

TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES EN DERECHO INFORMÁTICO Período 2000 a 2005

por

*María José Viega**, *Silvana Leberrié***,
*María José Rodríguez Tadeo**** y *Fabrizio Messano*****

1. INTRODUCCIÓN

Cuando nos planteamos la realización del presente trabajo en el Grupo de Jurisprudencia del Instituto de Derecho Informático, tomamos como período de investigación el comprendido entre los años 2000 a 2005. Sin embargo, parece oportuno, realizar en forma previa un encuadre evolutivo de la jurisprudencia en nuestro país.

En el año 2001 se publica el primer anuario de Derecho Informático, conteniendo en su capítulo de jurisprudencia la relativa al año 2000, que contaba con dos sentencias referidas a la propiedad intelectual de programas de ordenador y una medida cautelar con respecto a nombres de dominio.

Hasta ese momento, contábamos con sentencias referidas al software y su protección jurídica, una sentencia del TCA N° 174 de 23 de abril de 1990, que anulaba una resolución del Director General de Rentas que entendió gravable por IRIC los pagos efectuados al exterior por copias de programas¹.

En cuanto a la jurisprudencia administrativa encontramos Resoluciones del Consejo de Derechos de Autor (1988), de la Dirección General Impositiva (1992) y del Tribunal de Cuentas (1994).

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales y Escribana Pública (Facultad de Derecho UDELAR). Profesora de Derecho Telemático. Coordinadora del Grupo de Jurisprudencia del Instituto de Derecho Informático. Miembro de la Comisión de Derecho Informático y Tecnológico de la AEU. Miembro Honorario de la Asociación Paraguaya de Derecho Informático y Tecnológico. Editora del Boletín Electrónico de Derecho y Tecnología (www.viegasociados.com).

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (Facultad de Derecho UDELAR). Integrante del Grupo de Jurisprudencia del Instituto de Derecho Informático.

*** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (Facultad de Derecho UDELAR). Integrante del Grupo de Jurisprudencia del Instituto de Derecho Informático. Asistente Técnico del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

**** Bachiller en Derecho. Estudiante de Abogacía en la Universidad Mayor de la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Integrante del Grupo de Jurisprudencia del Instituto de Derecho Informático.

¹ DELPIAZZO Carlos E. "Derecho Informático Uruguayo". Ed. IDEA SRL. Montevideo, 1995. Pág. 200.

En el año 2003 se crea en el Instituto de Derecho Informático el Grupo de Jurisprudencia, debido a la necesidad de realizar un relevamiento de los diferentes Juzgados ya que comenzaban a aparecer sentencias vinculadas a otros temas del Derecho Informático.

La jurisprudencia extranjera, fue hasta esta etapa, la base para abordar cualquiera de los tópicos de nuestra materia.

Sin embargo, en el transcurso del año 2004 comenzó un proceso de ebullición de sentencias relativas al Derecho Informático y Telemático. Por tal motivo, fue necesario optar -en esta instancia- por publicar solo algunas sentencias a texto completo, elaborando sumas jurisprudenciales de las restantes, comentando brevemente los aspectos relevantes de las mismas.

Es de destacar, que este trabajo ha sido elaborado con el aporte jurisprudencial de todos los miembros del Grupo de Jurisprudencia.

2. JURISPRUDENCIA CIVIL

En materia civil encontramos varias sentencias tanto de Juzgados de Paz, como Juzgados Letrados de Primera Instancia y Tribunales de Apelación que en mayor o menor medida tratan temas concernientes al Derecho Informático.

En virtud de que las dos primeras sentencias que comentaremos refieren en cierto grado al tema de los Nombres de Dominio, vinculado al Derecho Marcario, es conveniente hacer una breve mención a ello.

El nombre de dominio, definido a grandes rasgos, es la localización de un sitio en Internet, es como el domicilio, y su estructura responde a la finalidad de evitar que las personas tengan que trabajar con números y utilicen caracteres más fáciles de memorizar.

La marca es el signo que sirve para diferenciar los productos o servicios de una empresa de los de otra.²

Es posible muchas veces apreciar la existencia de colisión entre una marca y un nombre de dominio, incluso podría afirmarse que el uso de una marca como nombre de dominio constituye una violación del derecho de uso exclusivo que tiene el titular de la misma.

Algunas de las diferencias que pueden apreciarse entre las marcas y los nombres de dominio son las siguientes: 1) la marca es nacional y el nombre de dominio no reconoce límite territorial; 2) pueden existir varios titulares de Derecho Marcario pero no puede existir más de un nombre de dominio; 3) no pueden haber dos marcas confundibles, si dos nombres de dominio confundibles; 4) en materia de marcas se

² RIPPE, Siegbert . La propiedad industrial en el Uruguay – FCU primera edición. Montevideo, 1992, página 37.

reconoce el derecho de uso aunque no se registre, en cambio el nombre de dominio no puede ser usado si no está registrado.

Los nombres de dominio se registran en el DNS, por sus siglas en inglés que significa Sistema de Nombres de Dominio³, y revisten una estructura jerárquica compuesta por dominios de nivel superior nacional (código del país o región al que corresponde el dominio) y genérico (indica el tipo de organización a la que pertenece el titular del dominio); dominio de segundo nivel que es el nombre elegido y pueden existir subdominios; y en tercer lugar generalmente tenemos la www. Los niveles están siempre separados por puntos.

En el procedimiento para la asignación de los nombres de dominio se prioriza la transparencia, la equidad y la independencia del registro frente al registro de marcas o propiedad intelectual.

El efecto del registro de un nombre de dominio es que durante el período de eficacia de la registración, el nombre de dominio queda asociado con la computadora titular, se le asigna un número de usuario otorgándole un lugar en el DNS.

En nuestro país la coordinación y administración del dominio superior uy, está a cargo de SeCIU⁴, con excepción del dominio .com.uy que fue delegado a Antel y hoy día lo administra Adinet.

Para mayor información sobre estos temas es recomendable ingresar a www.icann.org y www.rau.edu.uy/servicios/dom.

2.1 Sentencia N° 20 de fecha 16 de junio de 2005 del Juzgado de Paz de la Capital de 38° Turno⁵

En este caso una empresa que usa una marca conocida a nivel local, promovió juicio de jactancia contra una firma extranjera de nombre similar, en virtud de que esta última la citó a conciliación previa al juicio que indicó promovería por infracción a los derechos de propiedad industrial, cese de uso de nombre de dominio y daños y perjuicios.

El jactancioso fue intimado a iniciar las acciones judiciales correspondientes a fin de definir la situación jurídica y los derechos de ambas empresas y consecuentemente se promovió la demanda, solicitando el cese del uso de nombre del dominio www.aa.com.uy más indemnización por daños y perjuicios por el uso indebido de la marca contra la empresa local.

³ Es un directorio organizado jerárquicamente de los nombres de dominio y sus computadoras entendidas como contenido de información.

⁴ Servicio Central de Informática Universitario.

⁵ Dicha sentencia no ha sido publicada en el anuario "Derecho Informático" en virtud de que no es cosa juzgada al tiempo de realización del presente trabajo.

En cuanto a las virtudes de esta sentencia encontramos que aprecia acertadamente algunas diferencias entre marcas y nombres de dominio sin perder de vista ciertas semejanzas.

Sostiene que ambos son signos distintivos, los nombres de dominio que no cumplían una función distintiva la desempeñaban posteriormente por su propio uso; mientras que las marcas responden a la finalidad distintiva originariamente. En cuanto al derecho de uso en el caso de la marca deriva del registro territorial del estado, en tanto en el caso de nombre de dominio deriva de un registro de carácter global. En materia de marcas se reconocen algunos derechos de uso de un signo como marca aunque no este registrado, lo que no ocurre en los nombres de dominio.

Se hace referencia al artículo 1º de la ley 17011 que establece “se entiende por marca todo signo con aptitudes para distinguir los productos o servicios de una persona física o jurídica de los de otra”.

Se destacó que el demandado no tiene registrada la marca cuestionada habiendo alegado su notoriedad, y la sede entendió que siendo su carga acreditar la titularidad de la marca, no lo hizo suficientemente.

El nombre de dominio “aa.com.uy” se encontraba registrado a nombre de una tercera empresa y en ningún momento las partes acreditaron por que el nombre de dominio tenía como titular a persona ajena a quien lo detentaba, lo cual la sede entendió que no tenía porque presumir y menos aún conocer el procedimiento y funcionamiento que se debe seguir para registrar o solicitar un nombre de dominio; establece que podría llegar a sostener que quien dice ser titular del nombre de dominio no lo es por no estar a su nombre. En este caso, ambas partes dieron por supuesto todo lo que supone el registro de un nombre de dominio limitándose a hacer una breve reseña del funcionamiento.

Podemos llegar a pensar que la Sede hubiera entendido la titularidad de la marca a favor de la demandada, de no haber mediado la presencia de este tercero como titular del nombre de dominio, si el nombre de dominio hubiera sido asignado directamente a la empresa demandada, o si se hubiere acreditado algún vínculo entre el titular del registro y quien usaba el nombre de dominio.

En definitiva el fallo desestima la demanda en todos sus términos en virtud de que ninguna de las partes probó satisfactoriamente la titularidad de la marca.

En este caso por lo menos la sentencia no confunde la obtención del nombre de dominio de nivel superior .com.uy ante Antel con un registro de marca, como ocurre en la sentencia que veremos a continuación.

2.2 Sentencia N° 50 del 29 de junio de 2004 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 12° Turno⁶

En este caso se reclamó indemnización por daños y perjuicios por uso ilícito de una marca registrada para un servicio igual y se solicitó además la cancelación del uso de nombre a la demandada.

La parte actora es titular de la marca bburuguay.com, registrada ante la Dirección Nacional de Propiedad Industrial (DNPI).

