

EL JUEGO DE AZAR ILEGAL ONLINE¹

Por Rodolfo ARIZA CLERICI y Maximiliano RUIZ

Comentario por Juan Cruz Artico²

Hace ya varios años que el fenómeno conocido como *cibercriminalidad* ocupa un espacio relevante en la doctrina penal. La utilidad de la informática como herramienta al servicio de la humanidad es indudable, pero también lo es que ofrece un terreno fecundo para perpetrar ilícitos. Máxime, cuando la accesibilidad de las TIC (Tecnologías de la Información y la Comunicación) permite la realización cotidiana de todo tipo de intercambios en red, como operaciones de compraventa, operaciones financieras, entretenimiento y comunicaciones, entre muchas otras.

Su estudio, investigación y juzgamiento implica un gran desafío pues, respecto de los delitos tradicionales, este tipo de hechos presenta dificultades adicionales a la hora de su análisis teórico y de su acreditación material.

En esta oportunidad ARIZA CLERICI y RUIZ se disponen a examinar con rigor una figura recientemente incorporada al Código Penal, concretamente el delito de juego de azar ilegal on line (art. 301 bis, introducido por Ley N° 27.346³). Y aunque no existen trabajos que la traten en extenso, la experiencia judicial de los autores y sus perspectivas particulares (una desde la judicatura, otra desde la acusación pública) confluye en una obra lo suficientemente abarcadora como para tener un enfoque claro sobre las características de la figura y las diversas problemáticas que presenta.

La estructura del libro podría presentarse de la siguiente manera: en primer término, se ocupa de introducir al lector en las características de la era digital y en las regulaciones históricas de los juegos de azar. Luego se aboca al desarrollo tradicional de la estructura típica del delito. Finalmente, profundiza en el análisis de las investigaciones y de la respuesta judicial ante la comisión de tales ilícitos.

A continuación efectuaremos una breve reseña de la obra comentada.

¹ ARIZA CLERICI, Rodolfo – RUIZ, Maximiliano, *El juego de azar ilegal online*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2020.

² Abogado (UBA). Especialista en derecho penal (UBA). Diplomado en el Programa de Actualización en gestión judicial (UBA). Doctorando en derecho penal y ciencias penales (USAL). Docente de derecho penal y procesal penal (UBA). Investigador (USAL). Secretario de redacción de la Revista de ciencias penales y criminológicas, IJ Editores. Capacitador del Centro de Formación Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Prosecretario Letrado de la Fiscalía General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y titular de la Oficina de Seguimiento de Implementación de la Política Criminal.

³ B.O: 27/12/2017.

El capítulo I examina la incidencia de las TIC en la vida de las personas, la expansión de las comunicaciones y el advenimiento del *homo digitalis* como un ser plenamente adaptado a la tecnología actual. Subraya el cambio de factores lúdicos adquiridos en el entorno digital -significativamente distintos del contexto tradicional de su faz presencial-, su amplia capacidad de generar nuevas experiencias interpersonales y relaciones jurídicas y el desarrollo de una cultura de la conectividad en las que las plataformas se han erigido en elementos relevantes para la sociabilidad. Como contrapunto afirma también que este escenario distinto de los espacios físicos tradicionales eleva la creación de riesgos sobre bienes jurídicos individuales y colectivos.

Introduce aquí la opinión de que los denominados *ciberdelitos* -entre ellos el del artículo 301 bis de Código Penal- no constituyen una categoría autónoma dentro del elenco de delitos propiamente dichos sino que representan versiones informáticas de los delitos clásicos.

El capítulo II efectúa una reseña de la historia del juego como fenómeno social, la irrupción del homo *ludens* y la incidencia del factor pecuniario en la percepción negativa del juego y en su vinculación histórica con vicios, malas costumbres, debacles en las finanzas personales y patologías. Sobre ese punto de partida expone la regulación del juego online en diversos rincones del mundo, como los casos de la Unión Europea (*Libro verde para el juego en línea en el mercado interior*), el Reino de España (Ley N° 13/11), el Reino Unido (la *Gambling Act*) y las múltiples regulaciones de los *Länders* de la República Federal de Alemania.

Al adentrarnos en el capítulo III conoceremos la recepción legal del juego en nuestro país y su posible vinculación con la comisión de otros delitos como fraude, lavado de activos, evasión de tributos, etc. En un útil resumen, se repasan las atribuciones locales para tramitar licitaciones, emitir autorizaciones y aplicar sanciones, incluyendo desde luego la regulación tributaria en la ya mencionada Ley N° 27.346 -que creó un impuesto específico para esta modalidad de juego- y la normativa emanada de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP)⁴.

