

XXXV JORNADAS ACADÉMICAS – COMISIÓN DE LA ABOGACÍA JOVEN

(COLPROBA)

Título: Problemas de autoría y participación en estafas y fraudes informáticos. Propuesta de solución desde el punto de vista político criminal.

Comisión a la que se encuentra inscripto: Derecho penal.

Tema: Estafas informáticas.

Subtema: Solución de política criminal.

Nombre del autor: Federico Lamelo.

Inscripción: Tº VII – Fº 202 (CATL).

Domicilio: Pte. Yrigoyen nro. 347, Trenque Lauquen.

Teléfono: (2392) – 408839.

Correo electrónico: federicolameloestudio@gmail.com .

Sumario: 1. Introducción. Contexto. Modalidades de comisión. 2. Desarrollo. Requisitos para la configuración de autoría, coautoría y/o complicidad necesaria. Roles en la configuración de las mencionadas modalidades delictivas. El caso de los muleros. Conclusiones preliminares. 3. Propuesta. Abordaje de política criminal.

Resumen:

Se realiza un análisis de los problemas de autoría y participación en el delito de phishing y pharming, encuadrables bajo la figura del art. 173, inc. 16 del Código Penal.

Se plantea la insuficiencia de las figuras penales existentes ante el avance tecnológico.

Se propone una solución de política criminal integral con participación de todas las esferas de gobierno. Fundamentalmente una solución de resarcimiento con base en la ley de seguros que garantice a los consumidores la recuperación del perjuicio económico sufrido.

Problemas de autoría y participación en estafas y fraudes informáticos. Propuesta de solución desde el punto de vista político criminal

1. Introducción.

Contexto. Modalidades de comisión

Desde la pandemia COVID-19 se han visto incrementados exponencialmente algunos delitos. Entre los mismos, las estafas informáticas, en su mayoría encuadradas preliminarmente bajo la figura del art. 173 inciso 16 (incorporado por Ley 26.388).

Dicha modalidad delictiva, en sus diversas formas, evidencia una serie de características:

- Son realizadas conjuntamente por varias personas.
- Siempre, necesariamente, uno o varios de sus involucrados actúan a distancia.
- Siempre quien actúa a distancia es quien tiene el dominio del hecho o parte de este.
- Hay una serie de sujetos, necesarios para la consumación del hecho delictivo, los cuales por su exposición son de fácil identificación en la etapa investigativa, cuya participación penal corre por carriles discutibles.

A continuación, se procederá a describir, en grandes trazos y genéricamente, la modalidad delictiva llevada adelante:

En '*la realización de estafa por medios informáticos*' el sujeto pasivo del delito es engañado a partir de un mecanismo de ingeniería social (recibe un e-mail con un malware) y/o por otra modalidad que le permite al sujeto activo hacerse de sus datos bancarios.

A partir de ese momento, con el manejo de sus claves bancarias, proceden a realizar movimientos bancarios que le permiten apoderarse del dinero depositado en la cuenta y/u obtenido con solicitudes de créditos inmediatas. Es aquí donde aparece la participación de terceros, titulares de cuentas bancarias por las que circula ese dinero (denominados "muleros/mulas") hasta perderse en la red en forma de criptomoneda.

2. Desarrollo

Requisitos para la configuración de autoría, coautoría y/o complicidad necesaria

Tiene dicho la doctrina finalista, como máximo exponente local Eugenio Zaffaroni, que es autor de un hecho ilícito quien tiene el dominio, quien tiene su señorío, dispone cuándo, cómo, donde. En definitiva, quien con su accionar, tiene la posibilidad de detener su curso causal.

Para el caso de que se tratara de un supuesto de co-autoría, el dominio del hecho se va a encontrar dividido y cada uno, para ser considerado coautor, deberá tener en la etapa interviniente, las características mencionadas. En definitiva, podrá en la instancia que participa, detener el curso causal final del mismo. O lo que en otros términos significaría que, sin su aporte el hecho sería imposible. Ello no es más que lo establecido en la fórmula del art. 45 del Código Penal Argentino, en alusión a quienes “... *tomaren parte en la ejecución del hecho*”.

Por parte del cómplice, la persona que “*prestare al autor un auxilio en la realización del hecho*”, identificado como necesario cuando sin este el hecho no hubiera podido cometerse y como secundario y/o simple cuando su función es de “*simple cooperación*” o “*ayuda posterior*”.