La parte demandada tiene y explota una página denominada bburuguay.com.uy, también registrada ante la DNPI con fecha anterior a la actora y en diversa clase.

Al determinar el derecho aplicable al caso, la sentenciante acertadamente indica que la pretensión tiene su base en la ley de marcas 17011, específicamente en los artículos 87 y 88, diciendo que no existe normativa o regulación expresa en la “registro de las marcas por Internet”.

En este caso no se tuvo en cuenta que no se está ante un tema de registro de marcas por Internet, sino de registro ante el órgano competente, siendo la existencia del nombre de dominio un elemento ajeno a la cuestión fundamental. Que se obtenga el nombre dominio ante Antel no significa el registro de la marca como tal.

Al considerar que las denominaciones de los sitios bb.com y bb.com.uy , se sostiene acertadamente que cuando el vocablo que se pretende registrar expresa una cualidad, atributo, o designación indicativa de la especie o género que resulte indisolublemente unida a la idea del producto a proteger, no podrá ser registrado como marca. Pero además sostiene que no se aplica únicamente a los vocablos “bb” y “Uruguay”, sino también a la expresión “.com” y “.com.uy” dado que ambas sugieren la presencia en Internet. Seguramente esto se ha querido decir en la sentencia al señalar que “son formas genéricas de determinar una oferta por vía electrónica... refiere a cualquier tipo de publicidad electrónica y es dada por la empresa registradora de dicha marca”. Ahora bien, la empresa que registra un nombre de dominio y autoriza a usarlo, no registra una marca como hemos visto.

Al afirmar que “la registración de las marcas en Internet no se encuentran en clases bien diferenciadas y tampoco existen criterios para evitar la confundibilidad”, se pone en evidencia que la sentenciante supone que la obtención de un nombre de dominio implica la registración de una marca y parece suponer también que confiere derechos marcarios.

Lo reitera al referir a los principios de la propiedad industrial “común”, como si existiera otra propiedad industrial referente a los nombres de dominio puestos en el mismo plano que las marcas.

⁶ Publicada en “Derecho Informático” Tomo V. FCU, 1ª Edición. Montevideo. Junio 2005, página 345.

Se analizó si es preceptivo que el titular de la marca la registre en la propiedad industrial y luego en Antel o, por tratarse de una marca a usarse solamente vía electrónica, es suficiente su registración ante esta última, concluyendo que dada la inexistencia de normativa al respecto, puede considerarse que quien inscribe en primer término un marca en Antel, obtiene todos los derechos de la registración. La breve exposición precedente relativa a los nombres de dominio nos permite entender que este razonamiento maneja premisas falsas y por ende llega a una conclusión falaz.

La Sede desechó la demanda en todos sus términos en mérito a que: la demandada comenzó a usar la marca con anterioridad a la actora; las expresiones “bb” y “Uruguay” son términos genéricos; las expresiones .com.uy son siempre necesarias para poder efectuar una oferta en Internet; las clases en que se inscribieron en la DNPI no son las mismas.

2.3 Sentencia N° 207 del 29 de noviembre de 2000, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7° Turno⁷

Otra sentencia que trata temas de derechos marcarios desde una perspectiva que involucra asuntos informáticos es la sentencia de segunda instancia N° 207 del 29 de noviembre de 2000, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7° Turno.

En este caso el titular de la marca “Datamap”, demandó a AA reclamando daños y perjuicios y cese de uso de marca, además de solicitar el embargo en todo el territorio nacional de los productos M.O.P., M.O.S. y E., así como el retiro del comercio de las licencias de los mismos, diseñados para W95.

AA recurrió la sentencia de primera instancia argumentando que “Data map” significa “mapa de datos” y alegó que los promotores no son titulares de un derecho marcario aplicable a los programas de computadora, en base al principio de especialidad propio del régimen de marcas, que distingue entre protección de productos y servicios; que el término en cuestión implica una denominación genérica, por lo cual ninguna protección de la clase 42 (servicios) podría extenderse a la clase 9 (productos).⁸

La inscripción ante la DNPI en la clase internacional 42 corresponde a servicios y no a productos.

El Tribunal estimó que fue empleada en la inscripción de la marca una denominación que se utiliza para expresar cualidades o atributos de los productos o usualmente empleada para indicar la naturaleza de los mismos y que se le está atribuyendo una denominación descriptiva de la naturaleza o características del producto, no pudiendo negarse el significado de la expresión “datamap” como “mapa de datos”.

⁷ Publicada en La Justicia Uruguay Tomo 123 Caso 14151. Montevideo. Año 2001. Página 202.

⁸ Según la Clasificación Internacional de productos y servicios para el registro de las marcas – Arreglo de Niza 8va. Edición.

Sin embargo, más allá de la validez o no, de la regularidad o no, de la inscripción registral (interpretable como acto administrativo firme), la Sede entendió que es potestad jurisdiccional el examen de la idoneidad para producir consecuencias jurídicas del acto administrativo que el litigante hace valer, en ejercicio de su facultad de verificar la juridicidad de los actos generadores de derecho.

La verdad es que, como sostiene la Sede, la ley prevé que no pueden usarse como marca esas denominaciones genéricas y no dice que el registro produzca saneamiento de los eventuales vicios ocurridos.

Concretamente, es distinto el servicio de programación del producto de ese servicio. El primero, se dirige a programar, a hacer el programa. El otro es el producto de ese trabajo o servicio, el software.

En consecuencia, se trata de dos clases distintas y entra en juego el principio de especialidad.

En ese caso, se analizó igualmente sin perjuicio del principio de especialidad, la posibilidad de confusión entre ambas marcas y se comparó los productos de los actores y de la demandada.

Constatando que los actores habían creado un programa que corre en el sistema MS.D. y que el programa de la demandada es una función dentro del programa E. (componente de una serie de utilitarios del paquete O.), destinado a la creación de planillas de cálculo, en el sistema W95. Se trata de un programa ejecutable (extensión "exe"), por sí solo y en forma independiente (fuera del entorno de E.), pero cuando se ejecuta de esa manera, solicita el lugar donde se encuentra el mapa a utilizar y luego que se le indica ese lugar "termina la ejecución del programa sin aparentemente realizar alguna finalidad en particular, lo que resulta lógico para un programa que fue creado para funcionar exclusivamente en el entorno del programa E."

La Sede entendió acertadamente que se trata de cosas distintas, y que las posibilidades de confusión por parte de usuarios especializados, son muy escasas. La sentencia establece que es difícil confundir un programa que corre en MS.D., utiliza preferentemente mapas de calles, para búsquedas rápidas e inteligentes de direcciones asociadas al mapa o para gestión de flota en una empresa de transporte y para la realización de trabajos a medida, (eran las características del programa de los actores) con otro en W95, que es una función dentro de un programa de cálculos y que el propio usuario adapta a sus necesidades.

Con relación a los medios de prueba en este caso es interesante destacar que los actores presentaron como prueba de su producto un disco conteniendo una de las versiones del sistema, cuya exhibición fue solicitada por la accionada antes de contestar la demanda, por lo que se agregaron copias impresas de las pantallas, sin cuestionamiento de los contrarios. La demandada en cambio agregó directamente copias impresas de pantallas de su programa en soporte papel y además contó con prueba pericial.

El Tribunal revocó la sentencia recurrida desestimando la demanda.

2.4 Sentencia N° 83 del 4 de octubre de 2002 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 2° Turno⁹

A continuación veremos un caso ya comentado¹⁰ que refiere a hipervínculos y cuestiones conexas, se trata de la sentencia N° 83 del 4 de octubre de 2002 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 2° Turno.

Se accionó por daños y perjuicios por el incumplimiento de una rescisión de contrato de *hosting*¹¹, en la cual se asumieron ciertas obligaciones y se pactó cláusula penal. Además de la responsabilidad contractual, se analizan cuestiones de derechos de autor y de derecho marcario.

Los actores en autos son propietarios de una página web que brinda servicios de acercamiento entre oferta y demanda laboral a través de Internet.

La demandada es una persona jurídica proveedora de servicios de Internet y titular de un portal.

Las partes otorgaron contrato de *hosting* e incorporación en el portal, cuyo objeto principal era el alojamiento de la página web de los actores en servidores de los demandados y la incorporación de un canal de acceso a dicha página en el portal.

El contrato de *hosting* se rescindió de común acuerdo y se dispuso que se eliminen de los servidores de la demandada, todos los archivos contenidos en la página de los actores y la base de datos asociada a ella. Aclarándose que la extinción de las obligaciones contractuales incluía la participación de la página en el portal. La demandada se obligó a no hacer uso de los derechos de autor que poseen los actores sobre su página. Se pactó confidencialidad y se estableció una cláusula penal, con una multa de cincuenta mil dólares, acumulativa con daños y perjuicios, para cualquier incumplimiento.

Luego de la rescisión del contrato, la página pasó a alojarse en otro servidor; la demandada bajó de sus servidores todos los archivos de los actores y sustituyó el canal "Laborales" por otro canal "Empleos" donde únicamente se arriba a una página web también de oferta y demanda laboral, que no es la de los actores, no conservando en su poder programas ni archivos de los mismos. Empero, se mantuvieron *links*¹² que permitían al visitante del portal acceder a la página de los actores alojada

⁹ Publicada en "Derecho Informático" Tomo V. FCU, 1ª Edición. Montevideo. Junio 2005, página. 383

¹⁰ LEBERRIÉ, Silvana "Connotaciones jurídicas de los hipervínculos y marcos en un sitio web" en "Derecho Informático" Tomo V. FCU, 1ª Edición. Montevideo. Junio 2005, página 399.

