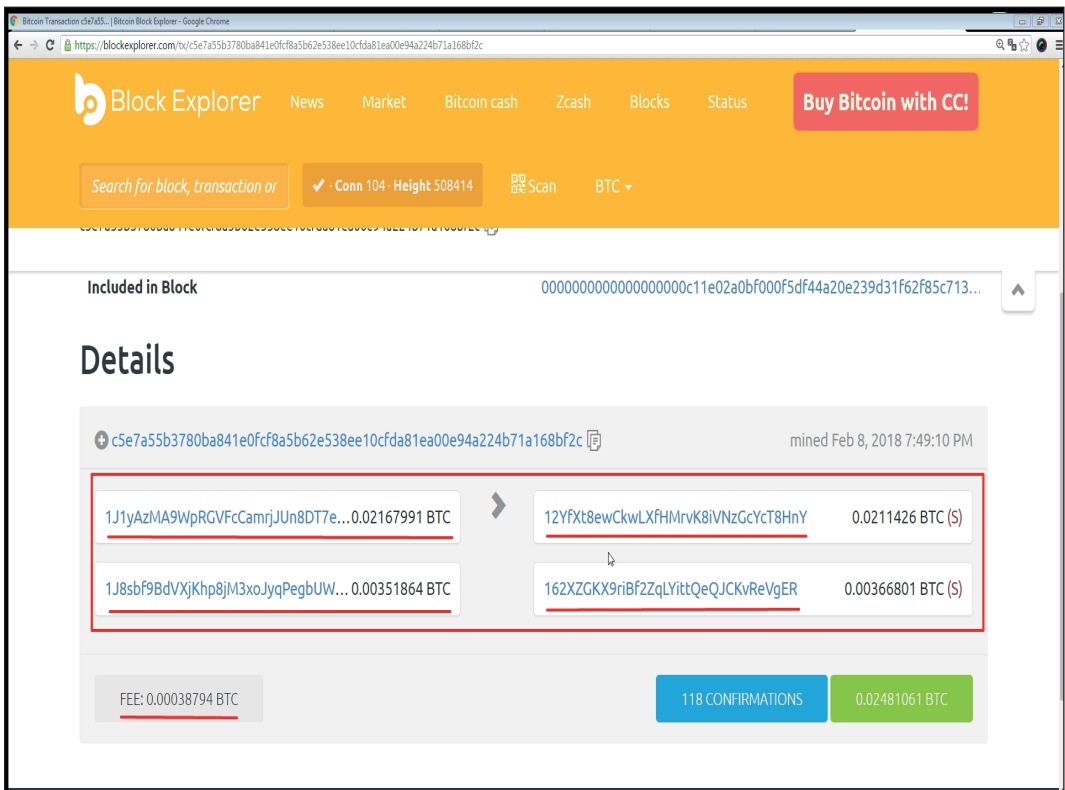
Ahora bien, ¿por qué es relevante marcar estas características que presentan las operaciones con bitcoins? Porque es muy probable que el día de mañana, cuando en el marco de una investigación intentemos seguir el rastro de una transferencia puntual, nos encontremos con un cuadro que exhiba una estructura gráfica similar a la de un árbol con muchas ramas; es decir, que la transacción inicialmente perseguida haya derivado en muchas operaciones subsiguientes, con una gran cantidad de direcciones Bitcoin involucradas y por montos hasta de los más diversos, quedando la suma enviada en un principio completamente licuada.



(23) Cabe aclarar que en un caso real los montos no resultarían así de exactos, ya que habría que descontar en cada transacción una comisión a pagar a los 'mineros' que la validen, integrándola por medio de un bloque a la cadena ya existente.

Una misma transacción, además, puede *incluir tanto múltiples direcciones de envío como de recepción*. En efecto, tal como se señaló, las propias 'billeteras virtuales' nos permiten gestionar las distintas direcciones que la integran y, de esa manera, los fondos que se enlazan en ellas. Así, en única operación, uno puede tomar unidades de bitcoins que están distribuidas en las distintas direcciones que componen la cartera y enviarlas, en la cantidad que decidamos, hacia una o más direcciones ajenas a la misma.

La imagen que se exhibe a continuación refleja con claridad lo marcado en el párrafo anterior. Corresponde a un sitio web que permite visualizar de manera completa la cadena de bloques de la red Bitcoin y muestra en particular una transacción en la cual, desde dos direcciones distintas, se enviaron unidades de bitcoins hacia otras dos direcciones diferentes.



No obstante, hay un detalle que debe ser tomado en consideración. Por la forma en que está configurada la red Bitcoin, las transacciones presentan un esquema particular de "entradas" y "salidas" que obligan al usuario transferente, en ocasiones, a tomar más unidades de bitcoins de las que desea enviar y por ello debe generar, para la restitución de ese sobrante, lo que se conoce como dirección de 'cambio' o 'retorno'.

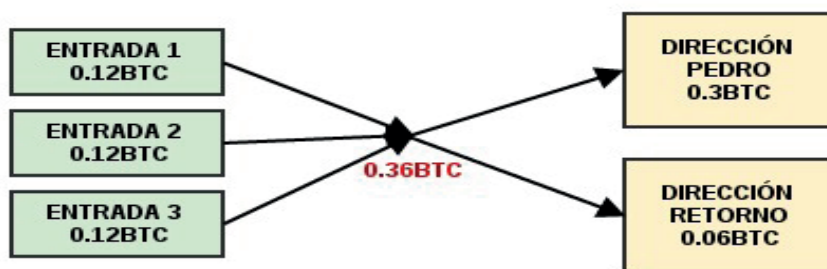
En efecto, las "entradas" representan sumas de bitcoins recibidas en transacciones anteriores y conforman la base de toda transferencia futura, ya que solo se va a poder enviar montos integrados por una o más de ellas. De esta manera, si uno quiere enviar un monto determinado desde una dirección "A" hacia una dirección "B", deberá tomar todas aquellas "entradas" que le permitan poder alcanzar esa suma deseada; y si ello genera un sobrante, toda vez que el monto tomado supera a

aquel que se desea transferir, deberá incluir en la transacción una dirección de retorno (puede ser la misma que la de envío) en la cual recibirlo. De lo contrario, esa suma irá a parar, a modo de “re-compensa”, a manos de los “mineros” que validaron la transacción.

Continuemos con el ejemplo anterior. Imaginemos que de los 5 bitcoins recibidos en la dirección “A”, uno desea conservar en ella la suma de 3.2 y enviar el resto (1.8 bitcoins) hacia la dirección “B”. Como los 5 bitcoins fueron recibidos en una única transacción, conforman lo que antes denominamos una “entrada”; por ende, técnicamente, mi transacción siguiente deberá componerse del mismo valor. En ese caso, al concretar la transferencia de 1.8 bitcoins hacia la dirección “B”, deberá precisar en mi 'billetera' cuál es la “dirección de retorno” en la que quiero que vuelva ese sobrante de 3.2 bitcoins (puede ser la propia dirección de envío o cualquier otra que uno maneje).

Lo mismo sucede si uno, para enviar la suma deseada, necesita tomar bitcoins de más de una dirección dentro de su propia cartera; no podrá tomar las unidades que quiera, sino aquellas que tengan correlato en una entrada anterior. Por ello, de producirse el mismo sobrante, deberá actuar de idéntica manera y generar la dirección de retorno para no perderlo.

La imagen que se exhibe a continuación representa de manera gráfica lo expuesto anteriormente (24).



Vale remarcar, nuevamente, que la mayoría de las 'billeteras virtuales' están configuradas de forma tal de realizar este proceso en forma sistematizada, sin que el usuario tenga que preocuparse por él. No obstante, es importante conocer cómo se compone el núcleo de una transacción y las distintas variables que puede presentar, ya que, como se verá en los capítulos siguientes, ello tiene una incidencia decisiva en lo que es el funcionamiento de las herramientas que permiten individualizar 'carteras' pertenecientes a las distintas plataformas web que brindan algún tipo de servicio vinculado al Bitcoin, 'llave maestra' para intentar abrir el candado de 'anonimato' en el que operan los usuarios de la red.

Además, su desconocimiento a la hora de analizar la información que brinda sobre una determinada transacción la cadena de bloques (*blockchain*), podría llevarnos a extraer conclusiones equivocadas. En tal sentido, habrá que tener presente que en una transacción en la que se incluya más de una dirección de destino, alguna de ellas puede representar la llamada “dirección de retorno” y haber sido generada por la propia 'billetera' del remitente, lo que implicaría que la suma enlazada en ella no fue transferida, sino que aún continúa en poder de este último.

(24) Para poder alcanzar el monto de 0.3 BTC que se deseaba enviar a la 'dirección' de Pedro, se ha necesitado utilizar tres "entradas" diferentes, cada una por un valor de 0.12 BTC. Dado que entre el monto tomado y la suma a transferir se generó una diferencia de 0.06 BTC, el usuario transferente debió introducir en la transacción una dirección de retorno en la cual recibirlo.

II.3. Búsqueda en la 'cadena de bloques' (*blockchain*). Información que se puede obtener

Para empezar, es importante destacar que, si bien las transacciones concretadas en la red Bitcoin son totalmente públicas, aquello que revela la 'cadena de bloques' no es más que las direcciones que han participado de cada una de ellas; es decir, permite saber de qué 'dirección bitcoin' hacia qué 'dirección bitcoin' fue transferida una determinada suma de bitcoins, así como también la fecha y la hora de la operación, mas no quién es su "dueño". No brinda ningún dato de identificación de los propietarios y/o administradores de las direcciones que participaron en cada transacción validada.

Tampoco es posible conocer, a través de ella, las direcciones IP de conexión que utilizaron los distintos usuarios de la red para materializar cada una de las transacciones. Aquí hay que recordar que no existe un nodo concentrador o entidad central que regule el funcionamiento del Bitcoin, sino que son los propios operadores quienes, a modo de 'pares' o 'iguales', procesan y transmiten bajo la forma de propagación las transacciones efectuadas, lo que torna extremadamente difícil llegar a obtener esa información.

Ello no significa que, por consiguiente, toda operación con bitcoins quede sepultada en el anonimato, sino que, simplemente, obliga a emplear otros medios para poder individualizar a la persona que está detrás del manejo de una determinada dirección.

Hay muchos sitios web que ofrecen de manera gratuita el servicio de visualización de la 'cadena de bloques'. Estos se diferencian tanto por el tipo de interfaz gráfica que le brindan al usuario para operar en su plataforma como por la información que presentan —en algunos, se incluyen datos más técnicos; en otros, se evitan en pos de priorizar una interacción más amigable—. La manera de buscar en ellos es sumamente sencilla, aunque es importante conocer de antemano qué información nos interesa obtener. Por ejemplo, si lo que queremos es conocer y analizar todas las transacciones en las que participó históricamente una 'dirección bitcoin'

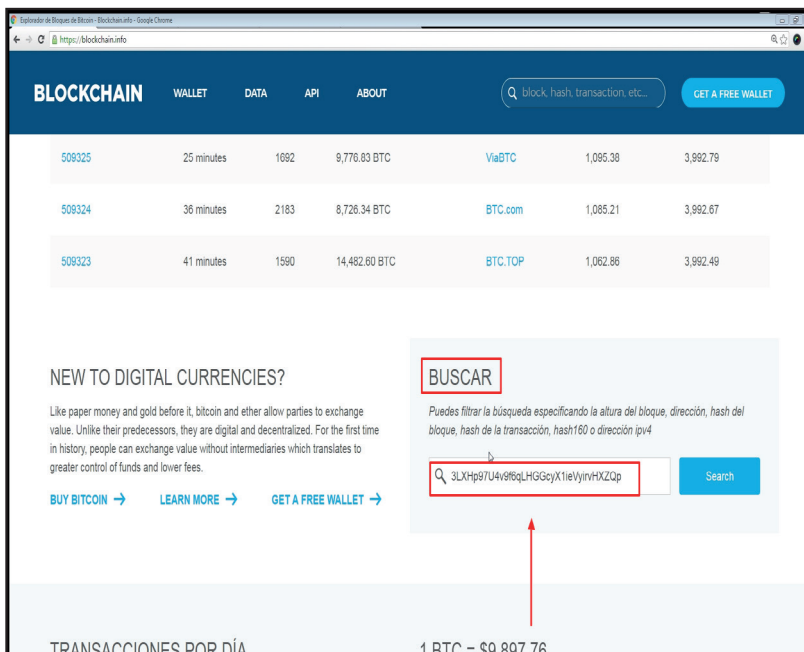
y el saldo que mantiene en la actualidad, será cuestión de enfocar la actividad de búsqueda en esa línea. Por el contrario, si estamos siguiendo una transferencia puntual y queremos saber qué sucedió después, esto es, reconstruir el "árbol" de transacciones generado a partir de ella, conocer por qué montos se materializó cada una y qué direcciones se vieron involucradas —si es que ocurrió ello, ya que tranquilamente la suma transferida pudo haber quedado "congelada" en la dirección inicial que lo recibió—, habrá que dirigirla hacia ese camino. Puede ser, igualmente, que en el marco de nuestra labor nos encontremos frente a un caso en el que nos interese conocer ambas cosas.

Intentemos trabajar con un ejemplo concreto. Veamos cómo se realiza una búsqueda a través de la web *www.blockchain.info* (25). Esta puede iniciarse de dos maneras: consultando los movimientos y el balance que presenta en la cadena de bloques una dirección puntual, o bien preguntando, directamente, por una transacción en particular (26). Para hacer esto último, es necesario conocer, de antemano, el *hash* con que aquella se identifica (es un código que se compone con más de 50 caracteres y actúa como identificador único de cada transacción).

La imagen que se exhibe a continuación refleja el escenario que se nos presenta al acceder a la mencionada web. Dentro de la página principal hay una solapa que se identifica con la palabra "BUSCAR". Allí deben colocarse los caracteres que conforman la dirección que nos interesa consultar o bien, como se dijo, el *hash* que identifica la transacción.