Seguidamente se analiza la previsión en el Código Contravencional. Los autores señalan que si bien la jurisprudencia no estableció de manera precisa cuándo debe

⁴ Resolución General N° 3510.

aplicarse el marco contravencional y cuándo el marco penal, la decisión a adoptar debe contemplar criterios objetivos-subjetivos y cuantitativos-cualitativos indicadores del disvalor de acto. Ponen como ejemplo el volumen de operaciones, la recaudación, el grado de organización y la estructura empresarial desplegada en el caso.

Debemos aclarar que discrepamos con este punto de vista. No obstante ser cierto que la ley contravencional es un ordenamiento sancionador de menor cuantía que el penal, creemos que los criterios esbozados son insuficientes para establecer la diferenciación que se reclama. Si el delito contiene la ilicitud de la contravención, debe desplazarla por aplicación del art. 15 Código Contravencional. Si existen circunstancias diferenciadas que tornan aplicable una la ley por sobre otra (esto es, si las circunstancias del hecho se ajustan en mayor medida a una previsión típica), deberá aplicarse la que corresponda. En cambio, si la conducta presenta aristas de ambas previsiones legales pero no logra adecuarse por completo a ninguna, será impune.

En el capítulo IV ARIZA CLERICI y RUIZ efectúan, como anticipamos, un análisis de la estructura típica del artículo 301 bis del Código Penal a la manera de las obras tradicionales de la parte especial (bien jurídico tutelado, sujetos, verbos típicos, tipicidad subjetiva y tentativa). Respecto del bien jurídico subrayan -a nuestro juicio acertadamente-, que más allá de la inclusión del tipo entre los delitos contra la fe pública y los fraudes a la industria y el comercio, nos encontramos ante un delito pluriofensivo. La trazabilidad de la tecnología empleada representa potenciales riesgos de evasión impositiva, lavado de activos, fraude, uso indebido de datos, daño, elusión del régimen de control de cambios y afectación de los derechos de consumidores y usuarios.

Compartimos también el criterio según el cual se trata de una figura de pura actividad que como tal excluye la posibilidad de conato, pues entendemos que cualquier acto previo a la puesta en marcha de la plataforma (vgr. ideación, diseño gráfico de la página, programación) constituye un acto preparatorio que no puede ser objeto de castigo.

Por último, los autores introducen la problemática de las conductas neutrales e invocan como caso prototípico el de las páginas web de redirección. Entienden aquí que para establecer la participación criminal será determinante el conocimiento y la voluntad del aporte delictivo. Introducimos una pequeña cuestión: desde luego,

coincidimos en la relevancia del factor subjetivo, pero creemos que al nivel de la imputación objetiva también existen herramientas relevantes para descartar, incluso más anticipadamente, la tipicidad de la conducta.

La continuidad de la obra nos introduce en las particularidades que presenta la investigación por este tipo de delitos. Así, el capítulo V destaca su complejidad vinculada con la posible existencia de entramados empresariales que involucran la participación de personas físicas y jurídicas, componentes radicados en el extranjero (servidores y sedes sociales), con la cuantificación del volumen de las operaciones y con la reconstrucción de las operatorias y la ruta del dinero. Todo ello, afirman, deviene en la necesidad de cooperación internacional.

Partiendo desde el principio de la libertad probatoria se efectúa una pulcra descripción de las metodologías de investigación y su escrutinio a la luz de las garantías constitucionales. Afirman que la realización de una apuesta por parte de la autoridad judicial no se equipara a la actuación de un agente encubierto ni mucho menos a la de un agente provocador, manifestado (postura con la que coincidimos) que la prueba es admisible siempre que la información se hubiese obtenido de fuentes que están al alcance de todos los usuarios y no se hubiese creado el dolo de quien ofrece la apuesta. Nos encontramos aquí con una parte sumamente ilustrativa de la obra, pues lo estimamos de una gran utilidad como guía para emprender este tipo de investigaciones.

En punto a la prueba en el ámbito digital señalan la necesidad de reformular normas procesales se adapten a las nuevas tecnologías. Sobre este punto debemos decir que si bien en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -donde ARIZA CLERICI y RUIZ cumplen funciones- las reformas que la Ley CABA N° 6020⁵ introdujo al Código Procesal Penal importan avances significativos en materia de digitalización, lo cierto es que en comparación con los avances tecnológicos la ley siempre parece anacrónica. Esta carrera en la que siempre se corre desde atrás representa un gran desafío para el legislador.