¹¹ El *hosting* es un servicio a través del cual un proveedor de servicios de Internet brinda alojamiento en *host*, a los archivos informáticos que componen un sitio web, permitiendo el acceso de los internautas a los mismos. Un *host* es un sistema de cómputo o computador conectado a la red mundial de información denominada Internet.

¹² En la mayoría de los sitios web, ciertas palabras aparecen subrayadas y/o de color azul como una forma de diferenciarlo del resto del documento. Al seleccionar una palabra o frase, opera una transferencia al sitio o página relacionado. En algunas ocasiones hay botones o imágenes, que pueden activarse mediante un clic. Si el usuario mueve el puntero del ratón sobre el contenido del documento y el mismo se transforma en un símbolo con una mano, dependiendo esto último de la configuración del ratón, eso indica que se puede realizar un clic para ser transferido a otro sitio. Así se presentan los links que permiten el transporte a través de la red.

en el nuevo servidor. Esos *links* estuvieron en la pantalla correspondiente a “mapa del sitio” y en el “buscador” del portal. Al usar cualquiera de los *links* mencionados aparecía la página dentro del marco del portal con publicidad de los servicios que ofrecía el mismo, aunque también lucía el marco y la publicidad de la propia página.

Luego de la demanda y antes de contestarla, la demandada eliminó los *links* mencionados.

La pretensión se refiere al cobro de multa por incumplimiento de rescisión de contrato; a la reparación de daños y perjuicios, ocasionados por el uso indebido de programas de computación de autoría de los actores y de la marca registrada por ellos; y al enriquecimiento sin causa por el aprovechamiento publicitario de la página por parte de los demandados.

La decisión judicial de primera instancia, condenó a la demandada a pagar a los actores, en concepto de indemnización por el acceso no autorizado y con fines comerciales a la página web de su autoría, la cantidad que se determinará en incidente de liquidación, y a pagarles en concepto de multa contractual la cantidad de diez mil dólares.

Luego de algunas contradicciones la sentenciante centra la cuestión en el tema de la existencia de hipervínculos como uso indebido de derechos autorales, olvidando mencionar que no se trata de un hipervínculo sencillamente sino que se trata de un *framing*¹³, con la particularidad que en este caso, no se oculta la *home page* de la página enlazada. Pero sin arribar a una solución de la cuestión, se llega a la conclusión que la intención de las partes fue que luego de la rescisión, la demandada no estaría obligada a incluir la página en su portal; y en este aspecto se entendió que no hubo incumplimiento contractual. Interpretación que pudo ser diversa puesto que todo indica que las partes decidieron eliminar cualquier participación de la página en el portal.

Debió determinarse si el hipervínculo que conduce a la página manteniendo el marco original del portal, implica o no participación de la primera en el segundo, y de ello dependerá si se incumplió o no el contrato. Es relevante en este punto considerar la presencia del *frame*, puesto que la participación de la página en el portal podría estar determinada porque los usuarios que ingresaban a través del hipervínculo, visualizaban la página con la apariencia de estar incluida dentro del portal.

Otro aspecto que resulta importante, pese a no haber sido tratado en la sentencia, es la forma como fue programado el *frame*, dado que es posible programar un marco de manera tal, que permita obtener información sobre los ingresos que se

¹³ Es posible definirlo como el uso de ventanas dentro del despliegue de una página web. El enmarcado o *framing*, es un tipo de vínculo que, una vez activado, trae una nueva página a una de las ventanas de la página en que se encuentra el usuario. Con este mecanismo se muestra la página objeto del hipervínculo dentro del marco o *frame* de la página en la que figura el *link*.

realicen a través del hipervínculo, lo que puede devenir en competencia desleal, desvío de clientela u otros ilícitos. Si bien la programación es un aspecto técnico, es indudable que puede revestir relevancia jurídica en este tipo de situaciones.

El hecho de facilitar a los usuarios el acceso a la página, acceso que es viable por diferentes medios (buscadores o digitación de la dirección de Internet en la barra de direcciones de un programa navegador o *browser*), no afectaría derechos marcarios ni autorales. Si bien se puede discutir esta conclusión cuando el hipervínculo aparece representado con el logo de la página vinculada, lo que podría llevar a suponer inclusive que existe alguna vinculación económica o de patrocinio.

En este caso concreto no podemos olvidar que hay *framing*, lo que puede confundir a los internautas haciéndolos creer que continúan navegando en el sitio de origen cuando en realidad se han transportado, mediante el hipervínculo, a otro sitio.

Es relevante el hecho que la *home page* del sitio vinculado no haya sido salteada, ello implica menos posibilidades de que los actores se vieran perjudicados económicamente, puesto que sus avisos publicitarios no se ocultaron. Las personas no corrían riesgo de perderse, porque ingresaban directamente a la página principal, esto es importante porque cuando se diseña un sitio web, entre otras cosas, se facilita una guía del mismo y ésta se ubica en esa página principal o *home page*. Además, al comenzar por el principio se hará uso de la página de la forma en que el autor la diagramó o sugiere que sea usada.

Si estuviéramos ante un caso de *deep link*¹⁴, podría argumentarse diciendo que el hecho de conducir a un sector interno dentro del sitio puede hacer que el usuario se pierda y no encuentre lo que busca dentro del sitio o no lo aproveche satisfactoriamente.

La sentenciante se refiere a “hipervínculos no autorizados”, lo que puede tener dos interpretaciones, o bien considera que los hipervínculos debieron ser autorizados expresamente, o bien que son no autorizados por haber sido prohibidos en el acuerdo rescisorio. La coherencia sugiere seguir la primer interpretación puesto que antes la magistrada ha descartado que las partes hubieran acordado la eliminación de toda participación o presencia de la página en el portal.

La decisión judicial admite que las páginas web están protegidas por los derechos de autor y es correcto que así sea, de hecho las páginas web gozan de tutela jurídica en nuestro Derecho en cuanto a sus contenidos (textos, imágenes sonidos, videos, etc.), y el código fuente HTML utilizado para su armado. Estas afirmaciones permiten discrepar con las apreciaciones del demandado que “destaca que una página web no es software protegido...”. Una página web es un software y está protegido como tal, también lo están sus contenidos y diseño.

¹⁴ Los enlaces profundos denominados *deep links* conducen hacia una página interna de un sitio, obviando la página principal o *home page* del mismo.

El caso de *framing* analizado resultó ser considerado como “uso no autorizado de derechos de otro”, una violación al derecho de libre explotación de la página web, y ello por perseguir una finalidad comercial, aumentar el tráfico del portal y así las posibilidades de vender más publicidad. No se trata el tema de la competencia desleal, que pudo haberse configurado. Pero si, se considera que se obró en perjuicio de los actores y se establece la responsabilidad del demandado.

En segunda instancia¹⁵ se resuelve la desestimación de la demanda con fundamento en cuestiones que no corresponde analizar ahora. Sin perjuicio de ello, en segunda instancia, el demandado se siente agraviado por considerar que no existió violación de derechos de autor, sino que se está ante el denominado derecho de cita, una reproducción que se considera lícita cuando se hace citando al autor de la obra. Ante un simple *link*, podemos coincidir con esta afirmación, pero en el caso de autos no se trata del derecho de cita, puesto que el *framing* no se limita a abrir la página citada, es potencialmente capaz de inducir al usuario en confusión acerca del verdadero autor de la obra y por ende puede ser considerado violatorio de derechos intelectuales.

2.5 Sentencia N° 103 del 22 de noviembre de 2004 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 1° Turno¹⁶

En la órbita de la responsabilidad contractual tenemos un caso en el que se demandó y reconvino por incumplimiento de contrato de arrendamiento de servicios. En este caso el actor había sido contratado por la demandada a prestar servicios de: dirección técnica y operativa de departamento de computación de la demandada; asesoramiento en materia de hardware y software; desarrollo completo de nuevas aplicaciones de software vinculados a medición de audiencia y operación de todos los programas actuales y futuros.

El actor reclamó daños y perjuicios por incumplimiento contractual y el demandado reconvino haciendo el mismo reclamo.

La cuestión que deviene fundamental es que en virtud de ese contrato se alteraron los sistemas de medición de audiencia, y es por este motivo que el magistrado desestima la demanda y la reconvención declarando la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito.

La sentencia analiza brevemente el contrato y entiende que efectivamente es un arrendamiento de servicios y por ende está sujeto al *jus variandi*. Es así que, cuando el actor, siguiendo instrucciones del demandado, alteró la recolección y procesa-

¹⁵ Sentencia N° 202 del 1 de octubre de 2003 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno. Publicada en “Derecho Informático” Tomo V. FCU, 1ª Edición. Montevideo. Junio 2005, página 383.

¹⁶ Dicha sentencia no ha sido publicada en el anuario “Derecho Informático” en virtud de que no es cosa juzgada al tiempo de realización del presente trabajo.

miento de datos mediante el cual se efectuaba la medición de audiencia, lo hizo en virtud del contrato, siendo esta alteración ilícita, parte integrante del objeto del contrato de arrendamiento de servicios que los unía en virtud del *jus variandi*. He aquí la construcción lógica que debió realizar el sentenciante a fin de vincular el obrar con apariencia delictiva con el objeto del contrato.

Tenemos pues, un caso de responsabilidad en materia civil que es eventualmente pasible de represión penal y que está en cierta medida relacionado a la materia informática.

2.6 Sentencia N° 111 del 14 de diciembre de 2004 del Juzgado Letrado en lo Civil de 18° Turno¹⁷

Un caso parecido al anterior se ve en la sentencia N° 111 del 14 de diciembre de 2004 del Juzgado Letrado en lo Civil de 18° Turno. En esta oportunidad un organismo Estatal es demandado por una empresa que fue adjudicataria de la licitación para la implementación de un sistema de gestión de recursos humanos.