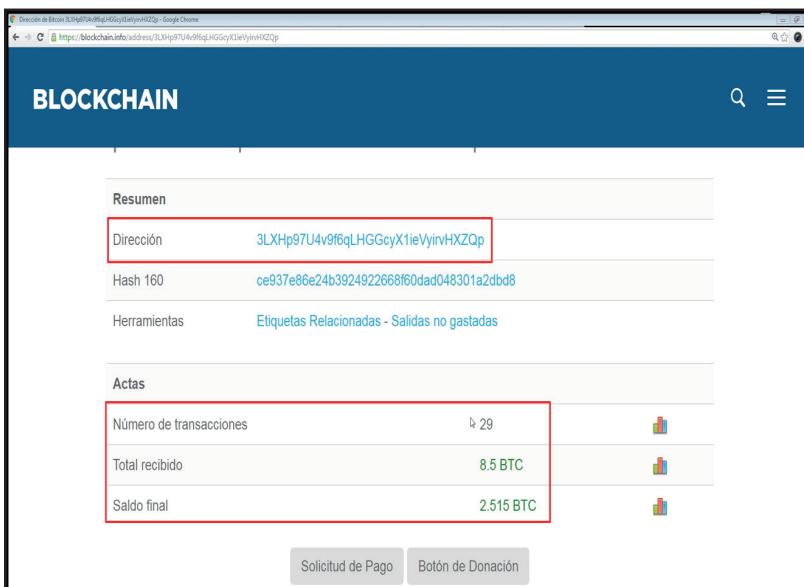
(25) Dicho sitio web es uno más entre tantos otros que ofrecen el servicio de visualización de la cadena de bloques, como por ejemplo <https://blockexplorer.com> o <https://live.blockcypher.com>. Su elección para trabajar como ejemplo se debió, simplemente, a que en mi consideración es la que presenta una interfaz gráfica más amigable para el usuario.

(26) También se puede consultar por un determinado bloque añadido a la red y ver los datos técnicos detrás de su composición, incluidas las transacciones que lo integran. Sin embargo, dada la finalidad de este trabajo, carece de sentido profundizar la explicación sobre esta modalidad de búsqueda.



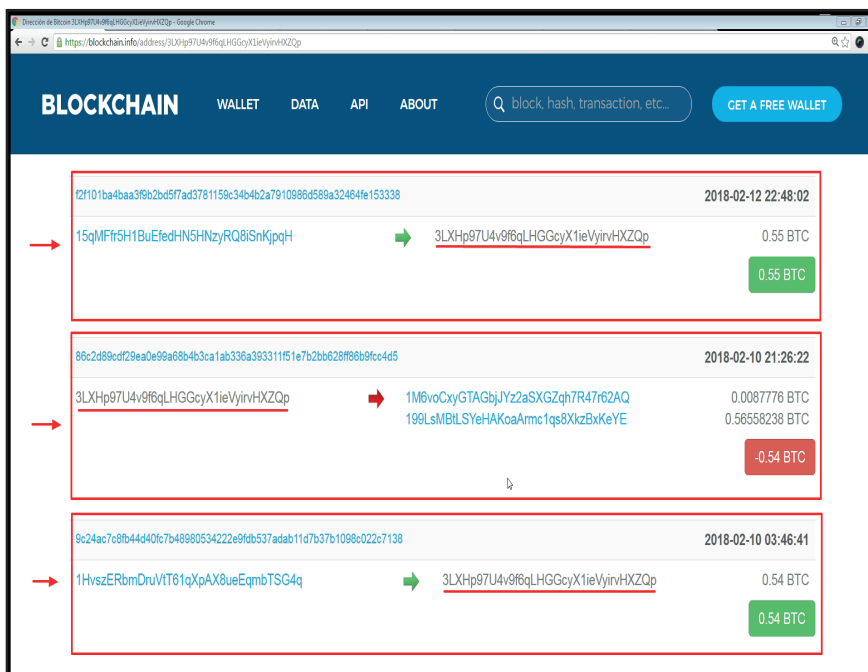
www.blockchain.info

La consulta sobre una dirección en particular arroja como resultado, en primer lugar, un balance inicial de ella: número de transacciones en las que participó, total de bitcoins que recibió y saldo actual, esto es, unidades que aún mantiene enlazadas.



https://blockchain.info/es/address/3LXHp97U4v9f6qLHGGcyX1ieVjirvHXZQp

En segundo término, brinda un listado ordenado en forma cronológica con todas las operaciones en que participó, el cual incluye tanto transferencias recibidas como realizadas. Sobre cada una de ellas, además, se especifica la fecha y la hora en que tuvo lugar, el *hash* con el que se identifica, el monto por el cual se concretó (detallándose la suma que envió o recibió) y la o las direcciones con las que operó.



<https://blockchain.info/es/address/3LXHp97U4v9f6qLHGGcyX1ieVvirvHXZQp>

Sin embargo, el listado se enfoca exclusivamente en la dirección consultada y por ello no ofrece el detalle completo de la transacción; es decir, si hubo alguna otra dirección que envió sumas de bitcoins junto a ella, no aparece. Tampoco, en el caso opuesto, si hubo alguna otra que recibió a su par. Por tal motivo, si se desea ver esa información, será necesario *clickear* sobre el *hash* que identifica la transacción.

La siguiente imagen corresponde al detalle de la transacción que luce en la segunda posición del listado antes exhibido. En ella se puede advertir claramente cómo se incorporan dos nuevas direcciones dentro del grupo remitente (27).

(27) Hay que tener en cuenta que en esta plataforma, al brindarse el detalle de una transacción, no se especifican las entradas que la conforman. Por ello, de haber más de una dirección remitente, tampoco se indica la suma de bitcoins que ha enviado cada una. Igualmente, de resultar de interés, ese dato puede conocerse de manera muy sencilla. Simplemente habrá que *clickear* sobre cada dirección, localizar la transacción en el listado de operaciones —la cual va a estar enfocada desde su aporte— y verificarlo; o en su defecto, consultar directamente la transacción (a partir del hash único que lo identifica) en algún otro sitio que brinde el servicio de visualización de la cadena de bloques e incluya esa información en particular, como pueden ser, por ejemplo, <https://live.blockcypher.com> o www.blocktrail.com.

BLOCKCHAIN WALLET DATA API ABOUT [GET A FREE WALLET](#)

Transacción Ver información de una transacción de Bitcoin

`86c2d89cdf29ea0e99a68b4b3ca1ab336a393311f51e7b2bb628ff86b9fcc4d5`

3LXHp97U4v9f6qLHGcYX1ieVjrvHXZQp → 1M6voCxyGTAGbjYz2aSXGZqh7R47r62AQ 0.0087776 BTC
 1QLAYuXVefmgmKUX3d1UMQvMexcB8dsfJU 199LsMBtLSYeHAKoaArmc1qs8XkzBvKeYE 0.56558238 BTC

[1AUZGdMWTzNYMPL6L2Cc63peVUVVhT4o](#)

0.57435998 BTC

Resumen		Entradas y Salidas	
tamaño	550 (Bytes)	Entrada total	0.57585118 BTC
Peso	1864	Salida Total	0.57435998 BTC
Hora de Recepción	2018-02-10 21:26:22	Comisiones	0.0014912 BTC
Tiempo de bloqueo	Bloquear: 508557	Tarifa por byte	271.127 sat/B
Incluidas en el Bloque	508558 (2018-02-10 21:28:42 + 2 minutos)	Tarifa por unidad de peso	80 sat/WU
Confirmaciones	1375 Confirmaciones	Estimado de BTCs transaccionados	0.56558238 BTC

<https://blockchain.info/es/tx/86c2d89cdf29ea0e99a68b4b3ca1ab336a393311f51e7b2bb628ff86b9fcc4d5>

Para consultar por una transacción puntual, será necesario conocer, como se dijo, el *hash* único que identifica la transacción: sin embargo, difícilmente ese dato esté a nuestro alcance al momento de iniciarse una búsqueda. En este sentido, lo más probable es que, cuando estemos frente a una investigación en la que nos interese seguir una transferencia concreta, sepamos únicamente el monto y la fecha de la operación, la dirección en que se recibió y, a lo sumo, aquella desde la cual se envió. En ese caso, lo más fácil será efectuar directamente la consulta sobre aquella dirección que actuó como receptora del pago; y una vez que la búsqueda nos arroje todas las operaciones en las que participó históricamente, localizar con los datos antes destacados la transacción en particular que es de nuestro interés. A partir de allí, podremos comenzar el trabajo de indagación.

La metodología para reconstruir el árbol y ver las operaciones que la sucedieron, no presenta ningún tipo de dificultad. Será cuestión de ir *cliqueando* sobre cada dirección que actúa como receptora y ver en el listado cronológico de sus transacciones si con posterioridad a recibir el respectivo monto materializó alguna transferencia y, en su caso, por qué valor. Habrá que tener presente, conforme se explicó, que la suma que reciba una dirección se integra a los fondos ya enlazados en ella y, por ende, puede formar parte de una transacción siguiente por un monto mayor.

II.4. Herramientas informáticas de identificación de 'billeteras virtuales'

En la actualidad, varias empresas han desarrollado herramientas que permiten, por medio de la utilización de algoritmos y a partir de un análisis profundo de las transacciones validadas en la red, entre otras técnicas empleadas, identificar las distintas direcciones que componen una misma 'bi-

lletera' y, más importante aún, determinar cuáles de ellas pertenecen a las plataformas web más destacadas dentro del ecosistema Bitcoin.

Básicamente lo que hacen es estudiar las distintas 'direcciones bitcoin' involucradas en cada operación y, en función de determinados comportamientos evidenciados, agruparlas como posibles integrantes de una misma 'cartera'. A la par, dicha información es complementada con aquella obtenida de una interacción constante con las plataformas mencionadas, la cual surge de realizar depósitos y retiros de sumas de bitcoins en forma continua (28), de forma tal de poder hacer un trabajo asociativo que les permita vincularlas.

Ahora bien, ¿de qué nos sirve en una investigación contar con la información que pueden brindar estas herramientas de identificación? Sin lugar a duda, es de gran utilidad. Tratemos de analizarlo a partir de un ejemplo concreto. Imaginemos que estamos trabajando en un caso en el que se investiga una extorsión en la que su autor —una persona no individualizada— exige a la víctima un pago en bitcoins; y para ello, le brinda una 'dirección bitcoin' en la cual materializar la transferencia. Si realizáramos una búsqueda en la 'cadena de bloques', tal como explicamos antes, a lo sumo podríamos saber si esa dirección participó en alguna transacción y, en su caso, cuándo tuvo lugar y por qué monto. No más que eso. No tendríamos manera de avanzar en la identificación del extorsionador. Al menos, no por esta vía.

Precisamente, el uso de estas herramientas lo que nos permitiría conocer, a partir del trabajo asociativo que hacen, es si la dirección involucrada integra, junto a alguna otra, una misma 'billetera'; y más relevante aún, si alguna de ellas, en alguna oportunidad, concretó una transferencia de bitcoins hacia una dirección administrada por una de estas plataformas web que presta algún tipo de servicio vinculado al Bitcoin. De ser así, claramente abriríamos una puerta para lograr la identificación de la persona que está detrás del acto extorsivo que investigamos. Sin embargo, para profundizar esta

(28) Esta acción permite conocer cómo administran y resguardan los fondos que manejan, además de revelar algunas de las direcciones que componen sus monederos principales —tanto los que utilizan diariamente como aquellos que "congelan" con grandes sumas enlazadas—.

línea de indagación sin cometer errores, necesitaríamos saber, primero, el significado de esa transacción. ¿Qué representó esa transferencia de bitcoins hacia dicha plataforma? ¿Una mera operación de compra/venta entre dos usuarios de la red? ¿El pago de un servicio o la compra de un producto? ¿Un mero traspaso de fondos por parte del mismo individuo?

Para responder ello, es imprescindible conocer qué servicio presta la respectiva plataforma. Por ejemplo, si lo que hace es brindarles a distintos sitios web o locales comerciales un sistema de procesamiento para que puedan aceptar pagos en bitcoins sin tener que preocuparse en administrar y resguardar las direcciones en las que los reciben (como ofrecen los sitios BitPay.com u OkPay.com), sabremos que la transferencia en cuestión debió significar, probablemente, una compra en alguno de estos lugares. Será cuestión que desde la propia plataforma nos indiquen a qué empresa se le asignó el pago, para tomar contacto con un representante de ella y obtener los datos de identificación del cliente que lo realizó, información que, indudablemente, nos acercaría mucho a la persona que está detrás de la extorsión investigada.

En cambio, si la plataforma lo que hace es prestar el servicio de custodia y manejo de fondos ('billetera online'), podríamos estar ante dos escenarios distintos: un posible traspaso de fondos concretado por el mismo individuo, de una cartera a otra; o una transacción que realizó con otra persona. Sea cual sea el caso, a partir de la información que brinde la plataforma, podremos individualizar a quien recibió la transferencia de bitcoins; y desde allí, comenzar a trabajar en miras a desentrañar si se trata del propio autor del hecho o, en su defecto, de alguien vinculado a él.

Así, podríamos seguir con muchos más ejemplos. La escena que nos presentaría una plataforma que, además, funciona como *exchange* (casa de cambio online) u ofrece herramientas de *trading* (ventas o compras programadas, negociación de 'futuros'), podría ser totalmente distinta. Lo mismo con aquella que opera como vía de pago a nivel global, como si fuese una especie de banco virtual; o la que se dedica, simplemente, a conectar vendedores y compradores, actuando como 'garante' de la transacción. En definitiva, cada servicio que pueden prestar estas platafor-

mas nos obliga a pensar situaciones diferentes y a tomar los recaudos necesarios para evitar caer en interpretaciones equivocadas que nos lleven, procesalmente hablando, a tomar decisiones erróneas que impacten negativamente en el curso de una investigación. De allí la importancia de estudiarlas en profundidad y poder asignarle el significado correcto a la operación examinada.

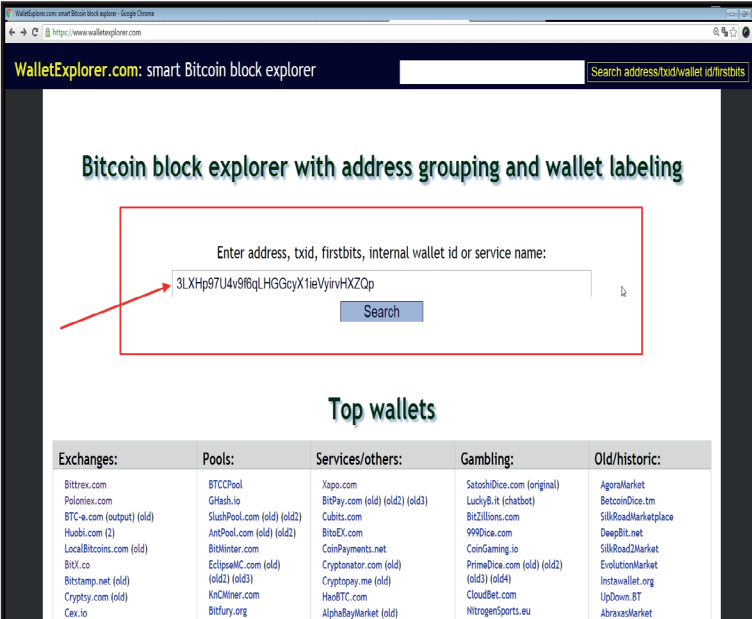
Hasta aquí, no quedan dudas de lo útil que pueden ser estas herramientas de identificación. No solo para individualizar a quien podría detrás del manejo de una cartera, sino también para rastrear, localizar y eventualmente congelar fondos de origen ilícito, ya que, de determinarse su almacenamiento y resguardo en alguna de estas plataformas, será cuestión de recurrir a la empresa que la administra para que materialice su aseguramiento.