Ahora bien, en los supuestos de análisis, uno de los sujetos en cuestión va a tener de manera clara e indiscutible, la figura de autor o, eventualmente, la de coautor. Tal es la persona introduce al sujeto pasivo en el ardid de entregar las claves, en definitiva, quien realiza el engaño. El resto de los sujetos, a criterio del suscripto corre una suerte absolutamente distinta en los términos de una eventual imputación y responsabilidad penal.

Roles en la configuración de las mencionadas modalidades delictivas

Tal como se reseñó, se identifica la intervención de varios sujetos:

Uno, claramente autor, o cuanto menos de co-autor, ello en términos de imputación penal.

Por caso de los fraudes investigados, este cumple un rol desde el anonimato: no se puede identificar por cuanto realizó su conducta típica valiéndose del uso de un *sim swap* (duplicación de sim) o desde una dirección de IP desde la cual resulta imposible su rastreo.

De esta forma, los sujetos que generalmente son identificados en el marco de las investigaciones fiscales son las ‘mulas y/o muleros’, en muchos casos personas que también han sido fruto de una manipulación en su cuenta bancaria y/o PSP y/o billetera virtual.

El caso de los muleros

Se ha referido con la denominación de ‘muleros’ a aquellas personas que resultan involucradas, por ser titulares de cuentas bancarias y/o billeteras virtuales (PSP), en el marco de investigaciones penales surgidas por los delitos de estafas en las cuales el dinero de la víctima circula por un número importante de cuentas hasta tanto termina convertido en algún criptoactivo correspondiente a una cuenta de titularidad pseudoanónima (*wallet*).

Ahora bien, la figura típica de defraudación es de tipo dolosa. Surgen entonces una serie de valladares de difícil verificación legal al momento de atribuir, en primer término, la autoría del acto jurídico de transferencia bancaria a la persona del titular de la cuenta y/o servicio de PSP desde el cual se realizó la operación.

El primero de ellos se encuentra al momento de atribuir al sujeto involucrado, titular del servicio, la autoría de la operación, es decir, confirmar que efectivamente fue el quien recibió el dinero y lo transfirió. Para ello es necesario recurrir a la Ley de Firma Digital (25.506) la cual, en su artículo 2° establece los requisitos que debe tener un documento digital para atribuir inalterabilidad y autenticidad en su contenido, en definitiva, para determinar que quien formalmente figura como su ejecutor, lo es. Pues bien, ninguna de estas características son empleadas por los mecanismos bancarios disponibles vía home banking y/o mediante el sistema de PSP.

Por otro lado, pese a una tendencia de regulación en los exchanges locales (ej. Binance y similares nacionales), pocos son los que cuentan con KYC (Know your Customer, “Conoce a tu cliente”) que permite identificación formal y material; ya que subsiste la posibilidad de que cualquier persona cree una cuenta en cualquier lugar.

Estamos aquí en el meollo de la cuestión. En el eventual caso de que en una investigación fiscal se niega y desconozca la participación del sujeto en la operación o negocio jurídico realizado por vía electrónica, el titular de la acción penal no tendrá otra alternativa que la de recurrir a probar por otros medios la autoría del mismo. Y, para el eventual supuesto de que se reúnan elementos que acrediten la participación del sujeto en la cadena de operaciones que constituyeron la estafa, a posteriori para su imputación, se deberán corroborar los elementos constitutivos del dolo de estafa, tal y como hemos referenciado para el caso específico de la figura típica tradicional.

Conclusiones preliminares

La experiencia y práctica profesional diaria lleva a esbozar estas breves y críticas líneas de análisis hacia las figuras penales que, hoy por hoy, son utilizadas con una importancia estadística muy grande. Se han omitido, por cuestiones de extensión en el requerimiento del trabajo, las citas doctrinarias; jurisprudenciales y estadísticas.

Breve y resumidamente, llego a las siguientes conclusiones:

La figura de estafa tradicional (art. 172 CP) como la de defraudación específica de estafa informática (173, inc. 16 CP) aparecen hoy como los tipos penales más cercanos a figuras delictivas del último tiempo asociadas a estafas informáticas en sus diversas modalidades.

Deficiencias de índole técnica, falta de peritos y/o de capacitación en el personal judicial impiden la investigación de estas modalidades delictivas, todo lo cual genera un sin número de causas sin resolver.

La ley de firma digital y/o los instrumentos de autenticidad empleados por los bancos y/o servicios de PSP son una valla difícil de saltar por cuanto se impondrá con la identificación de los titulares de las cuentas involucradas el principio de inocencia ante el desconocimiento de la operación, todo lo cual exige que la carga probatoria de la investigación sea muy compleja.