La actora no pudo poner en funcionamiento la totalidad de los módulos del sistema y alega razones imputables a la demandada como ser: por falta de equipos adecuados y por falta de colaboración de los funcionarios de determinado sector.

La sentencia ampara parcialmente la demanda.

2.7 Sentencia N° 112 del 22 de mayo de 2002 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4° Turno¹⁸

La última cuestión que veremos en materia civil se trata en la sentencia N° 112 del 22 de mayo de 2002 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4° Turno.

En este caso un sindicato fue condenado a indemnizar daños y perjuicios a AA por uso de software sin licencia.

Se realizó una medida preparatoria en la que se constató que tenía algunas licencias y otras no. Inmediatamente después de la medida preparatoria el sindicato adquirió las licencias y se sintió agraviado por la condena sosteniendo que “si hubo infracción, la misma es de mínima importancia”. La Sede entendió que “la adquisición posterior de las licencias no excluye el ilícito y en concreto implica reconocimiento de hallarse incurso en infracción al tiempo de la diligencia. En segunda instancia se mantuvo la sentencia condenatoria y se condenó en costas y costos al demandado.

¹⁷ Publicada una suma de dicha sentencia en “Derecho Informático”, Tomo VI, correspondiente al año 2005.

¹⁸ Publicada en La Justicia Uruguaya Tomo 126. Caso 14507. Montevideo. Año 2002. Página 270

3. JURISPRUDENCIA LABORAL

3.1 Sentencia N° 90 de 29 de Agosto de 2003 del Juzgado Letrado de Primera Instancia del Trabajo de 10° Turno¹⁹ y Sentencia N° 312 de 26 de Agosto de 2004 del Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1° Turno²⁰

Los aspectos que nos parecen de gran importancia en estas sentencias, los que de alguna forma pueden ser considerados como controvertidos son: 1º) Si el correo de la empresa puede ser utilizado para uso personal, 2º) Que tan legítimo es, al menos a nivel nacional, que un empleador monitoree los correos vistos por sus empleados en el lugar de trabajo.

Una de las virtudes de la sentencia de primera instancia es la gran cantidad de definiciones que maneja, lo que permite conocer con precisión y buen detalle los conceptos técnicos manejados.

Aquí nos encontramos con un empleado que fue despedido por revisar el correo electrónico de su jefa, e incluso imprimió uno conteniendo información exclusiva para determinado personal con información confidencial concerniente a la política de trabajo de la empresa. Esto hizo que el empleado fuera despedido alegando notoria mala conducta. El fallo del juzgado de primera instancia resolvió que no había existido causal para decretar la notoria mala conducta.

El tribunal de alzada falló en sentido contrario aduciendo que, por un lado, un solo acto puede ser factor suficiente para configurar una notoria mala conducta y que el acto realizado por el actor sería un caso en el cual existió tal suficiencia.

De todos modos, y sin tratar de adentrarnos en el plano laboral, la intromisión del empleado fue una violación a normas de rango constitucional, como el derecho a la privacidad y el secreto de la correspondencia, por lo cual parecería como un acto flagrantemente antijurídico y – según los parámetros expresados en el fallo – podría configurar tal causal de despido.

Al respecto de este tema se ha dictado una norma ISO (la número 17799). En puridad esta norma trata de Seguridad de la información en general, aunque una parte puede ser tomada en cuenta para evitar que se den este tipo de inconvenientes. De acuerdo a esta norma, “la seguridad de la información se consigue implantando un conjunto adecuado de controles, que pueden ser políticas, prácticas, procedimientos, estructuras organizativas y funciones de software”. Estos controles deberían establecerse para asegurar que se cumplen los objetivos específicos de seguridad de la Organización.

¹⁹ Publicada en Derecho Informático Tomo V, página 363. FCU, 1ª Edición. Montevideo, Junio 2005.

²⁰ Publicada en “Derecho Informático” Tomo V, página 351. FCU 1ª Edición. Montevideo, Junio 2005.

Esta Norma ISO ha sido aprobada y por consiguiente homologada en una norma UNIT, por lo cual en nuestro país se le conoce como UNIT-ISO 17799.

Un tema que nos parece importante recalcar es cuanto asimila, la sentencia en cuestión, los correos electrónicos al correo ordinario. Esto trae consecuencias importantes a la hora de ver qué normativa le es aplicable, ya que como tal estaría protegido por todo el aparato legal de inviolabilidad de las comunicaciones, encabezado por el Art. 28 de la Constitución de la República.

Al respecto, el citado artículo constitucional dice “o de cualquier otra especie” por lo tanto la interpretación extensiva, fundada además en los Art. 72 y 332, es la que parece apropiada.

Pero la protección normativa no solo es de nivel constitucional, también encontramos normas legales al respecto como nuestro Código Penal, que en su Artículo 296, tipifica el delito de “Violación de Correspondencia escrita”. En él se refiere específicamente a “pliego epistolar, telefónico o telegráfico”. Por lo tanto, y tomando en cuenta el modo de integración restrictivo propio del Derecho Penal es más discutible su aplicación, aunque tomando en cuenta lo dicho en el inciso 3º que utiliza los términos “correspondencia, encomiendas y demás objetos postales”, que si podrían llegar a ser interpretados alcanzando al correo electrónico.

Volviendo nuevamente al objeto principal de nuestro análisis, el correo electrónico empresarial utilizado para fines personales, apreciamos que el tema se desdobra (como la mayor parte de la materia informática) en planos de teoría y práctica.

En teoría nos encontramos con que el empleador podría prohibirle a sus subordinados el uso de sus recursos de e-Mail (sea la cuenta de correo de la empresa como el recurso Internet) para bajar mensajes personales.

Pero si vamos al plano de la realidad, las cosas devienen más complejas.

Ante todo ambas opciones son casi imposibles de controlar, ya sea el uso del correo de la empresa para uso personal como el recurso de acceso a la red. Pero aun si se pudieran fijar pautas para restringir el uso, y se prohibiera recibir mensajes de familiares, es sabido que gran parte del correo inter-empresas son “cadenas” y otros tipos de mensajes que exceden lo puramente laboral. Por tal motivo hay compañías que se vuelcan al monitoreo de los mensajes que entran y salen. Pero esto trae, a su vez, dudas respecto a la legalidad de tales prácticas.

Se podría decir que el correo puramente laboral es propiedad de la empresa siempre y cuando sea enviado o recibido por medio de una casilla de correo electrónico de la misma. Pero en muchos casos los empleados utilizan su correo personal para uso laboral, o, como es más común aun, el de la empresa para uso personal.

En definitiva, y a título de conclusión, estimamos que el planteamiento de una política dentro de la empresa, tal vez intentando implantar la norma ISO 17799 o en su defecto siguiendo alguna regla de este tipo o similar, resulta ser el mejor camino

a seguir para evitar los conflictos con derechos de la personalidad, al mismo tiempo que las posibles filtraciones de información, todo lo cual supone tomar en cuenta el marco normativo actual, obteniendo la armonía de derechos en juego, y el resto de dicho marco²¹.

3.2 Sentencia N° 16 de 29 de Marzo de 2005 del Juzgado Letrado de Primera Instancia del Trabajo de 6° Turno²²

El actor -repcionista de un Hotel- reclama el pago de diversos rubros salariales, luego que fuera despedido por la Empresa demandada. El punto neurálgico radica en establecer si procede la indemnización por despido y el aguinaldo, por mediar notoria mala conducta. La demandada aduce que el actor hizo uso indebido del equipo informático de la firma, bajando programas e información de la red abierta que a la postre determinaron deterioros en los equipos, provocando asimismo sendos perjuicios a la empleadora. Como corolario y fundamento de su pretensión se basa en la opinión o dictamen de un supuesto técnico reparador, del cual no existe informe escrito, no existe declaración y ni siquiera ha sido identificado.

La sentencia resulta interesante porque trata de la incorrecta manipulación del equipo informático en el lugar de trabajo y la consecuente pérdida del beneficio de la indemnización por despido derivada de la eventual configuración de notoria mala conducta.

El tema central que maneja el sentenciante es la prueba incorporada en autos que a su entender no fue lo suficientemente contundente para responsabilizar al actor como creador del mentado perjuicio. Surge, que al sistema informático ingresaban diversas personas, que no sólo integraban el personal dependiente de la empresa “...el equipo en cuestión, se encontraba librado al uso de los huéspedes...” (fs. 110 de autos).

Por ende, a criterio del decisor de primer grado no existió mérito para privar al accionante de la indemnización por despido correspondiente.

3.3 Sentencia N° 27 de 28 de Abril de 2005 del Juzgado Letrado de Primera Instancia del Trabajo de 6° Turno²³

El accionante –quien se desempeñaba como encargado de una dependencia de un Establecimiento Comercial- efectuó varios retiros de dinero, los que sólo podían

²¹ MESSANO Fabrizio. “Correo electrónico en el trabajo”. “Derecho Informático”. Tomo V. Correspondiente al año 2004. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, junio 2005. Páginas 367 y siguientes.

²² Publicada una suma de dicha sentencia en “Derecho Informático” Tomo VI, correspondiente al año 2005.

²³ Publicada una suma de dicha sentencia en “Derecho Informático” Tomo VI, correspondiente al año 2005.

hacerse mediante el uso de una clave o contraseña. La demandada contaba con un mecanismo de contralor y seguridad que sólo está al alcance de determinados funcionarios encargados (como el actor) y que se instrumenta mediante la entrega de una tarjeta personal con código de barras. De esa manera, se logra identificar al operador y también asegurar que sólo esas personas operen el sistema computarizado utilizado.

El día de los hechos, el actor realizó –entre otros–, dos retiros por las cantidades de \$ 2.500 cada uno, sin embargo, luego, sólo uno de ellos apareció asentado en la planilla de contralor, no arrojando saldo alguno.