Como señalé anteriormente, se trata de herramientas comercializadas por empresas que se dedican a ofrecer soluciones en análisis y búsqueda de datos en blockchain. Sus principales clientes son instituciones financieras, agencias de gobierno y las propias compañías —serias— que brindan servicios vinculados al Bitcoin y no tienen interés alguno en que fondos criminales se almacenen en sus cuentas. La más conocida del mercado es Chainalysis Inc. (www.chainalysis.com).

En la propia web se puede encontrar un sitio (www.WalletExplorer.com) que brinda, de manera gratuita, una versión online de esta herramienta, aunque menos sofisticada y, obviamente, con menos información y recursos disponibles, ya que no tiene el grado de actualización permanente que evidencian aquellas que son comercializadas. Sin embargo, su uso en una investigación puede, eventualmente, ser igual de valioso, por lo que intentaré mostrar, aunque sea mínimamente, cómo se opera a través de ella, y así cerrar con un ejemplo visual la explicación sobre la metodología de trabajo propuesta.

El inicio de búsqueda es igual que en cualquier página que permita la visualización de la cadena de bloques. Puede consultarse por una dirección puntual o bien por una transacción concreta (por medio del respectivo *hash* que la identifica).

Veamos qué sucede en el primer caso. La imagen exhibida a continuación refleja una consulta sobre la misma dirección con la que antes veníamos trabajando.



The screenshot shows the WalletExplorer.com website. At the top, there is a search bar with the placeholder text "Search address/txid/wallet id/firstbits". Below the search bar, the main heading reads "Bitcoin block explorer with address grouping and wallet labeling". A red box highlights the search input field, which contains the address "3LXHpp97U4v9f6qLHG6cyX1ieVjivHXZQp". A red arrow points to the search button labeled "Search".

Below the search interface, there is a section titled "Top wallets" which displays a table of various wallets categorized into Exchanges, Pools, Services/others, Gambling, and Old/historic.

Exchanges:	Pools:	Services/others:	Gambling:	Old/historic:
Bittrex.com	BTCCPool	Yapo.com	SatoshiDico.com (original)	AgoraMarket
Poloniex.com	GHASH.io	BitPay.com (old) (old2) (old3)	LucyB.it (chatbot)	BitcoinDico.im
BTC-e.com (output) (old)	SlushPool.com (old) (old2)	Cubits.com	Bit2ilions.com	SillicoinMarketplace
Huobi.com (2)	AntPool.com (old) (old2)	Bit2EX.com	999Dico.com	DeepBit.net
LocalBitcoins.com (old)	BitMinter.com	CoinPayments.net	CoinGaming.io	Sillicoin2Market
BitX.co	EclipseMC.com (old)	Cryptonator.com (old)	PrimaDico.com (old) (old2)	EvolutionMarket
Bitstamp.net (old)	(old2) (old3)	Cryptopay.me (old)	(old3) (old4)	Instawallet.org
Cryptsy.com (old)	MinMiner.com	HuBTC.com	CloudBet.com	UpDown.BT
Cax.io	Bitfury.org	AlphaBayMarket (old)	NitrogenSports.eu	AbraxasMarket

Como respuesta, la página nos va a arrojar un listado de operaciones ordenado en forma cronológica que no pertenece únicamente a la dirección Bitcoin consultada, sino a todas las direcciones que la herramienta, a partir del uso de un algoritmo específico y bajo los lineamientos que ya se explicó, estima que integran una misma 'billetera virtual', a la cual, además, identifica con un código compuesto por diez caracteres alfanuméricos al solo efecto de facilitar la lectura e interpretación de la información que brinda **(29)**.

Wallet **[000487ff2d]** [\(show wallet addresses\)](#)

Displaying wallet **[000487ff2d]**, of which part is address 3LXHp97U4v9f6qLHGcYX1eVyrVHXZQp. [Show only address 3LXHp97U4v9f6qLHGcYX1eVyrVHXZQp](#)

Page 1 / 50 [Next...](#) [Last](#) (total transactions: 4,978) [Download as CSV](#)

date	received/sent	balance	transaction
2018-02-18 19:44:58	-0.45766012 [00001ce2cb]	0.	00bc220d15b0e0295f2...
	-0.410595 [c47c1aaaf4]		
	-0.21379562 [010657e809]		
	-0.14161634 [0881a1a4bb]		
	-0.1 [03f535c152]		
	-0.04097128 [ef8301b8f0]		
	-0.02564837 [15438a7867]		
	-0.02328 [65fe8e8f3b]		
	-0.02177289 [5d031b8f9d]		
	-0.01423788 [cf7d6c568a]		
	-0.01317885 [ddc2d5f234]		
	-0.00887798 [c834bb7169]		
	-0.00787957 [a6c01e0253]		
	-0.00494611 [6bf35b2045]		
	-0.00433641 [c2cb215710]		
-0.00314385 [c595920435]			
(-0.002122) <i>fee</i>			
2018-02-18 18:46:03	-0.45718973 [69d9b61e29]	1.49406227	00da7f9235a3e677254c...
	-0.06199994 [00002cc7ca]		
	-0.00941433 [2db03762b8]		
	(-0.000506) <i>fee</i>		

Los destinatarios de esas operaciones son identificados por la herramienta de igual manera; como 'billeteras' que pueden ser integradas por una o más direcciones. En la propia imagen puede observarse, a su vez, como el sitio le ofrece al usuario verificar tanto las direcciones que componen esta supuesta billetera (recordar que no deja de ser una estimación, aunque con gran probabilidad de acierto por la base científica en que se apoya) como las transacciones exclusivas que involucran a la dirección que fue objeto de consulta.

(29) La identificación de esta billetera bajo esos caracteres es una creación propia de la web, completamente ajena a la red Bitcoin.

La siguiente imagen exhibe, precisamente, el listado con la totalidad de direcciones que la herramienta asocia a esta misma cartera.

WalletExplorer.com: smart Bitcoin block explorer

Search address/txid/wallet id/firstbits

Wallet **[000487ff2d]** (show transactions)

Page 1 / 42 Next... Last (total addresses: 4,159)

address	balance	incoming txs	last used in block
3GPvJpYFNbzDkagTuF2dQm51jCBZ5x488d	0.	87	507717
3LvXXax2Y7NkRhrqo6HXNhFk3bJGxCQPnG	0.	85	507608
3BA9BURW8Ywru3qFGwCU91NjfbUsg2jtYx	0.	42	508206
3HUC8sJzvQWSEXYau6vLGuoii8qyAeP8tu	0.	36	509294
3MaAwa4mFmTjBdzeq2HDVriYfou4iMXMmf	0.	33	506041
3PSGJanBhpNUUNSwFXacP3WV52pyCDWmoy	0.	28	509654
3JTJqSNGfvF5wgPtuqHRDBwhKkfrEcNAT	0.	26	509820
3LXHp97U4v9f6qLHGgcyX1ieVvirvHXZQp	0.	26	509820
3LLSomsz4FQV42R2BPw2etZzklajLTV1WU	0.	26	509809
3CJtLigEGAQtIKnpRqR8LcNCKBVHcezKC	0.	26	509799
38SXmwPSQwoBGKxNzF2P96bnbHE2kuTE1	0.	26	505994
35QpaVYrvpaDBRsmTTLcLAsNv2GfRw16XC	0.	24	506025
38aXFYee5qgKHx6YuDhtDno37fQJpyRHx4	0.	18	508995
3JwoxNUPtbGgku54146rGmBFyXM3HFmdAA	0.	5	508295

Ahora bien, conforme ya se explicó, la llave para identificar a quién está detrás del manejo de una determinada 'dirección bitcoin', consiste en estudiar los movimientos que presenta la 'billetera que integra' (es decir, todas las direcciones asociadas a ella) y verificar si, en algún momento, concretó una transferencia hacia alguna 'cartera' perteneciente a una plataforma web a la cual, eventualmente, se le pueda requerir información sobre el usuario involucrado.

En el caso que venimos trabajando como ejemplo, se advirtieron varias transacciones concretadas hacia direcciones administradas por plataformas conocidas. La imagen que se exhibe a continuación refleja, precisamente, una transferencia efectuada hacia una billetera que pertenecería a la plataforma administrada por la compañía Bittrex (www.bittrex.com), la cual ofrece, como principal servicio, la compraventa de distintas cripto-monedas (actividad conocida internacionalmente como *exchange*).

Lineamientos para planificar una actividad cautelar eficiente

Time	Address	Amount	Balance	TXID
2018-02-18 12:29:00	[e338c0c181]	+0.22400189	13.62419829	d8869dd3a35ef3ce8db9...
2018-02-18 11:35:45	[d1b50b17c3]	+0.08771389	13.4001364	bbfbcc741bbd4f2a150c...
2018-02-18 11:35:45	[c1784ff0d2]	+0.2	13.31242251	d373fcb732b5ce21ebdd...
2018-02-18 10:59:45	-7. -0.00656605 (-0.003434) fee	Bittrex.com [379ae5c55e]	13.11242251	0db939f9f8f2a5ac3eab...
2018-02-18 10:08:33	[3e3b05882d]	+0.19	20.12242256	e056525d470f35c0feb7...
2018-02-18 09:50:52	[cf49293a66]	+0.22	19.93242256	fcc7bf08290b580feb65...
2018-02-18 09:50:52	[3e14e72203]	+0.48	19.71242256	123d022681824d11285c...
2018-02-18	[454054dc71]	+0.106574	10.22242256	4446010274a0c0f64a3b...

Para ver el detalle de la transacción (direcciones involucradas, montos enviados por cada una), simplemente hay que *clickear* en el *hash* que la identifica.

Txid	0db939f9f8f2a5ac3eabe9326bda6fef40b04ef7015268b493eef036c16f92ea		
Included in block	509761 (pos 121)		
Time	2018-02-18 10:59:45		
Sender	[000487f2d]		
Fee	0.003434 BTC (108.36 satoshis/byte)		
Size	3169 bytes		

inputs: 18 (7.01000005 BTC)		unique addresses: 18, source transactions: 18	outputs: 2 (7.00656605 BTC)		unique addresses: 2, spent: 1
0.	38CU38oe76KowQZjGS41Cm11ca5Hd1uTu3	0.4 BTC	prev. tx		
1.	3NFP2CXkDu66VSNYH8ZNAUhn8CjUQUHyVc	0.38694474 BTC	prev. tx		
2.	3ZmGRQaofdvJade3Wku7epmX6DXKcQOag	0.40728883 BTC	prev. tx		
3.	3Mgd3ZPBkDtpBIXGRUvNRJRiWC21CYn1TV	0.42 BTC	prev. tx		
4.	3KEZhnvq5fIMCNin7FQf6fPvhdT8PEF3kb	0.4 BTC	prev. tx		
5.	3GYZH9y32ESELahU78Cc7LEe4pZn4ti5	0.389 BTC	prev. tx		
6.	3BFG47yPdH9NirtgeDYR4xnXP6QTvYARem	0.4 BTC	prev. tx		
7.	3HmBdVlmyAF97QvriPPDz2MvTfxixpCo8E	0.4 BTC	prev. tx		
8.	3BxmE6NnUJqifV13F5X2M6XBRRvAbcC	0.48 BTC	prev. tx		
9.	3Lb3eAqRB7XGogpR8H75wWlZu1cZiK	0.39867157 BTC	prev. tx	1NoHmbqw9oTh7nNKsa5Dprtd3dva3kF1ZG	Bittrex.com 7. BTC next tx
10.	3BhXmGZANkDkcanEFcuQHRnHxGU1fk4R	0.3 BTC	prev. tx	1L31tQBNSqLuLw8NtXs64uMpm6ZanE39J7	[379ae5c55e] 0.00656605 BTC unspent
11.	3PP347b8dwJwXLAfveb27x2UWYix8PW1s	0.4230941 BTC	prev. tx		
12.	34cqQeGhWfrMvSjUVHzxvcsfYkwdH8MKa	0.38591747 BTC	prev. tx		
13.	3CEiubamKf6VceUzU6mAl1cv8H8qxDKCB	0.47099562 BTC	prev. tx		
14.	3LAWQky7gcJLVMlLu6QzGo5iU1KiR1g	0.48 BTC	prev. tx		
15.	3CwrzHxqJ49xJtn41MQvMBH5NMEiQLd6Qc	0.38681013 BTC	prev. tx		
16.	3GvphWJGeB4LHM6FBHGkZekArDoR56a4	0.01127759 BTC	prev. tx		
17.	35QZv55vmNj3VPpWokPrGLDgTThWwM7vi3	0.47 BTC	prev. tx		

De allí en más, comenzará el trabajo ya explicado de interpretar qué representa la transacción, a partir del servicio que presta la plataforma, y contactar a la empresa que la administra para que nos brinde la información del usuario al que se le acreditaron los fondos enviados.

II.5. Descripción de las principales plataformas que prestan algún tipo de servicio vinculado al bitcoin

La importancia de conocer qué servicio brindan las distintas plataformas del ecosistema Bitcoin ya ha sido señalada en varias oportunidades a lo largo de este trabajo. Sin embargo, abordar una explicación de todas y cada una de ellas, resultaría una tarea de muy difícil concreción, máxime teniendo en cuenta que, a raíz de la expansión que ha evidenciado el uso de esta cripto-moneda a nivel mundial en los últimos años, se ha multiplicado la aparición de nuevos desarrollos comerciales. Por ende, el foco de este capítulo va a estar centrado en describir únicamente el funcionamiento de las más conocidas y utilizadas (que más volumen de mercado abarcan) a escala global, las cuales, en definitiva, ofrecen la mayoría de los servicios hoy disponibles.

También se hará una mínima mención sobre cómo operan las plataformas conocidas bajo el nombre de "Mixer" (mezcladora) y qué dificultades nos pueden traer en el marco de una investigación a la hora de intentar reconstruir un flujo de fondos.

II.5.a. LocalBitcoins (www.localbitcoins.com)

Se trata de una plataforma virtual (a la que se puede acceder tanto vía web como a través de una aplicación móvil) que tiene como objeto, a partir de la interacción entre sus usuarios y por medio de la publicación de anuncios, permitir la compraventa de bitcoins, con la particularidad de que el sitio actúa como intermediario en cada transacción.