Las medidas cautelares protagonizan el capítulo VI. Luego de efectuar una reseña sobre sus requisitos genéricos, los autores se adentran en las formas de

⁵ BOCBA: 1/11/2018.

materialización aplicables al caso con el objeto de hacer cesar la comisión del delito o la contravención, como ser el bloqueo de página web (sea por dominio y por ISP), de las aplicaciones y/o de las demás herramientas informáticas que faciliten la operatoria. Aquí advierten sobre las dificultades técnicas para efectivizarlas y destacan las vinculadas con la delimitación territorial de la medida, circunstancia de suma trascendencia ante la posibilidad de que una página web opere ilegalmente en todo el territorio nacional pero posea licencia en algunas jurisdicciones locales, o bien, aun careciendo por completo de ella no registre causa iniciada en otra jurisdicción.

Ante ello introducen otros métodos que podrían resultar efectivos, como el autobloqueo por parte del imputado o el bloqueo de los medios de pago (vgr. tarjetas de crédito). Ofrecen como ejemplo el trascendente caso “Uber”, tramitado ante el fuero Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Como se verá, este asunto no sólo tiene implicancias técnicas sino además conlleva dificultades a la hora de establecer la competencia territorial y material de los jueces.

La continuidad de la reseña nos lleva al capítulo VII, donde ARIZA CLERICI y RUIZ abordan los inconvenientes que el tema presenta respecto de la competencia. Como subrayamos anteriormente, un único hecho puede realizarse o surtir efectos en diversos lugares, sea la sede de la empresa oferente, el territorio emisor de la licencia, la ubicación del servidor de la red, o el lugar de instalación del equipo desde el cual opera el usuario.

Con cita de jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas los autores sostienen la competencia local y afirman que el carácter interjurisdiccional del delito no deviene necesariamente en la competencia federal. A nuestro juicio con acierto, señalan aquí que i) bajo ese pretexto todo delito cometido mediante Internet debería ser investigado por la justicia de excepción, ii) se erige como argumento de peso que la potestad de otorgar licencias de juego es eminentemente local y iii) la circunstancia de que el delito fue tipificado por una ley nacional regulatoria de la materia impositiva no trasunta en su carácter federal, en tanto éste no fue explicitado por el legislador.

Sostienen los autores que en caso de una conducta que impacte en todo el territorio, cada operación sin autorización constituye un delito individual. Damos por supuesto que a su entender será de aplicación las reglas del concurso ideal.

Por último, el capítulo VIII expone la mirada de los autores sobre el escenario actual de Internet como un factor trascendental de las relaciones personales y jurídicas, sobre los potenciales peligros que representa para los bienes jurídicos -en nuestras palabras, de la incidencia de la tecnología en la sociedad del riesgo- y sobre la ya mencionada tensión entre innovación tecnológica y adecuación jurídica.

Hecha esta reseña debemos puntualizar que en nuestra opinión, nos encontramos una obra jurídica de calidad debe conjugar rigor técnico, claridad conceptual y amenidad de lectura. Simplificar lo que *a priori* se presenta complejo es un gran desafío para quien emprende la tarea de transmitir conocimiento y los autores han sabido hacerlo. Mérito aun mayor, si se trata de un libro que involucra cuestiones propias de la tecnología.

Seguramente debido a la pretensión de los autores de escribir una obra sobre derecho, el texto incurre muy pocos en tecnicismos informáticos y cuando lo hace aclara su significado con simpleza. Se trata de una obra que no necesita glosario y estimamos que el lector sabrá apreciar esta circunstancia, pues consideramos que economizar al lector la búsqueda de definiciones coadyuva a la fluidez de la lectura y a la comprensión de la perspectiva jurídica.

Otra cuestión a valorar positivamente en el libro es que ARIZA CLERICI y RUIZ no se ciñen a describir diversos puntos de vista sino también dan a conocer los propios. Es decir, no caen en la tentación de limitarse a enunciar la multiplicidad de problemas que derivan de la temática (muchos de ellos sin soluciones consolidadas) y siempre dan a conocer su opinión, lo cual dota a la obra de honestidad intelectual, contribuye a la discusión y enriquece el debate. No podemos más que elogiar este aspecto, y a él le debemos las pocas discrepancias que puntualizamos en este comentario.

Por otra parte, es claro que al presentar esta obra sus autores asumieron el compromiso implícito de actualizarla. El tratamiento de un tipo penal recientemente incorporado, las derivaciones que presenta y las variantes que ofrece el horizonte tecnológico tornan casi obligatorio ampliarla a medida que la doctrina y la jurisprudencia acrecienten su tratamiento.

En definitiva, nos encontramos ante una obra que como resultado de la sólida formación académica y la amplia experiencia judicial de sus autores, conjuga aspectos teóricos y prácticos igualmente relevantes para el estudio, investigación y juzgamiento del delito previsto en el artículo 301 bis del Código Penal. Por lo tanto, lo consideramos de lectura imprescindible para quien quiera aproximarse a esta nueva modalidad delictiva.