Esta modalidad tan en boga, que implica la utilización de la firma electrónica en los lugares de trabajo, es beneficiosa en tanto restringe el acceso a los sistemas informáticos, previene y detecta eventuales fraudes informáticos derivados de la ilícita manipulación de los mismos.

El tribunal acogió varios rubros salariales reclamados, pero entendió que en la especie, no procedía la reclamación por indemnización por despido y aguinaldo, atento a que se ha verificado la eximente alegada por la demandada, es decir, la notoria mala conducta.

En efecto, la maniobra en la que se vio implicado el actor, habida cuenta del rol que desempeñaba éste en la empresa, que le otorgaba la prerrogativa de poner en marcha el sistema computarizado mediante la utilización de una firma electrónica, importa la configuración de deslealtad y la consecuente pérdida del beneficio indemnizatorio.

A criterio del sentenciante, su obrar constituye un comportamiento grave, por lo menos culposo, que aparejó daño al empleador, y que perturba notoriamente las condiciones de trabajo con la consiguiente falta de confianza en su gestión.

4. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

4.1 Sentencia N° 379 de 28 de Junio de 2004 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo²⁴

La cuestión se plantea en virtud de un acto administrativo denegatorio, que dictó el Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca, en ocasión de la solicitud de acceder a determinada información que le realizara la Liga de Defensa Comercial. Dicho acto fue anulado por la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo que se comenta.

²⁴ Publicada en “Derecho Informático”, Tomo V, página 337. FCU, 1ª Edición. Montevideo, Junio 2005.

²⁵ TOSI María Luisa. “Necesidades de información de las organizaciones para el cumplimiento de sus fines”. Derecho Informático. Tomo V. Correspondiente al año 2004. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, junio 2005. Páginas 341 y siguientes

La actora, pues, es la Liga de Defensa Comercial, quien acredita “su interés directo personal y legítimo” al ubicar su papel en la información empresarial, destacando su actividad en la preservación de la buena fe que debe imperar en las relaciones crediticias.

Alega que la necesidad de acceder a los datos de los emprendimientos agropecuarios surge de que solo son registrados por el MGAP, salvo que asuman una forma societaria regular y como operan en la esfera del crédito resulta necesario disponer de sus antecedentes, cumplimiento, relacionamiento empresarial, etc. Y destaca que la titularidad de la explotación agropecuaria es un dato no sensible y por ende susceptible de ser transmitido.

Según la Dra. María Luisa Tosi²⁵ esta última es la consideración más relevante por entender que la titularidad de la empresa agropecuaria es una actividad de relación.

Al momento de realizar la fundamentación jurídica la actora invoca el artículo 107 de la Ley N° 16002 que habilita el acceso a la información registral estatal como principio y la información secreta como excepción. Según el artículo 264 de la Ley 16.736 en redacción dada por el artículo 197 de la Ley N° 17.296, en principio la información recabada tiene carácter reservado “sin perjuicio de lo anterior y cuando así se solicita, dichas informaciones, deberán ser comunicadas a las autoridades jurisdiccionales, al Poder Legislativo y a otros organismos de acuerdo a la normativa vigente. Por lo cual la “Liga de Defensa Comercial” sostiene que posee legitimación para que se le habilite el acceso a la información en tanto organismo.

Por su parte el Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca realiza una fundamentación jurídica y se centra en el cometido del registro y la finalidad de la colecta de datos, destacando el carácter reservado de la información solicitada y reafirma la discrecionalidad de su divulgación, respaldando la decisión del Director de la Unidad Ejecutora que consideró inconveniente proporcionar los datos requeridos.

“En la sentencia, se verifica la pugna entre dos principios consagrados en la doctrina y la legislación. Por una parte el *acceso a la información* vinculado al principio de publicidad que hace a la transparencia y en el caso concreto se vincula a las empresas agropecuarias, en su existencia; que se infiere de la registración de sus agentes, dato imprescindible para la fluidez de las negociaciones crediticias, facilitadas y propiciadas por las llamadas centrales de información crediticia. Por otra parte el principio de *finalidad en la colecta de datos* y el alcance de la *reserva* legalmente establecida. Los datos requeridos son nominativos, identificatorios; y, aunque su titular sea un sujeto individual, se vinculan a una actividad empresarial. No se trata de datos sensibles. Los datos sensibles y por ende, objeto de la mayor tutela se

²⁶ TOSI María Luisa. “Necesidades de información de las organizaciones para el cumplimiento de sus fines”. Ob. Cit.

refieren a las personas físicas. La personalidad jurídica es una ficción, que se reconoce ante el cumplimiento de requisitos y formalidades. La Jurisprudencia Judicial de Nuestro País ha ido por un camino paralelo al descartar la legitimación de la persona jurídica que acciona por daño moral contra empresa proveedora de informes comerciales (TAC 5° Tno. 52/97)²⁶.

4.2 Sentencia N° 308 de 27 de junio de 2005 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo²⁷

Se trata de otra acción de nulidad presentada por La Liga de Defensa Comercial ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en esta oportunidad solicitando la nulidad de un acto administrativo dictado por el Banco Central del Uruguay, mediante el cual el BCU había resuelto dejar sin efecto todas las resoluciones anteriores, por las cuales en su momento había autorizado la entrega de información incorporada al Registro de Infractores de Cheques, sobre cuentas corrientes suspendidas por infracciones a las disposiciones en materia de cheques.

También aquí se hizo lugar a la demanda declarándose la nulidad del acto por parte del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

“La fundamentación del fallo pronunciado, luego de analizar los presupuestos y argumentos vertidos por ambas partes, vuelve sobre el reconocimiento que el Tribunal hiciera a la actora del derecho a recibir información para el cumplimiento de sus cometidos de defensa del crédito, del consumo, la lealtad y corrección comercial (sentencia 379/2004)²⁸ .

Además, la sentencia cita un párrafo del dictamen del Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo que refiere “... a la credibilidad del cheque como instrumento de pago...” resulta sustancial, para el tomador del cheque disponer de la información requerida y la posición de algunos integrantes de la Sala de Abogados de la propia demandada en cuanto que..”el bien jurídico tutelado por la Ley de cheques es la “fe pública” de la que derivan la importancia del conocimiento de la situación de los libradores por lo que concluyen en que la materia no es secreta ni confidencial y que en la inexistencia de norma que disponga tal carácter la demandada debe comunicar las sanciones a las instituciones bancarias y proporcionar la información, y en que la Ley Orgánica del BCU 16.696 art. 22 restringe la obligación de guardar secreto a lo previsto en el DL 15322 consagrando como principio general de la “inherente transparencia pública...” Concluyendo que puede proporcionarse la información contenida en el Registro de Infractores a la ley de cheque se trate de suspensión o clausura de cuentas corrientes.

²⁷ Dicha sentencia será publicada en “Derecho Informático” Tomo VI, correspondiente al año 2005.

²⁸ TOSI María Luisa. “Información sobre cuentas corrientes suspendidas y clausuradas. Legitimación del acceso a los registros”. Saldrá publicado en Derecho Informático. Tomo VI. Correspondiente al año 2005.

5. JURISPRUDENCIA EN MATERIA PENAL

La revolución de la informática y la telemática que ha invadido nuestro medio arribó a los tribunales impidiendo en muchas ocasiones que los magistrados puedan dictar sus fallos amparados en una normativa clara y veraz del tema que les ocupa y que dice relación con el ordenador o la red telemática.

Obviamente en esta falencia normativa que padece nuestro medio no está ajeno el derecho penal. Es quizás en esta rama donde más se vislumbran esas carencias, ya que la anomia o atipicidad a la que se enfrenta el magistrado ante una conducta con apariencia delictiva determinará que ese individuo se encuentre exento de represión punitiva. No obstante ello, los magistrados han sabido “*aggiornarse*” a estas dificultades.

Las carencias a las que nos referimos supra refieren esencialmente a la ausencia de legislación que comprenda figuras tales como el fraude informático, el hurto de información, etc. Sin hacer un exhaustivo análisis de las mencionadas, diremos que ninguna de ellas podría asimilárselas a las figuras de “fraude” y “hurto” establecidas en los artículos 160 y 340 del CP. En efecto la figura de fraude se encuentra en el título de los delitos contra la Administración Pública, por lo que sólo tiene aplicación en ese ámbito; y la figura de hurto refiere a “cosa ajena mueble” y sus verbos nucleares implican apoderamiento con sustracción, lo que en el caso de hurto de información no se verifica, pues el propietario de la misma continúa conservándola. He aquí el gran problema que padece la jurisprudencia penal; muchas veces las figuras convencionales no se adecuan a las nuevas modalidades delictivas. Entonces: ¿estamos hablando de una nueva categoría de delitos?

Cabe hacer referencia, porque el caso lo amerita, a los proyectos de ley que se vinieron dando respecto a la incorporación de figuras delictuales relacionadas con las nuevas tecnologías. Así, un legislador del momento -Pachecho Klein- presentó en la Cámara de Representantes el 08/10/97 un proyecto que incluía “acceso doloso, acceso culposo, fraude informático, hurto informático, dolo a través de los medios de comunicación, tentativa y agravantes”. Dicho proyecto fue archivado el 22/02/2000 en virtud del cambio de Legislatura.