La manera de operar dentro de ella es la siguiente: aquel usuario que desee ofrecer la venta de bitcoins, deberá tener almacenada la respectiva cantidad ofertada en su propia 'billetera virtual'. Una vez que el eventual comprador,

también usuario de la plataforma, se muestra interesado en la oferta e inicia el proceso de adquisición de la suma de bitcoins —el cual incluye una interacción con el vendedor a fin de cerrar los aspectos formales de la operación—, el monto ofrecido es extraído automáticamente de la cuenta del vendedor y alojado en un depósito de garantía administrado por el sitio. Concretado el pago y confirmada su recepción por el vendedor, se libera el monto de bitcoins retenidos y se deposita en una de las direcciones que integran la billetera del comprador.

Para operar en la plataforma se debe estar previamente registrado (se debe superar un proceso de identificación —Know Your Customer—). La empresa que la administra es LocalBitcoins Oy y, según se indica en el propio sitio web, tiene sus oficinas en la ciudad de Helsinki, Finlandia, y se halla inscrita tanto en el registro mercantil como en el organismo de control de entidades financieras de dicho país.

II.5.b. Bitpay (www.bitpay.com)

Esta plataforma (a la que también se puede acceder por medio de una aplicación móvil) se dedica a prestar una gran variedad de servicios vinculados al Bitcoin, tanto a nivel empresarial como individual. Se destaca, principalmente, por ser reconocida mundialmente como la mayor procesadora de pagos del mercado. Ese es el principal servicio que presta y el que utiliza la mayoría de sus clientes. Consiste en ofrecer tanto a los sitios web como a locales comerciales, la posibilidad de adherir el Bitcoin como opción de pago.

A la par de ello, también brinda carteras para que sus usuarios puedan operar individualmente en la red o realizar pagos en comercios adheridos. Incluso hasta ofrece la opción de obtener tarjetas de débito para utilizar en distintos países del mundo, respaldadas con sumas de bitcoins depositadas en cuentas abiertas dentro de la propia plataforma.

La empresa que administra la web es Bitpay Inc. y sus oficinas se ubican en la ciudad de Atlanta, Georgia (Estados Unidos de América). Según se indica en el propio sitio web, se encuentra sujeta a las leyes y regulaciones de dicho país.

II.5.c. Binance (www.binance.com)

Se trata de la plataforma más utilizada en la actualidad a nivel mundial. Es la que más visitas semanales promedio presenta y más operaciones de intercambio realiza (30). Se destaca por prestar una gran variedad de servicios vinculados tanto al Bitcoin como a otras criptomonedas (incluso variedad de tokens monetizados, que responden a protocolos DeFi —Finanzas Descentralizadas—), además de permitir operar con una gran cantidad de monedas fiduciarias de distintos países. Al igual que las anteriores, también se puede acceder a ella por medio de una aplicación móvil.

Para empezar, ofrece a los usuarios el servicio de 'billetera online', a través del cual pueden recibir y enviar fácilmente sumas de bitcoins, como así también de otras 'monedas virtuales'. En línea con ello, brinda un espacio para su compraventa, para lo cual actúa como si fuese una casa de cambio común y corriente, pero que opera de manera virtual: uno puede tanto depositar en su cuenta sumas de bitcoins que estén en su poder y retirar su valor en moneda fiduciaria, como realizar el procedimiento opuesto: depositar o transferir sumas de esta última, comprar bitcoins y retirarlos, es decir, transferirlos a alguna otra billetera virtual ajena al sitio (también está la posibilidad de intercambiarlo por alguna otra cripto-moneda). Las opciones de pago y retiro de dinero dependerán, básicamente, del lugar desde el cual uno opere. No obstante, para superar cualquier eventual restricción, brinda un espacio de compraventa entre usuarios denominado P2P, el cual permite que entre ellos acuerden los términos de la transacción y concreten el intercambio de manera presencial —pago en efectivo—, limitándose la plataforma a actuar como 'garante' de la operación.

Dentro de la plataforma también es posible realizar diversas operaciones de *trading*, como programar órdenes de compra y de venta a futuro, sujetas a determinadas condiciones; u obtener una tarjeta de débito para utilizar en distintos países del mundo, respaldada, precisamente, con sumas de bitcoin (u otra criptomoneda) almacenadas en ella. Por su parte, a nivel

empresarial, también actúa como procesador de pagos y ofrece tanto a los sitios web como a locales comerciales, la posibilidad de adherir el Bitcoin dentro de sus opciones de cobro.

En cuanto a la ubicación física de sus oficinas o sede legal, no es posible dar una respuesta precisa. Como lo marcan infinidad de notas periodísticas publicadas por sitios especializados, Binance opera como un 'negocio descentralizado' a través del cual buscaría escapar, al menos por el momento, a toda regulación local sobre sus actividades. De allí la imposibilidad de situarla sobre una jurisdicción en particular.

II.5.d. Coinbase (www.coinbase.com)

Esta plataforma cuenta como servicio principal el ofrecer a los usuarios una cuenta a través de la cual poder recibir, almacenar y enviar fácilmente tanto sumas de bitcoins como de otras cripto-monedas (entre ellas, Ether, Litecoin, BitcoinCash, XRP). Al igual que las anteriores, brinda la posibilidad de asociar a dicha cartera una tarjeta de débito para utilizar de manera física en locales comerciales y/o retirar dinero en efectivo de cajeros automáticos. También ofrece un espacio para que los usuarios puedan realizar diversas operaciones de *trading* (órdenes de compra bajo ciertas condiciones, compras a futuro, etc.). Asimismo, a nivel empresarial, se destaca por prestar un sistema de procesamiento de pagos que permita tanto a sitios web como a locales comerciales aceptar criptomonedas dentro de sus opciones de cobro.

Sin embargo, el servicio más novedoso que brinda lo constituye el otorgamiento de préstamos dinerarios con respaldo en sumas de bitcoins almacenadas en la plataforma. Según se explica en la propia web, el atractivo de la propuesta consiste en permitirle a aquel usuario que esté necesitado de conseguir dinero líquido en forma urgente, la posibilidad de evitar tener que desprenderse de las unidades de valor de dicha cripto-moneda, lo que podría significarle un mal negocio, atendiendo a las constantes fluctuaciones de precio que suele evidenciar.

La empresa principal que administra la plataforma es "Coinbase Inc." y se encuentra radicada en la ciudad de San Francisco, California, Estados Unidos de América.

(30) www.coinmarketcap.com/es/rankings/exchanges.

II.5.3. Xapo (www.xapo.com)

Esta plataforma se destaca por ofrecer a los usuarios un servicio de 'billetera virtual' para usar de manera cotidiana, a través de la cual se pueden recibir, comprar, almacenar y enviar bitcoins fácilmente, con la particularidad de que la compañía se encuentra regulada como banco digital en Gibraltar (autorizada por la GFSC— Gibraltar Financial Services Commission—), lo que le da un parámetro de seguridad diferente. A través de la propia 'cartera' también es posible depositar, transferir o extraer dólares estadounidenses, y asociar a ella una tarjeta de débito para utilizar en una gran cantidad de países del mundo. Es decir, funciona como una cuenta integrada entre sumas de bitcoins y de la mencionada divisa.

Por otra parte, la compañía que administra la plataforma también se destaca por brindar un servicio de custodia de grandes sumas de bitcoins a través de lo que se denomina 'almacenamiento en frío', es decir, fuera de línea. Según se indica en su propia página web, utilizarían una especie de bóveda sumamente protegida, la cual se garantiza que no está expuesta a ningún tipo de injerencia.

La empresa que administra la plataforma es Xapo Holding Limited y, como se mencionó, se encuentra sujeta a las leyes y regulaciones de Gibraltar.

II.5.f. Breve explicación sobre cómo funcionan las plataformas denominadas “mixer”

Dentro del mundo Bitcoin existen varias plataformas que se dedican, específicamente, a brindar un servicio que se conoce con el nombre de “mixer”, o como su propia traducción lo indica, “mezclador” (31). En concreto, lo que ellas hacen es intercambiar las unidades de bitcoins que están en posesión de una persona, con los de alguna otra, y así confundir el flujo de fondos, de forma tal de permitir que se pierda el

rastreo de una operación; es decir, permite romper el seguimiento de una cadena de bloques.

La manera de operar de este tipo de plataformas es muy sencilla. Recibe por parte de los usuarios una determinada suma de bitcoins y les devuelve el mismo monto —restando, obviamente, el cobro de una determinada comisión—, pero distribuido en varias operaciones y utilizando para ello sumas que fueron depositadas por otros usuarios. Así, cruza los saldos y los re-integra de manera 'partida' a través de varias transacciones, tornado prácticamente imposible poder trazar un seguimiento de ellos.

Una de las finalidades buscadas por aquellas personas que utilizan este servicio (mixer) es evitar ser rastreados a partir de la reconstrucción de la cadena de bloques. Por tal motivo, el éxito de los sitios que lo ofrecen radica en operar bajo el anonimato absoluto y que el usuario que se acerque a ellos confíe en que ningún tipo de información suya va a ser revelada en ninguna circunstancia, menos aún, ante un requerimiento judicial.

II.6. Algunas consideraciones sobre la actividad cautelar

Como punto de partida, es importante tener presente que los diferentes modelos de 'billetera virtual' que permiten a un usuario realizar operaciones con bitcoins impactan de lleno en lo que es la tarea de planificación de la actividad cautelar; es decir, la posibilidad concreta de incautar unidades de valor de esta criptomoneda (en realidad, técnicamente hablando, no sería 'incautar' sino tomar control de esos fondos y disponer de ellos sin que otro —su dueño, por ejemplo— lo pueda hacer) va a depender, básicamente, de que se adopte un curso de acción acorde al escenario particular que presenta cada modalidad de almacenamiento.

Ello es así debido a las marcadas diferencias que exhiben en cuanto a sus características y funcionalidades. Claramente no es lo mismo ser uno responsable de su custodia (ya sea a través de un programa que corre en un dispositivo propio y está conectado a la red Bitcoin, o bien por medio de un dispositivo físico que se mantiene 'congelado' o fuera de línea) que delegar dicha tarea en una empresa que provea tal servicio.

(31) Uno de los más conocidos era BitcoinFog, el cual operaba dentro de lo que se denomina la Deep Web. Según las noticias periodísticas, su fundador fue arrestado el año pasado en el aeropuerto de Los Ángeles, Estados Unidos de América, y actualmente enfrenta cargos criminales ante la justicia de este país por hechos de lavado de activos.

Si bien lo ideal sería desarrollar una línea de trabajo para cada modelo de billetera en particular, dicha labor, por la cantidad de elementos a considerar y la profundidad de análisis requerida, no solo excedería el sentido práctico de este artículo, sino que ameritaría ser abordada en un proyecto de investigación especialmente dedicado a ello. Por tal motivo, me ceñiré simplemente a trazar ciertos lineamientos que, desde mi óptica, deben ser tenidos en cuenta a la hora de implementar una medida procesal de estas características.

Comencemos por las billeteras virtuales que son prestadas por distintas plataformas (vía web o a través de una aplicación móvil). Imaginemos que estamos frente a un caso en que la persona investigada tiene resguardadas sumas de bitcoins en una o más de ellas. Naturalmente, el camino a seguir sería contactar al proveedor de este servicio y ordenarle que bloquee el acceso a su cuenta; y que disponga de los fondos que allí almacena acorde a lo que se entendiera más acertado (que inmovilice y conserve la suma de bitcoins; que la transfiera a alguna 'dirección bitcoin' administrada por el órgano a cargo de la investigación; que la cambie, a precio de mercado, por alguna moneda de curso legal y ponga a disposición el monto obtenido; o bien que intercambie sus unidades de valor por lo que se denomina una *stablecoin*, esto es, una 'moneda virtual' atada al valor del dólar estadounidense).

De lo contrario, será cuestión que esta persona —o alguien de su entorno que cuente con las credenciales de ingreso a su cuenta en la plataforma, que en muchos casos no es más que un nombre de usuario y una contraseña (32)— acceda a esta última y ponga a resguardo las sumas de bitcoins almacenadas por medio de una transferencia hacia otra cartera.

Más allá de las distintas variables que puede presentar este escenario, quizás la mayor di-

ficultad se centra en conocer qué plataformas utiliza la persona investigada para resguardar fondos (no así su identificación en ella, ya que la mayoría de las plataformas serias, tanto a nivel local como internacional, en las que uno regularmente podría confiar para almacenar importantes sumas de bitcoins, aplican una política de 'Know Your Customer' - 'conozca a su cliente'). Indudablemente, será de utilidad el empleo de técnicas informáticas que permitan recuperar y analizar el historial de navegación que presentan los equipos que aquel pudo haber utilizado, o bien las aplicaciones móviles descargadas que se hallaban operativas. También será importante conocer de manera actualizada qué requisitos exigen las plataformas para operar a través de ellas y entablar, como ya se explicó, un canal de comunicación directo y ágil con las empresas que las administran, de forma tal de poder actuar rápidamente.

Ahora bien, un escenario totalmente distinto se presentará si la persona investigada utiliza como 'billetera' un programa instalado en algún dispositivo local (computadora de escritorio y/o portátil). Tal como se señaló en la nota al pie respectiva, habrá que tener presente que casi todas las carteras de este estilo ofrecen una metodología sencilla para, ante cualquier eventualidad, regenerar la billetera en otro equipo o migrar las direcciones hacia otra cartera (y, por ende, los fondos enlazados en ella). Algunas exigen, para ello, recordar únicamente doce palabras que conforman la denominada "semilla" o "clave maestra", ya que utilizan un esquema de derivación de carácter determinista. Otras, en cambio, generan en el propio equipo una copia de seguridad de las claves privadas, la cual fácilmente puede ser extraída y resguardada en algún dispositivo externo, como puede ser un pendrive, o en la 'nube' (*cloud storage*).

La cuestión es que llevar a cabo cualquiera de dichas acciones (regenerar la billetera en otro dispositivo o migrar las direcciones) no presenta mucha dificultad y dependerá, en definitiva, del grado de cuidado que cada usuario despliegue. Por tal motivo, si no se toman los recaudos necesarios, el secuestrar un equipo en el que pudiera haber operado alguna de estas billeteras, de por sí, no servirá de mucho, ya que fácilmente su dueño, aún sin acceso al

(32) Algunas plataformas ofrecen, además, la posibilidad de activar un doble factor de autenticación para acceder a la cuenta y/o concretar operaciones, generalmente asociado al teléfono celular del usuario (puede ser mediante el envío de un mensaje de texto o a través de un código que se obtiene por medio de una aplicación especial). En ese caso, el acceso de una persona ajena a la cuenta será sumamente difícil, ya que necesitará estar en poder del dispositivo asociado a ella.

mismo, podría disponer de los fondos almacenados en ella.