La figura penal de la estafa y defraudación por medios informáticos estudiada, ambas de tipo doloso, exigen por su estructura típica particular que, para el caso de que exista la identificación de ciertos sujetos intervinientes, los que hemos denominado a los efectos de una fácil identificación ‘muleros’, reúnan ellos dominabilidad, es decir, la totalidad de requisitos de la autoría.

Para el caso de que solo se proceda a identificar, en el marco de la investigación a sujetos de participación intermedia, cuya dominabilidad no se encuentra acreditada, por imperio del principio de inocencia deberán ser estos considerados partícipes y, por subsidiariedad, operará el principio de inocencia.

La complejidad y sofisticación de estos delitos va a aumentar por cuanto exponencialmente esta creciendo la adopción de las finanzas descentralizadas (DeFi), lo cual se suma a los ya problemas existentes dentro de los exchanges sin KYC (CeFi).

Los supuestos de imprudencia de la víctima dentro de la teoría de la imputación objetiva también son un aspecto a profundizar dentro de lo que se llama la actual sociedad de riesgo.

Otras modalidades delictivas dentro de la sociedad actual, como los esquemas ponzi clásicos, ransomware o rug pulls amplían la problemática.

La complejidad también abarca a otros delitos como el lavado de activos, que actualmente hoy las agencias del estado nacional (UIF y AFI) no dan cuenta o no se conoce planificación de estrategias de resultados con personal formado e infraestructura.

Un intento de la dogmática en crear nuevos tipos penales o redefinir el existente sería un final tautológico de una temática que implica un análisis más serio desde los presupuestos de la criminológicos y la relaciones entre Estado, Mercado y Sociedad.

3. Propuesta. Abordaje de política criminal

Como se expuso en el punto anterior, la solución penal, en el estado legislativo actual resulta ineficaz. El abordaje del fenómeno debe ser, en palabras de Alberto Binder, desde una óptica de Análisis Político Criminal.

La inteligencia artificial y el crecimiento exponencial de los metadatos generan un marco de condiciones en donde, día a día, la seguridad bancaria, en definitiva, la seguridad que protege el

patrimonio de los consumidores pasa a ser obsoleta y con ello también las medidas que posteriormente puede tomar el Ministerio Público con un hecho ya consumado.

En este estado de situación, además de campañas de prevención (posiblemente llevadas adelante a través de competencias en seguridad asumidas por los propios municipios (en el marco de sus funciones de educación y prevención); de puesta en funcionamiento de herramientas ágiles de denuncia en el esquema provincial y municipal de Oficinas de Defensa del consumidor; se propone una solución legislativa de corte tradicional, a los efectos de preservar patrimonial y económicamente a los consumidores, fundamentalmente a los hipervulnerables: adultos mayores y/o personas con discapacidad, las principales víctimas de esta modalidad delictiva, cumpliendo de esta manera con la pauta constitucional traída por el constituyente de 1994 en el art. 42.

En ese orden de ideas, a nivel legislativo nacional, se cree conveniente establecer un esquema de seguros, de tipo obligatorio (similar al establecido en materia automotor) cuyo costo sea asumido por quien objetivamente, según la legislación civil (art. 1757 del CCyC), asumió la titularidad del sistema informática vulnerado y la custodia de los activos de los consumidores.

En definitiva, se propone que, en el marco de una política integral que aborde las cuestiones patrimoniales, consumeriles y penales, quien soporte los costos económicos en la contratación de un seguro obligatorio, como garante del patrimonio de la víctima con base en la Ley 17.418, sea el dueño/guardián del sistema informático dispuesto a los efectos de que se encuentre operativa la plataforma home banking y/o PSP. Esto es, quien detente la propiedad y titularidad del andamiaje de software y hardware impuesto al cliente para la realización de transacciones remotas, el cual, como causa de su vulnerabilidad, es pasible de ser atacado a través de las modalidades antes descriptas.

De esta manera se lograría evitar que la solución penal desborde las fiscalías con casos de imposible resolución jurídica y que los consumidores no se vean obligados a interponer múltiples acciones civiles frente a las entidades bancarias y/o financiera quienes, claramente, resultan objetivamente y en principio responsables, bajo los parámetros de nuestro esquema de responsabilidad actual.

Para concluir, dado el déficit claramente demostrado por el derecho penal, el cual tiene una asociación propia y directa con las modalidades de comisión que han superado totalmente los tipos penales y por su propia naturaleza varían de múltiples formas, se busca dar una respuestas y/o solución de justicia enfocada desde el punto de vista de la gestión del conflicto, proponiendo un rumbo destinado, fundamentalmente, a que las víctimas de este tipo particular de modalidad delictiva, recuperen los que les era propio.