Oportuno es asimismo hablar de las características que rodean a estas modalidades delictivas:

a) El **sujeto activo** de estas conductas es particularmente diferente al de las figuras tradicionales. Sin llegar a la tesis antropológica de César Lombroso (2ª mitad del Siglo XIX), diremos que el agente de estas conductas se distingue generalmente por sus conocimientos y versación sobre la materia informática; por no pertenecer a estratos sociales bajos; en fin por catalogarse de “criminaloides”, en la medida que son delincuentes “ocasionales”. Ergo, a los ojos de la sociedad son vistos casi como “genios”, por lo que la presión del “jus puniendi” que genera en los delitos tradicionales -esencialmente en los delitos contra la propiedad-, no se verifica en este caso.

b) Generalmente, se trata de delitos que lesionan diversos bienes jurídicos, revistiendo el carácter de *“pluriofensivos”*. Atentan contra el derecho de propiedad, de libertad, de intimidad o privacidad y de seguridad.

c) En materia informática y telemática la figura “comodín” parece ser la “estafa”. Si bien es un tipo delictual que requiere la configuración de “estratagemas o engaños artificiosos” y la “inducción en error”; muchas veces los operadores jurisdiccionales se permiten la aplicación de este tipo penal para abarcar conductas reprochables, flexibilizándose la norma. Obviamente, esto no quiere decir que se verifique en los hechos una infracción al principio de legalidad que rige en materia penal y a la aplicación de la analogía “in malam partem”.

d) Simplemente me afilio a expresiones de Irureta Goyena cuando expresaba: *“El delito de estafa es un delito esencialmente intelectual y a ello se debe su naturaleza proteiforme. Existe un número muy limitado de maneras de ejecutar homicidios o de realizar robos: los medios, en cambio por los cuales se puede verificar una estafa son infinitos. Esa multiplicidad de formas de la estafa en la vida real, se debe no sólo a la variedad de objetos que pueden obtenerse mediante el engaño, elemento central de la estafa, sino a la multiplicidad de formas que llega a revestir el engaño mismo”* (Cfm. “Delitos de falsificación documentaria y estafa”, pág. 135)

e) Cabe hacer referencia a la nueva modalidad de la estafa telemática bajo la denominación de “PHISHING”. Esta consiste en el envío masivo de correos electrónicos provenientes “supuestamente” de su banco o entidad financiera, en el que le solicitan una actualización inmediata de sus datos (Nº de cuenta o tarjeta, contraseñas, etc.), so pena de perder el servicio o quedar por fuera de una “espectacular rifa para sólo diez clientes del banco”. Existe un gran abanico de software para estas modalidades delictivas.

5.1 Sentencia Nº 234 de 24 de diciembre de 1998 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1º Turno²⁹

En ella, el TAP 1º confirma condena por conocimiento fraudulento de documentos secretos, en virtud de haberse violentado el sistema de seguridad informática del L.A.T.U.

El encausado, que poseía avanzados estudios de informática y cuya actividad laboral se desarrolla hoy en esa área, expresó que “por diversión” logró superar la barrera de seguridad informática del LATU, ingresando a sus archivos, sólo habilitados para los clientes de ese laboratorio. De acuerdo a la pericia realizada, el encausado tenía los password del LATU y también el archivo shadow, con las claves de los usuarios del mismo, y también un archivo con los pasos realizados para descifrar claves del citado laboratorio.

²⁹ Publicada en L.J.U. Tomo 119 (marzo-abril 99, caso 13.657, pág. 162 y ss).

Si bien al momento de la comisión del ilícito ya se había sancionado la ley 16.736 (de presupuesto), que equiparó los medios informáticos a los convencionales, como el documento electrónico, el tribunal, sin mencionar dicha norma, realiza un exhaustivo análisis de la “idoneidad” del archivo informático y su aptitud probatoria. Mencionando doctrina, concluye que “si bien para la posición mayoritaria el elemento formal por excelencia del documento es la escritura, ello no determina descartar en el terreno científico, toda otra forma idónea en la cual se objetive un contenido intelectual. (Cfm. Bayardo Bengoa, Fernando “Tratado de los Delitos” Tomo VI, página 65). Luego de concluir entonces que el archivo informático se trata de un “documento”, basta analizar si el archivo invadido estaba disponible para todos los que quisieran conocerlo, o si por el contrario se trataba de un archivo “secreto”. En la medida que el archivo (aún cuando no contenga “secretos”) está protegido con una clave de seguridad, para aquél que no cuente con ella, es secreto o confidencial.

El Tribunal expresa: *“La existencia de Internet ha llevado a la idea de que la información es más “abierta” y que cualquiera que tenga un equipo adecuado, puede entrar en la base de datos de cualquier otra persona o institución. Ciertamente que ese hecho es válido en tanto el titular de la base de datos ponga a disposición de los usuarios sea gratuitamente o por precio. Pero se requiere la voluntad expresa de poner esa información en el mercado del conocimiento. De lo contrario, como ocurre con cualquier respaldo tradicional (papel, cinta, video, etc.), el contenido de esa base de datos es reservado.”*

Aduce el Tribunal que no es de recibo el “animus jocandi” expuesto por el encausado, el mismo es intrascendente y no es creíble. Asimismo, el perjuicio sufrido por el LATU es totalmente cierto, desde que debió reordenar sus archivos e implementar nuevos mecanismos de seguridad. *“Y aún sería posible que recibiera otros perjuicios por pérdida de clientela (advertidos de la falta de seguridad), que no está acreditado en autos y a lo que apuntaba con la publicación efectuada en la prensa en “Cartas del lector”.*

5.2 Sentencia N° 84 de 14 de mayo de 1999 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1° Turno³⁰

En la misma, el TAP 1° confirma condena por delito continuado de reproducción ilícita de una obra literaria. El encausado, agraviándose de la sentencia, invoca la nulidad de la misma por aspectos procedimentales que el tribunal rechaza, y aduce asimismo que la prueba fue inidónea para imputarle el delito referido. La Sala discrepa, expresando que no sólo se constató tal extremo en la inspección ocular, en donde existían programas ajenos montados en disquetes vírgenes, sino que el extremo fue admitido en varias oportunidades durante el transcurso del proceso, claro

³⁰ Publicada en L.J.U., Tomo 120 (Nov.- Dic.99), caso 13.839, página 339 y ss.

que siempre con la calificante de haber reproducido para enseñanza. Esta modalidad fue desbordada por la prueba aportada, ya que de la lista de precios incautada figuraba en venta un producto “DOS 5,0 Microsoft”, con un valor de U\$S 73. En definitiva, la prueba aportada y los dichos del encausado permiten concluir que existió reproducción de programas originales.

Posteriormente, el TAP analiza si la “piratería de software” queda comprendida en el tipo penal descripto en el art. 46 de la ley 9.739, en la modificación dada por la ley 15.913. El tribunal estima que la respuesta debe ser afirmativa. *Art. 1º “.....toda creación literaria, científica o artística.....”; art. 5º “.....y en fin, toda producción del dominio de la inteligencia”.*

Es oportuno aclarar que en el momento en que fue dictada esta sentencia aún no había sido sancionada la ley 17.616 de 13/01/03 que incluyó EXPRESAMENTE los programas de ordenador, sean programas fuente u objeto.

La excusa liberatoria del destino educacional de las copias realizadas, no tiene base jurídica, ni el en caso, fáctica. Las excepciones del art. 45 ley 9.739 no son de aplicación al caso, pues se refieren a “publicación o difusión por radio o prensa” y a “transmisiones de sonido o figuras”, lo que no incluye reproducciones (en el caso en disquetes) de ninguna otra forma.

5.3 Sentencia N° 74 de 22 de marzo de 2002 de la Suprema Corte de Justicia³¹

En sede de agravios, el encausado sostiene que la protección a la “producción intelectual, científica o artística” contemplada en el art. 5º de la ley mencionada, no comprende al software, por lo que la interpretación que realiza el órgano de alzada sería violatoria del principio de legalidad, ya que no pueden tipificarse conductas por analogía.

La S.C.J. falla desestimando la inconstitucionalidad y el recurso de casación. Expresa en síntesis, citando doctrina y jurisprudencia vernácula, además de normativa nacional e internacional, que *“el software se encuentra incluido dentro del derecho de autor, es producto de la mente humana, por ende, su regulación jurídica debe lograrse a través de las normas relativas al dominio intelectual”.* Y continúa: *“Existe sin duda un notorio consenso en sostener que el software constituye un producto de la creación de la inteligencia. Sobre la base de ese marco conceptual, resulta posible incluir al software por vía extensiva, a la luz de la interpretación del inciso final de la disposición, sin vulneración de tipo alguno del Principio de Legalidad, cuya vigencia no resulta afectada, sino vigorizada”.*

³¹ En los mismos autos que la anterior, dictada por la S.C.J., publicada en L.J.U., caso 14.494 donde se dirige la EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD PARCIAL al art. 5 de la Ley 9.739 y se resuelve sobre la CASACION interpuesta.

5.4 Sentencia N° 59 de 27 de febrero de 2004 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1° Turno³²

En sede de agravios, el recurrente cuestiona que al reprimirse el copiado de programas de ordenador –con la reciente sanción de la ley-, debe concluirse que con anterioridad, dichas conductas no estaban prohibidas. Asimismo, cuestiona el comiso y confiscación de los elementos y equipos que se utilizaron, ya que expresa que no guardan relación con los ilícitos, salvo el copiadore de C.D.

El TAP, concluye que no se vulneró el principio de legalidad, realizando una interpretación extensiva de las normas, sino que las tres Salas penales sostuvieron en actuales y anteriores integraciones, que antes de la sanción de la ley 17.616 las conductas descriptas eran atrapadas por la ley 9.739 y sus modificativas.

“Situaciones similares se han dado con otras conductas como el hurto de energía eléctrica; con la falsificación de cédulas de identidad y de pasaportes, el delito de receptación; la riña en competencia deportiva; el daño con motivo de competencia deportiva, pudiendo señalarse otros tantos, Imponiéndose señalar entonces que, antes de sancionarse las leyes específicas, las conductas podían y generalmente pudieron encuadrarse en los tipos existentes, que si bien son cerrados, esto no quiere decir que no atrapen nuevas conductas derivadas del cambio de la realidad social, económica, cultural, científica, etc.. De otra forma se debería modificar constantemente el Código Penal, puesto que el tipo no crea la conducta específica, ni tampoco hay creación judicial, sino adecuación a uno preexistente”.