En el caso de las "billeteras frías", habrá que tener presente que muchos de los dispositivos físicos diseñados para almacenar claves privadas (tienen una figura similar a la de un pendrive) también pueden ser fácilmente regenerados en otro equipo (33), por lo que tomar posesión de ellos, sin perjuicio de la dificultad que puede conllevar manipularlos, ya que casi todos cuentan con una mínima barrera de seguridad como puede ser un PIN o una clave privada, no aseguran un control de los fondos.

Por su parte, en lo que respecta al papel impreso o manuscrito que cumple idéntica función (lleva anotada la dirección Bitcoin con su respectiva clave privada), quizás lo más aconsejable es, de lograr su incautación, disponer inmediatamente de los fondos enlazados en la respectiva dirección, concretando una transferencia hacia una cartera controlada por quienes llevan adelante la investigación; de lo contrario, cualquiera que cuente con una copia de aquel (ya sea la misma persona investigada o alguien de su confianza), podrá hacer exactamente lo mismo.

Intentaré sintetizar lo expuesto con el ejemplo de un caso real, que tuvo lugar recientemente en los Estados Unidos de América. Según informaron los distintos canales de noticias especializados en la materia (34), en el marco de una investigación en la que intervinieron diversas agencias federales, fueron detenidas dos personas acusadas de haber participado de uno de los *hackeos* más importantes en la historia del ecosistema Bitcoin, el cual se llevó a cabo en el año 2016 en la plataforma (*exchange*) denominada Bitfinex e implicó el robo de fondos por un valor

(33) Los dispositivos más populares, conocidos bajo el nombre comercial de "Ledger" y "Trezor", en sus distintos modelos, utilizan como vía para 'regenerar' la cartera en otro equipo (ante la posibilidad de un eventual daño, pérdida, robo o cualquier otro incidente que de alguna manera exponga a un riesgo de filtración la información allí resguardada) una "semilla" conformada por 24 palabras claves, extraídas en forma aleatoria de un diccionario y cuya colocación debe respetar el orden asignado.

(34) <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2022-02-09/business-rapper-was-bad-at-bitcoin-laundering>.

actual de 4.5 billones de dólares estadounidenses (119.754 unidades de bitcoins). Al parecer, habrían sido individualizadas luego de intentar 'blanquear' una pequeña parte de esos fondos a través de diversas transacciones financieras (movieron los bitcoins de una dirección a otra, con la finalidad de dificultar su rastro, hasta finalmente almacenarlos en una cuenta abierta a su nombre en un reconocido *exchange*, desde la cual realizaron pagos en tiendas comerciales y entidades financieras con el objeto de adquirir ciertos productos).

Lo relevante es que los investigadores habrían logrado incautar en uno de los procedimientos ejecutados la suma aproximada de 95.000 bitcoins, los cuales estaban inmovilizados en más de dos mil 'direcciones bitcoin' diferentes. ¿Cómo fue posible? Conforme se explica en la publicación, aparentemente, tras lograr acceder a los distintos archivos que una de estas personas resguardaba en la 'nube', advirtieron que en uno de ellos había un listado en el que se individualizaba cada una de estas direcciones, con su respectiva clave privada, por lo que inmediatamente, con autorización judicial, tomaron control de esas unidades de valor y las transfirieron hacia una 'cartera' propia.

En definitiva, cada escenario exhibe particularidades distintas que obligan a adoptar estrategias de actuación completamente diferentes, por lo que si se quiere tener éxito en la implementación de una medida cautelar que apunte a incautar sumas de bitcoins (en realidad, como se dijo, a tomar control de ellas sin que otro lo pueda hacer), la recomendación es que su planificación prevea de antemano todas las dificultades que se puedan presentar.

III. Reflexión final

Este trabajo nace con un riesgo ínsito, propio de toda producción académica que intente abordar temas vinculados al mundo de la tecnología. Concretamente, que al momento de su publicación pierda actualidad y, por consiguiente, que las ideas, conclusiones y herramientas que aquí se comparten carezcan de vigencia, o bien, simplemente, de utilidad, producto de alguna modificación sustancial que pudiera suscitarse en el plano de la realidad. Recordemos que el tiempo en esta área de conocimiento es efímero

y lo que hoy sirve o es práctico, mañana mismo puede dejar de serlo.

Sin ir más lejos, si uno estudia el último reporte publicado por la empresa Chainalysis Inc., dedicada, como se dijo, a ofrecer soluciones en análisis y búsqueda de datos en blockchain (como la herramienta de trackeo de transacciones que aquí se mostró) a instituciones financieras, agencias de gobierno y compañías que prestan servicios en materia de cripto-monedas, encontrará que allí se advierte de una mutación en el comportamiento de los criminales a la hora de 'mover' fondos originados en el marco de alguna actividad delictiva —ello, claro está, con la finalidad de romper su seguimiento e iniciar el proceso de conversión a dinero fiduciario—. Puntualmente se ha alertado sobre la adquisición cada vez más frecuente de tokens monetizados de protocolos De-Fi ('finanzas descentralizadas'), un ecosistema muy particular en el que se busca desarrollar servicios financieros sin intermediarios y en el que funcionan *exchanges* (denominados DEX) que operan, precisamente, con esa característica, esto es, sin ninguna persona o empresa detrás que los administre —utilizan 'contratos inteligentes' que ejecutan órdenes de transacciones en forma automatizada a partir de una programación de origen—, lo que permite que impere en ellos un total anonimato.

Es evidente que estas nuevas modalidades de flujo de 'valor digital' requieren, en lo que respecta a su abordaje desde el campo de la investigación penal, un estudio personalizado de cada una que permita desarrollar, frente a su empleo

en la actividad criminal, herramientas propias de respuesta eficaz, las que pueden presentar, o no, coincidencias con las que aquí se proponen para el Bitcoin en particular.

Sin embargo, también es cierto que todas ellas (cripto-monedas, tokens monetizados) forman parte de una misma 'película' que ha venido a cambiar para siempre el sistema financiero, por lo que, más allá de que su 'salida a escena' tenga lugar en momentos distintos y bajo formatos diferentes, es muy probable que los conocimientos que se incorporen respecto de una sirvan para enriquecer y facilitar el abordaje de otra. De hecho, muchas comparten una misma raíz (la tecnología blockchain) y las diferencias que presentan entre sí, en algunos casos, no han sido más que pequeños cambios introducidos con el objeto de mejorar algún rasgo específico de un protocolo ya existente.

Por ese motivo, confío en que este trabajo, de alguna u otra manera, podrá ser de utilidad para al lector, ya sea como guía de ayuda u orientación en el tratamiento de un caso concreto, o bien como incentivo para la búsqueda de nuevos y mejores canales de abordaje; máxime tratándose de una temática tan dinámica como actual.

Recurso de revocatoria con apelación en subsidio: ¿puede el recurrente ampliar fundamentos?

Carlos E. Llera^(*)

Sumario: I. Postulación del tema.— II. El recurso de reposición con apelación en subsidio (art. 448 del CPPN).— III. Conclusión.

I. Postulación del tema

Me propongo analizar en qué supuestos se abre la posibilidad para el recurrente de ampliar los fundamentos del recurso de apelación interpuesto en subsidio del recurso de revocatoria (art. 448 del CPPN, *principio de eventualidad o de acumulación eventual*) (1), cuando este último es rechazado.

II. El recurso de reposición con apelación en subsidio (art. 448 del CPPN)

El recurso de reposición o revocatoria constituye el remedio procesal tendiente a que el mismo juez o tribunal que dictó una resolución “revoque por contrario imperio” (art. 446 del CPPN) (2), los agravios que aquella haya inferido a alguna de las partes (3). Procede úni-

camente contra providencias simples (4) o autos interlocutorios que no requieran sustanciación (5). Son los que el art. 122 del CPPN denomina “decretos”, y son las resoluciones que constituyen la materia del recurso en cuestión (6).

Solo las partes están habilitadas a su articulación, deben ostentar un “interés directo” en el reexamen del tema materia de impugnación (art. 432 del CPPN) (7).

Debe interponerse dentro del “tercer día” (art. 447 del CPPN). Se trata de un plazo individual y perentorio (art. 161 y 163 del CPPN).

3ª ed., t. II, p. 16. FALCÓN, Enrique, "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, 1ª ed., t. VIII, p. 163. PALACIO, Enrique, "Manual de Derecho Procesal", Ed. Abeledo, Buenos Aires, 1998, 14ª ed., p. 586.

(4) Providencias simples son aquellas que se dictan de mero trámite, sin sustanciación de la contraria (art. 160 CPCCN); son las que ordenan actos de mera ejecución de tipo procedimental, mientras que las sentencias interlocutorias (art. 161 CPCCN) resuelven cuestiones que requieren un traslado previo.

(5) HITTERS, Juan Carlos, "Técnica de los recursos ordinarios", Ed. Librería Platense SRL, La Plata, 1988, 2ª ed., p. 221. PALACIO, Lino E., "Los recursos en el proceso penal", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 41.

(6) D'ALBORA, Francisco J., "Código Procesal Penal de Nación, anotado, comentado y concordado", Buenos Aires, 1997, 3ª ed., p. 459.

(7) PALACIO, Lino E., "Los recursos en el proceso penal", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 39.

(*) Director del Centro de Estudios Procesales de la Universidad del Salvador (USAL)

(1) El principio de eventualidad refiere a que todas las alegaciones que son propias de cada uno de los períodos preclusivos en que se divide el proceso deben plantearse en forma simultánea y no sucesiva, de manera tal que, en el supuesto de rechazarse una de ellas, pueda obtenerse un pronunciamiento favorable sobre la otra u otras, que quedan planteadas in omnem eventum. PALACIO, Enrique, "Manual de Derecho Procesal", Ed. Abeledo, Buenos Aires, 1998, 14ª ed., p. 72. PALACIO, Lino E., "Los recursos en el proceso penal", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 46.

(2) PODETTI, Ramiro J., "Tratado de los recursos", Buenos Aires, 1958, p. 81.

(3) ARAZI, Roland, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014,

Es carga del impugnante desarrollar las razones que apoyan su reclamo para que la resolución se revoque, precisando los errores que la afectan y que intenta rectificar **(8)**.

Es una de las herramientas más útiles con que se cuenta para lograr la revisión de pronunciamientos desfavorables. Tiende a evitar las dilaciones que implica el trámite a desarrollar en una instancia ulterior, y por ende, en razones de economía procesal **(9)**.

Como regla, y apoyándonos en su regulación en el proceso civil ante el silencio del estatuto penal, cuando el recurso de apelación es subsidiario al de reposición, no se debe admitirse ningún escrito adicional para fundar el primero (art. 248 CPCCN), ello así porque el escrito presentado al efecto hace las veces de memorial de la apelación (art. 248 CPCC).

No obstante, si el juez al resolver el recurso de revocatoria introdujo nuevos fundamentos en apoyo de su anterior pronunciamiento en crisis, cabría, en garantía del debido proceso legal del recurrente, autorizar la ampliación del escrito que hace las veces de memorial **(10)**.

Aparece como ajustado a derecho que, cuando el *a quo* introduce nuevos argumentos al tiempo de decidir el rechazo de un recurso de reposición, el litigante esté habilitado a contestar los “nuevos argumentos”, ampliando los fundamentos del memorial del recurso de apelación.

Sostiene Kielmanovich **(11)**, que tal solución cabe no solo cuando el juez resuelve la reposición con nuevos fundamentos sino también cuando aborda cuestiones que no fueron objeto

(8) ABALOS, Raúl W., "Derecho Procesal Penal", Santiago de Chile, 1993, t. III, p. 417.

(9) PODETTI, Ramiro J., ob. cit., p. 84.

(10) CNCom., Sala C, "Gatti, Leandra Emilce s/Concurso preventivo", Expediente N° 12353/2018/CA1, del 13 de noviembre de 2019.

(11) FALCÓN, Enrique, "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, 1ª ed., t. VIII, p. 174. KIELMANOVICH, Jorge L., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación - Comentado y anotado", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, t. I, pp. 683 y 684.

del recurso. En esos supuestos, el recurrente se encuentra ante extremos que no debió ni pudo prever.

Los argumentos recursivos inicialmente expuestos resulten insuficientes para conmover ante la Cámara la resolución materia de revisión, en grado de apelación. Existe un nuevo cuadro de situación donde —si no se autoriza la ampliación de fundamentos— los nuevos argumentos del juez *a quo* llegarían a la Alzada sin ser objeto de crítica concreta y razonada (art. 246 CPCCN).

En esos supuestos cede la prohibición de admitir nuevos escritos para fundar la apelación subsidiaria (art. 248 CPCCN), porque: i) no se estaría “fundando la apelación”, que es lo que la norma prohíbe, sino ampliando la fundamentación ya brindada del recurso de reposición; y ii) la observancia de ese precepto constituiría un *ritualismo excesivo* que violaría las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso del recurrente, al dejarlo desarmado frente a un pronunciamiento distinto del que recurrió. El proceso justo exige eliminar todo vestigio de exceso ritual, pues atenta contra el resultado útil de la jurisdicción. El proceso debe ser instrumento de la justicia y no un obstáculo gratuito para su logro **(12)**.

La prohibición del art. 248 CPCCN se construye a partir de una premisa: que la resolución cuya reconsideración se solicitó haya sido confirmada por razones análogas a las que se recurrieron. En ese caso, la improcedencia de presentar un nuevo memorial para sostener la apelación subsidiaria no merece críticas, pues el fundamento desestimatorio se encontraría alcanzado por los agravios expuestos en sustento del recurso principal —el de reposición— (art. 239 CPCCN), de manera que no se afecta la defensa del recurrente.

Se trata de una consecuencia necesaria del carácter *subalterno* —*subordinado*— de la *apelación interpuesta ad eventum* (arts. 448 del CPPN y 241 inc. 1° del CPCCN), y de los principios de celeridad y economía procesales, pilares del sistema recursivo.

(12) MORELLO, Augusto Mario, "El proceso justo", Platense-Abeledo-Perrot, 1994, pp. 347 y ss.

III. Conclusión

Cuando el rechazo del pedido de reconsideración discurre por motivaciones que difieren *ostensiblemente* de las que fueron materia del recurso principal, la norma (art. 248 CPCCN) no es aplicable, su presupuesto fáctico de procedencia mutó. Correspondiendo otorgarle al justiciable la oportunidad de demostrar el desacierto fáctico o jurídico de los nuevos argumentos desestimatorios, de manera que pueda

defenderse de lo que antes no pudo porque no se lo invocó.

La ampliación de la apelación debería hacerse dentro del tercer [3] día hábil de notificada la denegación *ex novo* de la revocatoria (arts. 161 y 447 CPPN). Y, por aplicación del art. 447 del rito penal disponer un traslado de la ampliación de fundamentos por igual plazo a la parte recurrida.

El testimonio del menor y la pericia psicológica para determinar la responsabilidad del cónyuge no conviviente denunciado por abuso sexual

Alberto Violi (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Hacia la comprobación de una hipótesis.— III. Testimonio del menor.— IV. La pericia psicológica.— V. A modo de conclusión.