En lo que refiere al agravio del comiso de los aparatos incautados, el TAP expresa que tampoco le asiste razón al recurrente, en virtud de que todos los elementos están **vinculados instrumentalmente con el delito**, por lo que no corresponde su restitución.

5.5 Sentencia N° 176 de 03 de junio de 2004 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1° Turno³³

Antecedentes: Los co-procesados –cinco de ellos integrantes de una misma familia-, al no poder ver los canales de televisión abierta, en virtud de las interferencias que provocaba el canal de cable local, optaron por comprar antenas exteriores que les permitía la captación de la señal de cable, transmitida por la empresa “Tala Cable Color SRL”, destinada exclusivamente para abonados. Indagados, expresaron que

³² Dictada por el TAP 1°, confirmatoria de condena por reproducción, almacenamiento, distribución y comercialización de programas, discos y películas sin autorización del autor (Publicada en “Derecho Informático” Tomo V, páginas 287 y ss. FCU 1° Edición. Montevideo, Junio 2005.

³³ Confirmatoria del procesamiento por delito continuado de captación de señal por abonado en forma irregular (Publicada en “Derecho Informático”, Tomo V, página 333 y ss. FCU 1° Edición. Montevideo, junio 2005)

desde que se instaló en la ciudad la empresa de televisión por cable, no pudieron captar los canales de aire debido a las interferencias que la misma provoca, por irregularidades en el cableado. En varios casos se señala que, la imposibilidad de ver los canales abiertos se produjo desde que dejaron de ser abonados al cable, destacando que la empresa al proceder a la desconexión deja un trozo de cable que tiene fuga.

Sin embargo, surge acreditado *–así lo expresaron los procesados–*, que la instalación de las aludidas antenas, compradas en un comercio de la localidad no permitió ver los canales de aire, sino los de cable, de modo que tenían dos antenas con las que captaban tanto una como otra señal.

En sede de agravios, la Defensa costosa argumenta el “estado de necesidad”, en el entendido que los vecinos de Tala al no poder ver los canales de aire, debido a las interferencias, se ven privados de un servicio primario y fundamental, que incluye en los derechos protegidos constitucionalmente (art. 7°), como lo es el goce de la libertad. Manifiesta que la privación de ver televisión “es la forma de presionar a la gente para que se abone al cable”. Finalmente expresa que en octubre de 2002, vigente la ley 17.520, fueron inspeccionadas las antenas de los procesados, resultando de la misma que no fue constatado ningún “codificador”.

La representante del Ministerio Público expresa que el argumento de justificación no es de recibo, ya que el problema de las familias que se ven privadas de ver los canales de aire se tiene que solucionar por las vías correspondientes, y no violando la ley, propugnando el procesamiento sin prisión de los imputados, lo que es recogido por el magistrado de primer grado.

El TAP por su parte confirma el acto impugnado, expresando en síntesis que la **excusa ensayada** en algún momento acerca de que dichas antenas eran para ver televisión abierta, cuyas señales eran interferidas desde la instalación de la empresa de cable local, **se ve desvirtuada por los propios dichos de los indagados cuando afirman que poseen dos antenas, una para ver los canales de cable y otra para ver los canales abiertos.**

Alude a los presupuestos del art. 125 del CPP para mantener el procesamiento.

5.6 Sentencia N° 162 de 07 de agosto de 2002 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1° Turno³⁴

Antecedentes: Los enjuiciados comercializaban decodificadores apropiados para captar señales privadas de T.V.

En el allanamiento realizado en el local comercial, se encontraron equipos para decodificar señales de aire, propiedad de la empresa denunciante y decodificadores

³⁴ Dictada por el T.A.P. 1° Turno, confirmatoria del procesamiento por delito de Estafa (publicada en L.J.U. Tomo 126, Año 2002, caso 14.522). Seleccionamos esta sentencia, para precisar cuál era la jurisprudencia antes de la sanción de la Ley 17.520.

artesanales, caseros, confeccionados con el mismo fin. Asimismo, los decodificadores marca "Multicipher", importados exclusivamente por la empresa denunciante, eran comercializados por estas personas, agregándoles previamente, un circuito adicional, para eludir el control de la empresa operadora del servicio, lo que por supuesto permitía, sin pago alguno (salvo la compra del aparato), captar adecuadamente las señales privadas.

En sede de agravios, la abogada defensora esgrime que existe ausencia de tipicidad de la conducta imputada, lo que confirma el proyecto de ley que viene a describir tales conductas, que no se dan los requisitos para encuadrar el comportamiento de los indagados en el delito de estafa, puesto que no hubo engaños ni estratagemas y no existe sujeto pasivo de la conducta que hubiere sido inducido en error.

El TAP, por su parte expresa que la inexistencia a la fecha de comisión de los ilícitos, de un tipo específico aplicable a la conducta de captar o recibir señales de televisión en forma clandestina, *no quiere decir que no le sea aplicable otra normativa igualmente comprensiva de tal conducta*. Señala que situaciones similares se han dado con el hurto de energía eléctrica; con la piratería de fonogramas, videogramas y software; con la falsificación de documento de identidad, etc. En el caso no se está sancionando por usufructuar en forma fraudulenta una señal privada de T.V., sino el apoderamiento (en la única forma que esto puede ocurrir) de la señal, sin consentimiento del autorizado a emitirla por los organismos competentes. El uso y goce, es una modalidad del apoderamiento, y si es clandestino, es reprochable penalmente.

Existe una maniobra compleja que comienza con la adaptación de decodificadores o fabricación de artesanales, de forma de eludir el control de la empresa preemissaria. Pero además organiza la venta y hasta servicio de los aparatos, en un comercio de plazo legalmente constituido y con un giro especial, que comprende el rubro. Este es el total de la estratagema requerida. No sólo se usa el conocimiento técnico para burlar el control del preemissario, sino que se comercializa con un viso de legalidad, que permite el negocio fluido. "...la estratagema es toda astucia que debe tomar una forma y convertirse en algo: objetivo, visible y tangible; con lo que se requiere un hecho exterior..."una manipulación objetiva" es decir una "realidad camuflada".

La oferta mediante avisos conlleva la presentación del servicio como lícito, porque no es normal que por ese medio se publicite una actividad ilegal. Aún cuando el comprador (internamente) presume que ocurre algo malo, ello no importa, porque su razonamiento es simple: si se vende en una casa que comercializa ese rubro, por fuerza tiene que ser legal. De manera que a los potenciales clientes se les induce en error sobre el producto ofrecido.

En cuanto a la ventaja o provecho, tratándose la estafa de un delito de peligro no es necesario que se haya efectivamente verificado, pero en el caso puede señalarse que así ocurrió toda vez que la empresa denunciante se vio perjudicada por la prestación de un servicio (señales de T.V.) sin la esperable y correspondiente partida a que tiene derecho conforme a la concesión por la que presta dicho servicio.

5.7 Sentencia N° 234 de 07 de julio de 2004 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 3° Turno³⁵

Antecedentes: El encausado interceptó y grabó una comunicación entre celulares, mantenida entre personas relacionadas con la actividad política, que ocupaban cargos públicos, distribuyendo posteriormente copias entre colegas de los damnificados y la prensa. De la prueba de autos, la finalidad habría sido demostrar sus habilidades en “escuchas telefónicas” a fin de obtener algún rédito. Allanado el domicilio del indagado, se detectó un radio transmisor de banda corrida (con scanner) con el cual se habría hecho la maniobra.

El Tribunal, en mayoría (pues se suscitó una discordia), revoca la sentencia de condena, disponiendo la absolución del encausado, atento a que a su entender de la prueba reunida no se logró la “certeza razonada” de su culpabilidad.

El TAP se apoya para la solución revocatoria: en la clara negativa del enjuiciado como la persona que realizara la “escucha” y grabara la conversación telefónica; en que la voz que se escucha en la cinta mencionando su nombre hubiera sido la suya “parece una voz imitada”; en que como lo afirmara un perito, en plaza hay una gran variedad de aparatos a la venta (libre) que son pasibles de utilizarse para realizar “escuchas”.

5.8 Sentencia N° 38 de 09 de marzo de 2005 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1° Turno³⁶

Antecedentes: El encausado obtuvo en Internet los códigos para interceptar llamadas telefónicas efectuadas desde celulares, dicha información (que le fuera incautada) discrimina un mecanismo para cada marca y modelo de celulares. Es así que este individuo para “divertirse”, sólo o en compañía de su novia, aplicaba sus conocimientos informáticos para interceptar llamadas telefónicas y de esa forma escuchar conversaciones privadas. Actividad que desarrolló durante unos seis meses, admitiendo haber interceptado entre 20 y 30 llamadas. Cabe acotar asimismo que “casualmente” interceptó una llamada hacia un individuo, que resultó el esposo de una amiga de su novia, en la cual manifestaba a su interlocutor de qué forma iba a perjudicar económicamente a su prenombrada esposa.

El TAP entiende que se vulneró en autos el bien jurídico de la libertad que tienen las personas de mantener una comunicación a distancia en un ámbito de reserva. La figura imputada se consume en sus tres modalidades: “intercepta, impide o interrumpe” y no incluye en su descripción que la misma se realice con un fin específico.

³⁵ Dictada por el TAP 3° – Interceptación de noticia telegráfica o telefónica (publicada en “Derecho Informático”, Tomo V, página 371 y ss. FCU 1° Edición. Montevideo, junio 2005). Absuelven, con una discordia.

³⁶ Confirmatoria de la condena por Delito continuado de Interceptación telefónica. Dicha sentencia será publicada en “Derecho Informático” Tomo VI, correspondiente al año 2005.