I. Introducción

El juez tiene una serie de herramientas a su disposición para determinar la responsabilidad penal del cónyuge no conviviente denunciado por abuso sexual. En este tipo de casos que por su naturaleza son sensibles y acarrearán una serie de consecuencias en el ámbito familiar se exige que los jueces realicen una adecuada valoración de los medios probatorios para decidir si es que se ha configurado o no un delito. En el presente artículo desarrollaremos las particularidades de dos medios probatorios: el testimonio del menor y la pericia psicológica. El objetivo que se pretende es que la valoración de estos medios probatorios se realice considerando las circunstancias familiares que se presentan en cada caso en concreto.

II. Hacia la comprobación de una hipótesis

Si bien el juez aspira a llegar a la verdad, sus conclusiones están orientadas a comprobar una hipótesis para determinar la responsabilidad del acusado. Alcanzar certeza dentro de un pro-

ceso implica que el juez analice las pruebas que presentan las partes y arribe a una decisión fundada.

La configuración de un delito implica la correspondencia entre lo descrito en la norma y lo acontecido en la realidad. En este sentido, el juez tiene que establecer los hechos relevantes del caso y decidir si corresponde o no responsabilizar al imputado de la comisión de un delito. Cabe precisar que en un proceso penal la determinación de los hechos es un aspecto trascendental pues sobre la base de su probanza se establecerá la responsabilidad del acusado. Para comprobar los hechos y aplicar una pena, el juez debe actuar sobre la base de pruebas que le brinden certeza ya que si se presenta alguna duda, esta debe favorecer al procesado.

Sobre el particular, Guzmán, sostiene que el estudio de la verdad en el proceso judicial conduce, al estudio de la prueba. En este sentido, palabras textuales del autor: “En efecto, cuando pensamos en la prueba, pensamos en lo que con ella intentamos corroborar: la verdad o falsedad de cierta hipótesis, cuando pensamos en la verdad, pensamos, además, en su significado, en las condiciones frente a las cuales aceptaremos la predicación de un determinado enunciado como verdadero, circunstancia que dependerá, justamente, de nuestras pruebas, y, más exacta-

(*) Abogado, Especialista y Magister en Derecho Penal por la Universidad de Belgrano. Especialista en Derecho Procesal Penal y Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad del Museo Social Argentino. Doctor en Derecho por la Universidad John F. Kennedy.

mente, de la coherencia de estas con nuestra hipótesis" (1).

III. Testimonio del menor

Los niños tienen la facultad de dar su testimonio en un proceso penal. Este derecho está reconocido en el art. 241 del Cód. Proc. Penal.

Art. 241.-

Toda persona será capaz de atestiguar, sin perjuicio de la facultad del juez para valorar el testimonio de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

En el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires su regulación está en el art. 121 del Cód. Proc. Penal.

Art. 121.-

Deber de testimoniar. Capacidad

Toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento para informar sobre lo que sabe o de poner como testigo y el deber de declarar la verdad de cuanto sugiere y le fuere preguntado, salvo las excepciones establecidas por la ley.

Toda persona será capaz de atestiguar sin perjuicio de la posterior valoración del testimonio de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Podrán declarar por oficio el Presidente y Vicepresidente de la República, sus ministros y secretarios de estado, los gobernadores y vice gobernadores, ministros y secretarios de las provincias de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los legisladores nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los integrantes de los poderes judiciales y ministerios públicos nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En caso de que un funcionario o magistrado de los citados en el párrafo precedente decidiera declarar por oficio, se le remitirán las preguntas y deberán ser contestadas en el menor tiempo

(1) GUZMÁN, N., "La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2011, p. 3.

posible, bajo juramento de decir verdad y convención sobre si le comprenden las generales de la ley.

Cabe precisar que en el art. 158 del Texto ordenado del Cód. Proc. Penal Federal aprobado por la ley 27.063 se establecen las facultades y obligaciones de los testigos.

Art. 158.- Derechos y obligaciones del testigo. Capacidad para atestiguar. Desde el inicio del proceso penal y hasta su finalización, al testigo se le garantizará el pleno respeto de los siguientes derechos:

a. A recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes;

b. Al pago de los gastos de traslado al lugar donde la autoridad competente designe;

c. A la protección de la integridad física y moral, inclusive de su familia;

d. A ser informado sobre los resultados del acto procesal en el que ha participado;

e. Si se tratare de una persona mayor de setenta [70] años, mujer embarazada o enfermo grave, a cumplir con el acto procesal en el lugar de su residencia o internación; tal circunstancia deberá ser comunicada a la autoridad competente con la debida anticipación.

El testigo no tendrá la obligación de declarar sobre hechos que le puedan acarrear responsabilidad penal.

Los derechos reconocidos en este artículo deberán ser enunciados por el órgano competente al momento de practicar la primera citación del testigo.

Toda persona será capaz de atestiguar y, cuando no concurran las excepciones previstas en la ley, tendrá la obligación de comparecer si fuere citada para declarar la verdad de cuanto conociere y le fuera preguntado; no podrá ocultar hechos o circunstancias que guarden relación con la investigación.

El testimonio del menor debe ser analizada con sumo cuidado puesto que en ocasiones esta puede estar influenciada por el cónyuge con-

viente que movido por algún tipo de resquemor realiza una falsa denuncia contra el cónyuge no conviviente. Desde nuestra perspectiva consideramos que la validez del testimonio de los niños debe analizarse en función al caso en concreto. Sin duda que el niño debe ser escuchado y contenido durante el proceso, no obstante es necesario analizar las circunstancias familiares que se presentan en cada situación ya que está en juego la continuidad del vínculo familiar.

Para Inés Lucero "La necesidad de recurrir a conocimientos especializados para valorar los dichos de una persona, se debe a la circunstancia de que el testimonio es un dato complejo, un producto psicológico, por lo que corresponde analizar si su formación ha sido correcta en virtud de que en él intervienen diferentes factores, los cuales son estudiados principalmente por las ciencias psicológicas y médicas (2).

Por su parte, Jordi Fenoll señala que "La psicología del testimonio estudia la credibilidad de las declaraciones, tratando de detectar las mentiras y señalando los diferentes móviles que pueden hacer que un declarante aporte esas falsedades al proceso" (3).

Según el citado autor, los tres aspectos de la psicología del testimonio que más interesan son (4):

a) La técnica de obtención de declaraciones, porque aporta una experiencia valiosísima basada en resultados corroborados, bien en estudios de campo, bien en la medida de lo posible en la práctica judicial.

b) Ayuda a detectar la mentira a través de aspectos objetivos

c) Aporta una importante serie de datos a los efectos de practicar correctamente los reconocimientos de personas, en rueda desde luego, pero también a través de las fotografías.

(2) LUCERO, I., "El testimonio de los niños en el proceso penal", Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 2011, p. 21.

(3) NIEVA FENOLL, J., "La valoración de la prueba", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 214.

(4) *Ibidem*, p. 215.

Giulianna Mazoni, refiere que los adultos ejercen autoridad en los niños, motivo por el que se debe adoptar los mecanismos necesarios para influenciar y direccionar las declaraciones de los niños.

Ahora bien, sabemos que en los casos de sospecha de abuso sexual, las preguntas siempre las hacen los mayores, investidos ante los niños como figuras de autoridad, o al menos, así lo ven los pequeños. Quería recordar que, si bien es cierto que un adulto es percibido como figura de autoridad, y tanto más cuanto más ejerce de "adulto", también la persona que se relaciona con el niño por medio del juego es percibida como tal. La variable "autoridad", con el riesgo que implica de mayor capacidad de sugerir, no disminuye en el caso de entrevistas o interrogatorios con niños, ni siquiera cuando se intenta eliminar esta diferencia mediante el juego. Por esa razón, algunos expertos en entrevistas con niños de quienes se sospecha que han sido víctimas de abuso, aconsejan comportarse de manera honesta con ellos, de adulto a niño, declarando el motivo del encuentro y formulando simplemente las preguntas de un modo correcto para no inducir al niño a dar respuestas complacientes, o de manera que no sugieran informaciones añadidas, probablemente falsas. Hay que utilizar en estos casos un lenguaje comprensible para el niño, pero no intentando nunca hacerse pasar por lo que no es (5).

Ante la pregunta ¿qué tan creíbles con los niños como testigos?, para Mónica Atucha, existen dos maneras de interpretarla.

"Primero cómo son percibidos los testimonios de los niños por los miembros del tribunal. Segundo, qué tan bien pueden los niños recordar y verdaderamente rememorar un evento que han presenciado. Si bien debemos centrar nuestra visión en la primera cuestión, algunas discusiones versarán en la actual capacidad de los testigos y no en el componente de verdad que sus testimonios presenten. En síntesis, debemos abocarnos a las situaciones a las que podamos asumir que el testigo no engañará al que escucha su relato. Esto no quiere decir que los

(5) MAZZONI, G., "¿Se puede creer a un testigo?. El testimonio y las trampas de la memoria", Ed. Trotta, Madrid, 2010, p. 90.

niños no mientan, pero el énfasis debe recaer en la percepción y en las actuales habilidades de los niños para recordar eventos y comunicarlos a otras personas (6)".

Asimismo, con relación al rol que juega en el juzgamiento la percepción de credibilidad en los testimonios de los niños, precisa que "se ha determinado que juegan un papel preponderante cuando los jueces deben evaluar testimonios transcritos o la visión de actores recitando un testimonio preparado. Sin embargo, en los casos actuales, el tribunal requiere la presencia y los auténticos, quienes deberán usar sus propias palabras para describir lo que presenciaron" (7).

En cuanto a la pertinencia del testimonio, Schiavo señala que:

"Al igual que acontece con el principio de científicidad, cuando se trata de analizar un estándar probatorio de admisibilidad de la prueba pericial, antes de que se encuentre disponible cualquier posibilidad de valoración, el principio aplicable a los testimonios (no puede ser simple ni de oídas), también opera de manera previa como un test objetivo que clausura cualquier posibilidad de aplicar un juicio subjetivo de ponderación sobre la credibilidad de los dichos.

Toda persona que se presenta a suministrar una información que ha de ser ponderada en el juicio como evidencia, lo hace en calidad de testigo, pero esa información únicamente será pertinente cuando la misma concorra con otras evidencias equivalentes (8)".

Sobre la base de lo expuesto consideramos que para determinar la responsabilidad penal del acusado es necesario que las pruebas sean suficientes y no generen algún margen de duda en el juzgador. En este sentido, compartimos lo señalado por Sancinetti quien refiere que "Los dichos de personas son una base endeble para asentar una sentencia condenatoria si no están

acompañados de indicios objetivos corroborantes. Los dichos, por sí solos, pueden rezar hoy de un modo, mañana de otro, y los jueces —de tenerlos por válidos— se atenderán hoy a la situación X, mañana a la Y, sin que el mundo objetivo haya variado en nada" (9).

IV. La pericia psicológica

En palabras de Mittermaier "la pericia es un medio de prueba cuya característica más relevante es la de que se trata de la intervención de una persona que, en principio, es ajena a la actividad procesal (con lo que se diferencia de las partes interesadas en el proceso), y en otro aspecto, aun cuando reúne la condición de tercero (nota común con el testigo), su apreciación tiene lugar a través de un encargo procesal que recibe al efecto (diferenciándose así del testigo que apareció directamente los datos de modo extraprocesal)" (10).

Para el citado autor (11), la intervención de peritos tiene lugar siempre que en una causa criminal se presentan ciertas cuestiones importantes, cuya solución, para poder producir convencimiento en el ánimo del juez, requiere el examen provisto de aptitud y de conocimientos facultativos y especiales.

Es, pues, necesario:

1. Cuando se trata de investigar la existencia de ciertos hechos, cuya averiguación, para que sea bien hecha, exige necesariamente los conocimientos técnicos de que acabamos de hablar; por ejemplo, cuando el examen debe recaer sobre las señales de la virginidad o sobre la existencia del veneno en el cuerpo.

2. Cuando haya de decidirse a cerca de la naturaleza o cualidades de ciertos hechos.

(9) SANCINETTI, Marcelo A., "Acusaciones por abuso sexual: principio de igualdad y principio de inocencia. Hacia la recuperación de las máximas 'Testimonium unius non valet' y 'Nemo testis in propria causa'", RDP 2010-995.

(10) MITTERMAIER, C. J. A., "Tratado de la prueba en materia criminal", Ed. Reus, Madrid, 1979, p. 205.

(11) Ibidem, p. 177.

(6) ATUCHA, M., "La perceptible credibilidad de los niños como testigos", La Ley, t. 1998-B, Sección Doctrina, p. 1298.

(7) Ibidem, ps. 1299 y 1300.

(8) SCHIAVO N., "Valoración racional de la prueba, en materia pena", Ed. Hammurabi, 2015. p. 51.

3. Cuando la base de la sentencia debe principalmente apoyarse en la admisión de un hecho como posible o probable; tal sería el caso en que un testigo afirmara ciertos hechos, ciertas relaciones de hecho, y el en que el acusado alegara la existencia de algunas circunstancias accesorias del crimen, cuya demostración podría por sí sola acreditar la sinceridad de su confesión.

4. Cuando de los hechos demostrados se trata de deducir sus consecuencias, las conclusiones que solo puede suministrar el profesor.

En el proceso penal, el juez tiene la facultad de solicitar la realización de pericias psicológicas a fin de valorar el testimonio de la presunta víctima. Esta facultad está reconocida en las diferentes legislaciones procesales. En el caso del Cód. Procesal de la Nación el art. 253 establece lo siguiente:

Art. 253.- El juez podrá ordenar pericias siempre que para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia pertinente a la causa, sean necesarios o convenientes conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica **(12) (13)**.

En cuanto a las características del dictamen y su valoración, el art. 263 del citado cuerpo legal, establece que:

Art. 263.- El dictamen podrá expedirse por informe escrito o hacerse constar en acta y comprenderá en cuanto fuera posible:

1. La descripción de las personas, lugares, cosas o hechos examinados en las condiciones en que hubieren sido hallados.

2. Una relación detallada de todas las operaciones practicadas y sus resultados.

(12) Cód. Proc. Penal de CABA. Art. 129 - Oportunidad. El/la Fiscal ordenará informes periciales durante la investigación preparatoria cuando los considere necesarios para fundar sus peticiones.

(13) Texto ordenado del Cód. Proc. Penal Federal aprobado por la ley 27.063. Art. 167.- Procedencia. Si para conocer o apreciar un hecho resultaran necesarios conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica, las partes podrán presentar informes elaborados por peritos de su confianza en cuyo caso deberán acompañar los elementos que acrediten la idoneidad profesional de aquéllos.