5.9 Sentencia N° 27 de 28 de febrero de 2005 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1° Turno³⁷

Antecedentes: La particularidad de esta sentencia refiere al elemento probatorio –**escuchas telefónicas**– que permitió desbaratar la acción de una “red” de traficantes que operaban mediante llamadas telefónicas.

Los agravios de la Defensa se centran en el **cuestionamiento de la licitud del medio de prueba, señalando la inconstitucionalidad e ilegalidad de la medida de interceptación, con base en el art. 28 de la Constitución.**

El TAP invoca el límite constitucional por razones de interés general que rige los derechos de los ciudadanos (art. 7° Constitución, también repetido en el art. 28).

El art. 212 del Código de Procedimiento Penal, permite violentar el derecho a la privacidad de las comunicaciones particulares, cuando existe mérito para interceptarlas en la investigación de un delito. Cita como ejemplo de ello, una sentencia de la S.C.J. referente a un caso de alegada inhabilidad de la prueba de interceptación de comunicación telefónica realizada por orden judicial en otro país: *“Es admisible, consiguientemente, que evaluando el cumplimiento de las condicionantes del art. 212 –cumplidas en el caso en demasía– se incorpore el medio probatorio obtenido conforme al ordenamiento procesal italiano y, en función del resultado convictivo que del mismo pueda emanar, examinado según las reglas de la sana crítica y aunado a los demás elementos de juicio incorporados, se concluya en que existen elementos de convicción suficientes que habiliten a dictar el respectivo auto de procesamiento”.*

Concluye el TAP que el medio de prueba, pues, no es contrario a derecho, a la luz del principio establecido en el art. 173 del CPP y con las especificaciones del art. 212 del mismo texto.

5.10 Sentencia N° 10 de 18 de febrero de 2004 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 4° Turno. Sentencia N° 397 de 16 de noviembre de 2004 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2° Turno³⁸

La sentencia de 1ª instancia condena por delito continuado de Hurto de energía eléctrica; Sentencia 2ª instancia - Revoca, condenando por delito continuado de estafa. Actualmente en trámite en la S.C.J.

Antecedentes: ANTEL presentó denuncia al haber constatado el uso irregular de tarjetas de teléfonos públicos, por medio de las cuales se realizaron innumerables

³⁷ Confirma procesamiento por Negociación de Estupefacientes. Será publicada una suma de dicha sentencia en “Derecho Informático” Tomo VI, correspondiente al año 2005.

³⁸ Dichas sentencias no han sido publicadas en el anuario “Derecho Informático” en virtud de que no es cosa juzgada al tiempo de realización del presente trabajo.

llamadas y no se abonó el costo de las mismas por resultar imputadas a una tarjeta que habilitaba el gasto hasta \$ 200. Esto se comprueba ya que el N° de serie de las tarjetas se encuentra gravado en un chip y permite su individualización y seguimiento, por lo que se comprobó que desde dicha tarjeta cuyo valor era de \$ 200, se efectuaron llamadas por un importe de por lo menos \$ 370.000.

El Dpto. de Delitos Económicos realizó un seguimiento, y a partir de un cruceamiento de comunicaciones, se llevó a localizar a tres personas que tenían como particularidad ser entendidos en electrónica.

Si bien el instrumento utilizado no pudo constatar cómo se fabricó ni por quién, es evidente que sirvió como “llave” para abrir el sistema electrónico de los teléfonos públicos y de esa manera usar el servicio sin abonar el costo de las llamadas.

El Juez de 1ª instancia expresa: *“como es evidente los teléfonos por cable funcionan a través de energía (más precisamente eléctrica), por lo cual los enjuiciados hurtaron la misma en perjuicio de ANTEL, que es la usuaria de la línea y propietaria del servicio que con ella se brinda, lo que ocasionó en su perjuicio el dejar de percibir el valor asignado a las llamadas... ..es indiferente como contabilice ANTEL el servicio, esto es que sea por medio de cómputos, o por llamadas, o precios fijos, etc., ya que ello es un resorte interno y variable del propietario del servicio, lo que efectivamente sí es relevante es que los partícipes ingresaron a los aparatos y utilizaron la energía que permite la comunicación entre los abonados, cuando ella está dentro de la posesión de dicho ente”* Y continúa: *“No es real que se requiera para tipificar el hurto de energía eléctrica que se la sustraiga de las líneas de UTE, cualquier forma de generación de energía eléctrica privada es pasible de dicha sustracción, basta que alguien se enganche en el cableado que la conduce”*

La Defensa se agravia en el entendido de que se trata de un hecho atípico. Expresa que lo central en las telecomunicaciones no es la energía eléctrica; cuando la persona utiliza una tarjeta no lo hace con el fin de sustraer energía eléctrica, sino de realizar una llamada.

Por su parte, el Ministerio Público aduce que lo que en definitiva hicieron fue utilizar un mecanismo que permitió el reinicio de un crédito ya agotado de una tarjeta original “creando” una similar con crédito ilimitado y logrando así “robar” llamadas telefónicas, pidiendo la confirmación de la sentencia apelada.

El TAP de 2º Turno revocó la sentencia apelada, tipificando “DELITO CONTINUADO DE ESTAFA”

Los enjuiciados utilizaron tarjetas provenientes de ANTEL, obteniendo la “llave”, para integrar el sistema de comunicación telefónica por cable, logrando comunicarse con abonados residentes en diferentes lugares del planeta.

Expresa el TAP que si bien le asiste razón a la defensa cuando sostiene que el consumo de energía eléctrica resulta ínfimo por la puesta en funcionamiento del

sistema, a partir de la utilización de una tarjeta no oficial, lo que resulta inconcuso es que, desde esta “llave” se logró poner en funcionamiento el servicio de comunicaciones, *privando al ente estatal de los ingresos económicos que le hubiere correspondido percibir, si los usuarios hubieren adquirido en forma legal, las tarjetas.*

Para el TAP, la conducta de los procesados encarta en la figura de “ESTAFA MECÁNICA”, en virtud de que a través de un ardid, de una estratagema, obtuvieron la “llave” claramente ilícita de poner en funcionamiento el sistema de comunicación telefónica por cable, privando, por su accionar ilícito, de la percepción de recursos económicos, al ente estatal damnificado.

La inducción en error se verifica ante el sistema electrónico del Ente.

Es oportuno hacer referencia al recogimiento que hace el Código Penal de esta modalidad de “Estafa Mecánica” cuando alude en el art. 343 al Hurto de energía eléctrica con alteración de los medidores, estableciéndose que se aplicarán las disposiciones de la Estafa.

El grado de participación será la CONTINUIDAD, atento a que a partir de una única resolución criminal, fueron concretizando el impulso delictual primigenio, a través de sucesivos actos de ejecución.

Se aplica la agravante específica prevista en el art. 348 num 1° en cuanto se han perjudicado intereses económicos de un ente del Estado.

La sentencia de 2ª instancia fue recurrida mediante el recurso de Casación ante la S.C.J., estando actualmente en trámite en dicha Corporación.

5.11 Sentencia N° 240 de 4 de octubre de 2004 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 9° Turno³⁹

Antecedentes: Individuos de nacionalidad brasileña, munidos de microprocesadores para copiar datos de tarjetas magnéticas de clientes del Banco, ingresaban al interior de las máquinas dispensadoras de dinero de Instituciones bancarias y procedían a realizar extracciones de dinero en perjuicio de clientes y del propio banco.

5.12 Sentencia N° 14 de 18 de febrero de 2005 del Tribunal de Apelaciones de 1° Turno⁴⁰

Esta sentencia, si bien no refiere a delitos informáticos o telemáticos, su particularidad radica en que los delitos de copiamiento se verificaban luego de que los enjuiciados se contactaban con sus “presas” a través del chat.

³⁹ Será publicada una suma de dicha sentencia en “Derecho Informático” Tomo VI, correspondiente al año 2005. Condena por Delito continuado de estafa.

⁴⁰ Dictada por el T.A.P. 1° Turno. Confirma condena de 4 enjuiciados por sendos delitos de COPAMIEN TO.

Es decir que en este caso, la red telemática abierta les sirvió como instrumento para cometer los ilícitos.

Si bien no surge del relato de la sentencia, de los autos, y de la relación de hechos efectuada para la Visita Anual de Cárceles y Vista de Causas, se extrae que cuatro individuos, tres de los cuales eran hermanos utilizaban la red abierta para cometer los reatos. En efecto, contactaban personas con quienes creaban cierto vínculo y concertaban citas en los domicilios de éstos con el fin de hurtarles sus pertenencias, desarrollando para ello grandes episodios de violencia.

Todas las víctimas habitaban en los barrios de Montevideo de Pocitos y Carrasco, por lo que evidentemente, se extrae que tal circunstancia era deducida por los encausados en las conversaciones que mantenían vía chat y tenida muy en cuenta a la hora de asegurarse un buen botín.

Una vez que llegaban a sus domicilios, munidos con sendas armas de fuego, amenazaban a sus víctimas, apoderándose de objetos de valor y dinero. También, en todas las oportunidades les exigían la entrega de sus tarjetas y su códigos “pin”, a fin de poder extraer dinero de los cajeros automáticos, logrando su propósito en todos los casos.

Como conclusión, si bien entendemos que es necesaria la sanción de figuras informáticas y telemáticas que abarquen modalidades genéricas a fin de aliviar la labor del juez a la hora de encuadrar conductas, de lo que viene de expresarse concluyo que los magistrados han sabido sortear sin mayores dificultades las nuevas modalidades delictivas derivadas de los adelantos tecnológicos. Y eso lo han hecho en gran medida, afiliados a la definición “amplia” de estafa que diera nuestro Codificador y que expresáramos ab-initio.