3. Las conclusiones que formulen los peritos conforme a los principios de su ciencia, arte o técnica.

4. Lugar y fecha en que se practicaron las operaciones. El juez valorará la pericia de acuerdo con las reglas de la sana crítica **(14) (15)**.

Uno de los argumentos de los psicólogos en los casos de denuncias por abuso sexual es que el niño dice la verdad y que no tienden a fabular. Esta afirmación puede llevar a que los jueces condenen a personas inocentes cuando el niño no dice la verdad y su discurso sea producto de la manipulación que hace el cónyuge conviviente. Sobre el particular, Sancinetti, precisa lo siguiente:

“En efecto, muchas sentencias que condenan al acusado a severísimas penas de prisión son dictadas sin otro sustento que la denuncia del niño —en ocasiones ya crecido— que dice haber sido abusado por el papá, padrastro, abuelo u otro de la familia, sobre todo después de una fractura matrimonial, a lo que se unen eventualmente los dichos de la madre, que sostiene que ella “está segura de la comisión del abuso”, que

(14) Cód. Proc. Penal de CABA. Art. 134 - Contenido del dictamen pericial. El dictamen pericial podrá expedirse por informe escrito o constar en acta y comprenderá: 1. La descripción de las personas, lugares, cosas o hechos examinados en las condiciones en que hubieren sido hallados. 2. Una relación detallada de todas las operaciones practicadas y sus resultados. 3. Las conclusiones que formulen los peritos conforme a los principios de su ciencia, arte o técnica. 4. Lugar y fecha en que se practicaron las operaciones. 5. Firma. Cuando por sus características el peritaje fuera irreproducible, sus desarrollo deberá ser grabado o firmado.

(15) Texto ordenado del Cód. Proc. Penal Federal aprobado por la ley 27.063. Art. 170.- Dictamen pericial. El dictamen será fundado y contendrá, de manera clara y precisa, una relación detallada de las operaciones practicadas y sus resultados, las observaciones de las partes o de sus consultores técnicos y las conclusiones que se formulen respecto de cada tema estudiado. Los peritos podrán dictaminar por separado en caso de que exista diversidad de opiniones entre ellos. El dictamen se presentará por escrito firmado y fechado, sin perjuicio de la declaración en las audiencias. Art. 172.- Peritajes especiales. Si debieran realizarse diferentes pruebas periciales a niños, niñas y adolescentes o personas afectadas psicológicamente, se procurará concentrar la actividad de los peritos, ordenando que actúen conjunta e interdisciplinariamente.

“ha detectado trastornos recientes en la conducta del niño”, con más un dictamen pericial hecho por “expertos en psicología o psiquiatría” que dice que el niño “no tiene tendencia a fabular” o a la mitomanía. [...] (16)”

Para el citado autor “[...] los jueces quieren basar una condena en la valoración que hace un psicólogo, que tiene la misma falta de conocimiento sobre la verdad de lo ocurrido que tiene el propio juez. Pero así, este descarga su responsabilidad en los dichos estereotipados del psicólogo, transformado en 'brujo de adivinación’” (17).

Cabe precisar que el dictamen pericial no es infalible ya que este podría contener imprecisiones o contradicciones. Sobre el particular, Jordi Fenoll precisa lo siguiente:

El dictamen pericial es un medio de prueba exactamente igual a los demás en cuanto a la credibilidad que merezca, que debe ser analizada por el juez. Se ha dicho con reiteración que el perito simplemente suministra al juez, los conocimientos técnicos que a este le faltan. Y ojalá fuera solamente así. Pero es que tratándose el perito de un ser humano, el mismo no se limita a ofrecer al juez su conclusión, sino que intentará convencerle de la bondad de su parecer, aunque sea solamente ofreciéndole una impresión de rigor y objetividad en la expresión de su dictamen, con la que intente ganarse el perito una imagen de profesionalidad ante el juez.

Por eso no se puede mirar al experto como un libro abierto que aporta objetivamente los resultados de su ciencia, porque rara vez es así. Desde el momento en que esos resultados son interpretables y esa interpretación la lleva a cabo un ser humano, el dictamen pericial no puede ser tratado como una exposición acrítica de conocimientos técnicos, sino como un relato acerca de lo acaecido en el caso que se plantea el perito” (18).

El contenido de la pericia psicológica no debe considerarse como equivalente a la verdad en

los casos de abuso sexual. Si bien el psicólogo ofrece información sobre la base de la declaración del niño, es el juez quien debe determinar su pertinencia dentro del proceso. Con relación a este punto, Sancinetti sostiene que: “Especialmente en casos de abuso sexual de menores, los procedimientos usuales suelen estar viciados de múltiples modos. Esto es cuando los evaluadores asumen el rol de validadores o cuando en la génesis de la declaración se puede presumir una actuación sugestiva de adultos sobre la declaración de la presunta víctima. Cuando así sucede, la declaración no puede ser tenida en cuenta [...]” (19).

Siguiendo esta línea, Nicolás Schiavo precisa lo siguiente:

La cuestión referida a que el dictamen pericial psicológico pueda ser utilizado como un elemento de validación de verdad del relato de abuso sexual, que a su vez satisfaga un estándar superior al de la *simple denuncia*, resulta completamente diferente. En este caso se cuenta con una misma declaración (*denunciante*) reiterada en el tiempo, ya sea a amigos o familiares, que señalan que el denunciante “les dijo que [...]”, del mismo modo que el psicólogo procede a escuchar esas manifestaciones. El juicio de ponderación subjetiva que asume el psicólogo, y que lo lleva a dar por verídico el relato no constituye prueba alguna, del mismo modo que no es prueba de hecho la “certeza moral” que pueda tener el juez al momento de decidir; por el contrario, el uso de conocimientos técnicos aplicados al relato e historia vital de quien formula la denuncia puede superar un estándar mínimo, en tanto esos “conocimientos técnicos” cumplan el *test de cientificidad* [...]” (20).

Por su parte, Jordi Fenoll sostiene que el juez debería centrar su atención en los siguientes puntos del dictamen (21):

(16) SANCINETTI, M., ob. cit., p. 958.

(17) Ibidem, p. 959.

(18) NIEVA FENOLL, J., ob. cit., p. 304.

(19) SANCINETTI, M. A., ob. cit., p. 995.

(20) SCHIAVO N., ob. cit., p. 51.

(21) NIEVA FENOLL, J., ob. cit., p. 295 y ss.

<p>Que las técnicas y teorías científicas utilizadas para obtener datos y conclusiones han sido aplicadas previamente, son relevantes y están generalmente aceptadas por la comunidad científica internacional.</p>	<p>Mención de las publicaciones de calidad en las que habrían visto la luz esas técnicas y teorías para ser utilizadas, aunque se trate de manuales de la disciplina, si no existen esas publicaciones tan especializadas.</p> <p>Si no hay publicaciones, o bien el examen pericial es tan frecuente que no resulta acreditarlo de ese modo, hay que justificar al menos que la técnica utilizada es de uso regular en la práctica científica, industrial o profesional.</p> <p>Es preciso que el perito haya descrito pormenorizadamente el procedimiento de análisis que llevó a cabo, así como que utilizó el instrumental especializado adecuado para el examen.</p>
<p>Que las técnicas utilizadas se han aplicado según los estándares y normas de calidad vigentes.</p>	<p>Las profesiones que aportan dictámenes al proceso poseen estas normas en sus criterios deontológicos o bien incluso en pequeños manuales de uso.</p> <p>El dictamen tiene que hacer mención de estas normas para que el juez pueda comprobar que, realmente, se siguieron tales estándares y normas de calidad.</p>
<p>Que el dictamen contenga información sobre el posible grado o nivel de error y también el nivel o gradación de variabilidad e incertidumbre de los datos obtenidos por la citada técnica o teoría científica.</p>	<p>Cuando sea procedente, el dictamen debe contener información estadística contrastable sobre el acierto de sus resultados. El contraste puede ser aportado con publicaciones que contengan estudios sobre la misma técnica utilizada en el dictamen. Ello es bastante común en las ciencias experimentales, por lo que no debería suponer mayor esfuerzo para el perito aportar los datos.</p>
<p>Que el dictamen se base en suficientes hechos y datos.</p>	<p>El perito debe acreditar que su examen no fue ejecutado superficialmente, sino que la recogida de muestras y evidencias fue realizada debidamente.</p>

V. A modo de conclusión

El juez como directos del proceso debe valorar de manera objetiva los medios de prueba que las partes ofrecen y no actuar bajo la presión mediática que se pueda presentar en el caso. Para establecer la responsabilidad penal por el delito de abuso sexual es fundamental valorar el testimonio del menor y averiguar si el proceso tuvo su inicio en una falsa denuncia ya que de presentarse este supuesto la versión del menor estaría condicionada por la influencia del otro cónyuge. Frente a esta situación el juez penal debe considerar el contexto en el que se realizó la denuncia y evaluar la verosimilitud de las declaraciones del niño. En cuanto a la pericia psicológica si bien esta no tiene carácter vinculante, su valoración debe realizarse conjuntamente con las demás pruebas, más en estos casos en los que están en juego el interés superior del niño y el derecho a la comunicación entre padres e hijos.

Facultades de investigación fiscal en el CPPCABA: el caso de las celdas de geolocalización de los dispositivos celulares

Juan Francisco Rimondi (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Bienes jurídicos en juego: privacidad vs. facultad persecutoria estatal.— III. Antecedentes jurisprudenciales.— IV. Conclusión.

I. Introducción

Como consecuencia del correspondiente proceso de autonomía, la Ciudad de Buenos Aires fue una de las primeras “provincias” de nuestro país en abandonar el sistema de persecución penal de tipo inquisitivo (o inquisitivo-mixto) hacia un modelo netamente acusatorio. Concretamente, el cuarto párrafo del art. 13 es el encargado de enunciar los principios básicos para el desarrollo de las persecuciones penales; entre los que se encuentra el “sistema acusatorio” (1).

El fundamento principal para la implementación de este tipo de sistemas se relaciona con el

concepto de la imparcialidad que envuelve a la tarea de los jueces al momento de tomar decisiones. Lo que se consiguió mediante este cambio fue finalmente separar por completo los roles de acusador/investigador y del órgano decisor. La gran diferencia que este sistema presenta en contraposición al inquisitivo-mixto (utilizado, por ejemplo, en la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional) es que este último permite al juez de garantías optar por la posibilidad de dirigir la investigación en caso de que así lo considere adecuado, situación que no puede darse en el sistema acusatorio sin vulnerar el esquema de garantías que lo rige.

El ser considerado director de la investigación le otorga amplias facultades al Ministerio Público Fiscal para la producción de prueba durante la investigación penal preparatoria. Sin embargo, estas facultades no son absolutas. El propio Cód. Proc. Penal es el que autoriza y limita al acusador en este sentido. Veamos.

Art. 5 - Ejercicio de la acción por el Ministerio Público Fiscal. El Ministerio Público Fiscal ejercerá la acción pública y practicará las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho. Tendrá a su cargo la investigación preparatoria, bajo control jurisdiccional en los actos que lo requieran. La promoverá de oficio, siempre que no dependa de instancia privada. Nadie podrá ser perseguido ni encausado más de una vez por el mismo hecho, aunque se modifique su

(*) Abogado (UBA) con orientación en derecho penal. Especialista en Administración de Justicia (UBA). LL.M (Masters of Laws) at University of San Diego. Fulbright Scholar. Desarrollador de contenido y capacitador del Ministerio Público Fiscal de la CABA y Centro de Formación Judicial. Profesor Adjunto en el Instituto Superior de Seguridad Pública. Actualmente me desempeño como Secretario en la Secretaría Judicial de Gestión y Análisis de Proyectos de la Fiscalía General Adjunta en lo Penal y Contravencional de la CABA. Cumplicé distintos roles como empleado en el Ministerio Público Fiscal de la Nación, primera y segunda instancia; así como también en el MPF de la CABA, en fiscalías de primera instancia.

(1) "Rigen los principios de legalidad, determinación, inviolabilidad de la defensa en juicio, juez designado por la ley antes del hecho de la causa, proporcionalidad, sistema acusatorio, doble instancia, inmediatez, publicidad e imparcialidad. Son nulos los actos que vulneren garantías procesales y todas las pruebas que se hubieren obtenido como resultado de los mismos" (art. 13, Const. CABA).

calificación legal, el título o el grado del delito o la forma de participación atribuidos.

Art. 99 - Actos de investigación A fin de desarrollar la investigación preparatoria el/la Fiscal podrá citar a testigos, requerirlos informes y peritajes que estime pertinentes y útiles, practicar las inspecciones de lugares y cosas, disponer o requerir secuestro de elementos y todas las medidas que considere necesarias para el ejercicio de sus funciones. Deberá solicitar orden judicial para practicar allanamientos, requisas o interceptaciones de comunicaciones o correspondencia.

De la interpretación armónica de estas dos reglas procesales puede inferirse sin hesitación que el Ministerio Público Fiscal tiene un poder amplio para la producción de prueba. Entiendo en este sentido, que los medios enumerados por la norma que el acusador puede producir de forma autónoma no son taxativos. Una mayor dificultad encontramos al momento de analizar esta situación respecto de la prueba que sí requiere autorización jurisdiccional.

El objeto de este trabajo es analizar las implicancias legales de esta problemática. En lo particular y como el título lo indica, se trabajará sobre la prueba relacionada con la geolocalización de los aparatos celulares mediante celdas de activación (“Cell Site Location Information” - CSLI), medio para la averiguación de la verdad muy frecuentemente usado hoy día ante la proliferación de dispositivos móviles.

II. Bienes jurídicos en juego: privacidad vs. facultad persecutoria estatal

Se advierte de la propia letra del art. 99 citado que la acusación precisa de una orden judicial para la obtención de cierta prueba que requiera la vulneración de la privacidad de las personas. Este requisito para este tipo de intrusiones no es algo novedoso de los sistemas acusatorios. Puede entonces concluirse que la facultad persecutoria cede ante vulneraciones de este estilo. Pero eso no significa que aquellas no puedan producirse, sino que requieren un filtro jurisdiccional previo. Retomamos entonces la pregunta anterior: ¿es taxativa esta distinción que realiza el código de forma respecto de los medios de prueba que requieran intervención de los jueces?

Una primera respuesta a la que podría llegarse si hacemos una lectura literal del CPP indicaría que sí. Sin embargo, esta visión no conjugaría con las opiniones jurisprudenciales y doctrinarias actuales. Analizaremos entonces esta problemática respecto de la geolocalización a través de las celdas de celulares.

No cabe duda que la información que puede obtenerse de un individuo mediante las celdas de activación de sus dispositivos electrónicos tiene carácter privado. A través de aquellas puede determinarse, con cierta precisión (2), no solamente donde una persona estuvo en un momento en particular, sino que incluso puede también trazarse un recorrido para determinar su desplazamiento.

Sin embargo, resulta claro que el grado de afectación a la privacidad, en comparación al menos con las medidas de prueba taxadas que requieren autorización judicial, es sustancialmente menor. Nótese sobre este punto que resultaría ilógico considerar que conocer la locación aproximada de una persona en un momento determinado pueda afectar más a la privacidad que el ingreso de fuerzas de seguridad en un domicilio o la escucha de comunicaciones telefónicas.

Por otro lado, cabe también hacer la siguiente salvedad. El Ministerio Público Fiscal se encuentra facultado para ordenar tareas de inteligencia sobre individuos determinados sin contar con autorización judicial. Estas tareas denominadas “de inteligencia” o “encubiertas” pueden adoptar distintas formas: desde la entrevista con testigos hasta el seguimiento de personas o vehículos.

Entonces, si volvemos al interrogante que este título plantea, nos encontraríamos ante una clara contradicción si considerásemos que la información de geolocalización manda la obtención de una orden de juez para su obtención. Como se dijo anteriormente, la mejor información (entendida como la de mayor precisión y, por ende,

(2) Cabe destacar en este punto que la precisión de la ubicación de los dispositivos que se comunican con las celdas dependen de muchos factores como, por ejemplo, la cantidad de antenas instaladas en una zona determinada.

mayor afectación a la privacidad) que podríamos obtener de las CSLI es un recorrido aproximado que una persona haya transitado en un momento del pasado. Por el contrario, mediante tareas de seguimiento de personas podemos obtener la misma información que mediante CSLI, pero con precisión absoluta y en tiempo real. La contradicción en este aspecto no admite cuestionamientos. En palabras de orden coloquial, podríamos afirmar que “quien puede lo más, puede lo menos”.

Ahora bien, hay otro punto a analizar respecto de esta cuestión relacionada con la información de carácter personal que las empresas prestatarias de servicios de telefonía almacenan. Este tipo de información se corresponde con la enunciada en la ley 25.326 de Protección de los Datos Personales. La mentada ley nacional define en su art. 2° a los datos personales como “Información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal, determinadas o determinables”. Conforme lo enuncia el art. 10° de la misma, los encargados de tratar los datos personales tienen deber de confidencialidad respecto de aquellos (3), y excepcionalmente se encuentran autorizados a develarlos.

La norma indica que los custodios de la información solamente podrán ser relevados de su obligación por autorización del interesado o por resolución judicial. La pregunta que aparece en este punto es: ¿qué quiso decir la norma con “resolución judicial”? Cabe mencionar en este punto que la ley fue sancionada en el año 2000, momento en el pocas jurisdicciones de nuestra nación se regían por un sistema penal de tipo acusatorio. A qué se hace referencia con esto: que hasta ese entonces quienes realizaban investigaciones y pedían informes eran solamente los jueces. Resta entonces dilucidar si el concepto de “resolución judicial” realmente

(3) Art. 10. - (Deber de confidencialidad). 1. El responsable y las personas que intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos personales están obligados al secreto profesional respecto de los mismos. Tal obligación subsistirá aun después de finalizada su relación con el titular del archivo de datos. 2. El obligado podrá ser relevado del deber de secreto por resolución judicial y cuando medien razones fundadas relativas a la seguridad pública, la defensa nacional o la salud pública (ley 25.326).

hace referencia a la intervención de un juzgado de garantías o tiene más que ver en realidad con un “requerimiento judicial” (sea quien fuere el órgano que lo realiza).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ya ha dicho que la primer fuente de interpretación de una ley es su letra (4). Sin embargo, esa misma decisión señala la relevancia de los debates legislativos para echar luces a alguna duda respecto de las implicancias de un concepto. Analizados que fueron los diarios de sesiones del senado y la legislatura respecto de esta norma, se advierte que aquellos no dan indicios de una posible distinta interpretación.

Resta hacer una salvedad más respecto de este tópico. No considero que la remisión de informes de geolocalización sobre un dispositivo móvil sea diferente a un pedido de informes de ubicación de IPs (Internet Protocols) o un listado de llamadas entrantes y salientes, los que no requieren autorización judicial para su obtención. Particularmente y respecto de las direcciones IP, el Tribunal Superior de Justicia resolvió que “...el Ministerio Público Fiscal, en su rol de titular de la acción penal, se encuentra legalmente facultado para requerir los informes que estime pertinentes para el desarrollo de la investigación (conforme art. 212 CPPN y art. 93 CPP-CABA)” (5). El TSJ argumentó al respecto que no se encontraban vinculaciones entre el contenido de comunicaciones, que requieren autorización judicial para su obtención, y este tipo de información.

Por su parte, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires también aborda este concepto. El noveno párrafo del art. 13 del cuerpo legal señala que “El allanamiento de domicilio, las escuchas telefónicas, el secuestro de papeles y correspondencia o información personal almacenada, solo pueden ser ordenados por el juez competente”. Entonces, tomando la definición de la ley nacional 25.326 y dado que

(4) Fallo CSJN, "Defensor del Pueblo de la Nación c. EN - PEN - M° E. - dto. 1738/92 y otro s/ proceso de conocimiento", resuelto el 24 de mayo de 2005.

(5) Fallo TSJ N° 13576/18 "Ministerio Público - Fiscalía de Cámara Norte de la CABA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Acosta, Cristian s/ infr. art. 128, 2° párr. CP", resuelto el 4 de abril de 2017.

esta regla constitucional se encuentra ubicada por sobre el Cód. Proc. Penal en la pirámide jerárquica de leyes de la CABA, podría afirmarse que para la obtención de informes de geolocalización efectivamente se requiere una orden de un juez.

III. Antecedentes jurisprudenciales

Como eje para el análisis jurisprudencial en la materia, tenemos una parada obligada en el conocido fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Halabi" (6). En esta oportunidad y en cuanto aquí interesa, el máximo tribunal definió el concepto de "derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos", particularmente en lo que respecta al valor de la privacidad e intimidad de las comunicaciones telefónicas y por internet. Los hechos del caso difieren sustancialmente con el objeto de este trabajo, por lo que no se profundizará más, sugiriéndose su consulta al ser un hito de la jurisprudencia local.

En segundo orden corresponde profundizar sobre otro fallo local, pero esta vez del Tribunal Superior de Justicia de la CABA: el ya nombrado "Acosta" (7). La incidencia en cuestión arribó al máximo tribunal de la CABA en razón de la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado interpuesta por la Fiscalía de Cámara Norte. La crítica se alzó con la declaración de nulidad del requerimiento de elevación a juicio presentado por la primera instancia y de los informes incorporados por la acusación referidos a titularidades de las ya mencionadas direcciones IP. El motivo central por el que esos informes fueron declarados no admisibles es porque fueron "obtenidos sin autorización judicial". Más precisamente, los jueces de cámara indicaron que las direcciones IP son datos de carácter personal protegidos por la ley 25.326, equiparables a la interceptación de comunicaciones.

(6) Fallo CSJN "Halabi, Ernesto c. PEN - ley 25.873 - dt. 1563/04 s/ amparo ley 16.986", resuelto el 24 de febrero de 2009.

(7) Fallo TSJ 13576/16, "Ministerio Público - Fiscalía de Cámara Norte de la CABA - s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en "Acosta, Cristian s/ infr. art. 128, párr. 2° CP", resuelto el 4 de abril de 2017.

El TSJ hizo lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto, revocó la resolución de segunda instancia y devolvió las actuaciones para que se continúe con el trámite del caso. No fue discutido por los magistrados el carácter de "información personal" de las direcciones IP, a la luz de la ley 25.326. Respecto de la interpretación de esta ley, el Dr. José Osvaldo Casás señaló que "...la propia ley prevé que dicha información [datos personales] puede ser recabada, sin que se requiera el consentimiento del titular, en el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado (art. 5.2.b)" (8). Este argumento daría luz al requisito de "resolución judicial" enunciado anteriormente, dando fuerza a la interpretación de que la norma fue creada sin tener en cuenta los sistemas de corte acusatorio.

Este mismo punto también fue abordado desde una óptica alternativa, pero con su centro en el sistema acusatorio. Con cita al art. 93 CPPCABA (art. 99, conforme numeración vigente a la fecha) (9), los magistrados indicaron, por un lado, que las restricciones impuestas por ese artículo resultan ser taxativas; y por otro, que la información obtenida no supone una comunicación (del voto del Dr. Lozano). Resulta en este punto relevante citar parte del voto de la Dra. Conde, quien en determinantes palabras indicó que:

(8) "Art. 5° - (Consentimiento). 1. El tratamiento de datos personales es ilícito cuando el titular no hubiere prestado su consentimiento libre, expreso e informado, el que deberá constar por escrito, o por otro medio que permita se le equipare, de acuerdo a las circunstancias. El referido consentimiento prestado con otras declaraciones, deberá figurar en forma expresa y destacada, previa notificación al requerido de datos, de la información descrita en el art. 6° de la presente ley. 2. No será necesario el consentimiento cuando: a) Los datos se obtengan de fuentes de acceso público irrestricto; b) Se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal...", (ley 25.326).

(9) "Art. 99 - Actos de investigación. A fin de desarrollar la investigación preparatoria el/la Fiscal podrá citar a testigos, requerirlos informes y peritajes que estime pertinentes y útiles, practicar las inspecciones de lugares y cosas, disponer o requerir secuestro de elementos y todas las medidas que considere necesarias para el ejercicio de sus funciones. Deberá solicitar orden judicial para practicar allanamientos, requisas o interceptaciones de comunicación eso correspondencia".

“Llevada al absurdo la equiparación propuesta por el tribunal de apelación parecería que la circunstancia de que la Fiscalía consulte públicamente una red social, una guía telefónica o un buscador de internet, con el propósito de conocer toda la información que allí exista sobre un determinado usuario, lesionaría derechos fundamentales de las personas y tendría que solicitar una autorización para hacerlo”.

Íntimamente relacionada con esta cuestión fue la discusión respecto de la equiparación de la información obtenida con los supuestos de interceptación de comunicaciones. Los magistrados señalaron que, bajo ningún concepto, la información de direcciones IP puede compararse con el contenido de comunicaciones telefónicas privadas.

Un concepto que surge de esta problemática y del fallo anteriormente reseñado es el de la “expectativa de privacidad”. Para ello, corresponde remitirnos al precedente de la Corte Suprema de los Estados Unidos “California v. Ciraolo” (10).

Esta decisión incluyó un análisis de la Cuarta Enmienda (11) de la constitución de dicho país, basado también en el conocido precedente “Katz”. En resumidas cuentas, lo que allí se discutió fue la validez de un medio de prueba producido por la acusación, consistente en un testimonio y vistas fotográficas obtenidas por personal policial desde una aeronave que había transitado por el espacio aéreo de la vivienda del imputado, llevado a juicio por tener una plantación de marihuana en su jardín trasero.

Dos conceptos claves son enunciados en el decisorio. El primero, el de la expectativa de privacidad que el sujeto (imputado) podría tener respecto de los efectos que le fueron secuestrados. El segundo, si la sociedad se encuentra dispuesta a reconocer esa expectativa como ra-

zonable. Ambos fueron resueltos en contra del imputado

La primera cuestión es la que resulta de interés para profundizar. Se dijo que la Cuarta Enmienda no puede ser extendida para requerirle a las fuerzas de seguridad que “tapen sus ojos” cuando pasan cerca de alguna vivienda. Se agregó al respecto que el hecho de que un individuo haya tomado medidas para restringir los ángulos desde donde otras personas puedan observar su domicilio (en este caso, los muros perimetrales), no significa que la fuerza de seguridad tenga la obligación de no observar desde otro punto de la vía pública con mayor ventaja para sortear este obstáculo visual.

Se trató así en este fallo el concepto de “plain view doctrine”. El máximo tribunal norteamericano señaló que una persona puede tener expectativa de privacidad sobre los objetos que guarda o actividades que realiza en su domicilio. Sin embargo, todo aquello que de lo que pueda tomarse contacto “a simple vista”, no está enmarcado en esta protección.

Existe otro precedente de la Corte de los Estados Unidos en esta materia, pero con similitudes fácticas respecto de la incidencia que aquí se pretende analizar. El fallo es “Carpenter v. United States” (12). En cuanto aquí interesa, se discutió si era necesario o no que la acusación cuente con una “warrant” (orden judicial), para la obtención de la información CSLI. Por un lado, la corte señaló que una persona tiene expectativa de privacidad respecto de su ubicación física y movimientos, asimilando la información que puede obtenerse mediante la celdas de geolocalización con un monitoreo por GPS.

Otro aspecto de este punto que fue tratado fue la facultad de develar o no la información por parte de su tenedor, y si existió o no una exposición voluntaria por parte del usuario que autorice a este tenedor a compartir esa información. El tribunal concluyó que, en realidad, la información de su ubicación no fue compartida por el usuario con la empresa, sino que en

(10) Fallo 476 U.S. 207, 106 S.Ct. 1809, 90 L.Ed.2d 210, "California, Petitioner c. Ciraolo", resuelta el 19 de mayo de 1986.

(11) "The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized".

(12) Fallo 585 U.S., "Carpenter c. United States", resuelto el 22 de junio de 2018.

realidad aquella la obtuvo en razón del servicio que presta.

En conclusión, la Corte Suprema de los EE.UU. decidió que es requisito contar con una orden de un juez para obtener la CSLI, equiparándola entonces con una orden de allanamiento o requisita. Sin embargo, dejó abierta una puerta para prescindir de este requisito ante circunstancias excepcionales que así lo justifiquen.

IV. Conclusión

Analizada la cuestión, observamos dos posiciones disímiles al respecto. Una de ellas es la interpretación del Tribunal Superior de Justicia sentada en el fallo “Acosta”. Esta solución podría equipararse a casos en donde la prueba a producir sea los registros de geolocalización; los que, en la práctica, no son más que informes técni-

cos respecto de la utilización de un servicio. Otra postura es la del precedente de los EE.UU. “Carpenter”, en donde quedó claro que los datos obtenidos a través de CSLI son alcanzados por el concepto de privacidad de la cuarta enmienda.

En conclusión, considero que, para dirimir la cuestión en nuestro ordenamiento penal local, corresponde que la Corte Suprema de Justicia se expida al respecto ante un eventual planteo. Mientras tanto, la interpretación sobre la cuestión continuará oscilando entre las dos variables. Dicho lo expuesto, sí podemos afirmar y encontrarnos de acuerdo en que, ante el exponencial avance de la tecnología en comunicaciones que estamos atravesando actualmente estamos obligados, como sistema de justicia, a abordar las nuevas problemáticas que vayan surgiendo con una celeridad distinta a otras de otra índole.