

Criptoactivos, depósitos bancarios y el hurto informático

Facundo Rodrigo González Busquin¹

SUMARIO: I.- Introducción; II.- El delito de hurto; III.- Bienes y activos digitales; IV.- Conclusiones; V.- Bibliografía.

RESUMEN: El avance de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) provoca una modificación sustancial en los conceptos que ciñeron las discusiones clásicas vertidas sobre el alcance y contenido de los elementos normativos y descriptivos característicos de los distintos tipos penales. En este camino, la modificación del concepto de «cosa» con la introducción de los llamados «activos digitales» ha alterado el paradigma tradicional en materia de hurto y defraudaciones, evidenciándose la necesidad de contar con una legislación que se adapte a la contemporaneidad y proporcione herramientas idóneas para la investigación de aquellos delitos que, hoy en día, reconocen nuevas formas comisivas.

PALABRAS CLAVE: Criptoactivos – depósitos bancarios – hurto – propiedad – token no fungible (NFT).

I.- Introducción

¹ **Facundo Rodrigo González Busquin**, abogado con orientación en derecho penal y derecho privado (UBA), especialista en derecho penal (UBA), maestrando en derecho penal (UBA); docente del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho (UBA); Jefe de Despacho (int.) de la Defensoría Pública Oficial ante los Tribunales Orales en lo Criminal y Correccional nro. 4 de la Capital Federal. Contacto: gonzalezbusquin@hotmail.com

Es acertado decir que las primeras décadas del siglo XXI serán recordadas como el inicio de la *era digital*²; en donde se hubo abierto el paso a una nueva cultura, la digital, que ha generado importantes cambios sociales.

Esta vertiginosa mejoría de la tecnología, la informática y la comunicación ha dado lugar al acceso casi irrestricto, y sin distinciones de clases, de un gran caudal de información que se encuentra siempre disponible en internet.

Sin embargo, también es posible afirmar sin tapujos que el exponencial desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) ha crecido el mar por el cual navega la doctrina penal, y ha puesto en jaque el alcance y aplicación de los tipos penales tradicionales; que intentan vanamente adecuarse a una nueva realidad que avanza sin parangón.

La vinculación entre la tecnología y el delito no es nueva, ya desde la invención del telégrafo en 1836, esta simbiótica relación no ha dejado de crecer y se ha ido potenciando con el correr de los años. Por su parte, las primeras conductas ilícitas relacionadas con las computadoras datan de la década de 1970, particularmente el espionaje, la piratería, el sabotaje y la extorsión.³

La definición del vocablo *cibercrimen* en forma unívoca es no menos que difícil; empero, es posible su arribar a intelección como un término conglobante de toda actividad delictiva que utiliza a las tecnologías de la información y la comunicación como un medio (herramienta) para cometer un delito, o como un fin en sí mismo (objeto del delito).

En nuestra legislación nacional, los primigenios delitos que contemplaron a las nuevas tecnologías de la comunicación y la información se vincularon con la protección de los derechos de autor (Ley 11.723), con la punición de la discriminación (Ley 23.592), con la sustracción de secretos comerciales contenidos en soportes digitales (Ley 24.766), con la alteración dolosa de registros (Art. 12 y 12 bis de la Ley 24.769), y con la protección de datos personales (Ley 25.326).⁴

² También denominada era de la información o de la informática.

³ SAIN, Gustavo: “La estrategia gubernamental frente al cibercrimen: la importancia de las políticas preventivas más allá de la solución penal”, en PARADA, Ricardo Antonio y ERRECABORDE, José Daniel (comp.): *Cibercrimen y delitos informáticos*, 1ª ed., Erreius, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, p. 8.

⁴ MARTINEZ, Matilde: “Algunas cuestiones sobre delitos informáticos en el ámbito financiero y económico. Implicancias y consecuencias en materia penal y responsabilidad civil”, en

Sin perjuicio de los avances en materia de delitos informáticos producto de la sanción de la ley 26.688⁵, es posible asegurar que ella no resulta suficiente a fin de dar una respuesta al gran número de situaciones que se presentan diariamente, y que mutan velozmente con los avances tecnológicos.

Particularmente, en el presente trabajo se ceñirá a la problemática que presenta el delito de hurto en su relación con los activos digitales (depósitos bancarios, monedas virtuales y tokens no fungibles), así como el análisis de la necesidad de su regulación especial en materia informática.

Finalmente, y tras el análisis de los elementos característicos y de las propuestas regulatorias en materia penal, se formularán las pertinentes conclusiones sobre los puntos expuestos.

II.- El delito de hurto

2.1 El concepto de propiedad

El análisis de todo delito regulado por el Título VI del Libro II de nuestro Código Penal no puede menos que iniciar con la significación del alcance que debe darse al vocablo *propiedad* utilizado por el legislador, vocablo que no refiere a un concepto unívoco, sino que es utilizado en sus más diversas acepciones.⁶

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, reiteras veces, ha considerado al término *propiedad* en sentido amplio, de conformidad con los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional; abarcando al patrimonio en su totalidad, es decir, no sólo los derechos reales y personales, los bienes materiales e inmateriales, sino también todos los intereses apreciables que un individuo posea.⁷

Siguiendo a Donna, es posible afirmar que el término propiedad es terminológicamente inexacto, prefiriéndose el uso del término *patrimonio*; sin perjuicio de que su contenido puede, en ciertos casos, diferir.⁸

PARADA, Ricardo Antonio y ERRECABORDE, José Daniel (comp.): *Cibercrimen y delitos informáticos...*, ob. cit., p. 35.

⁵ B. O.: 25/06/2008.

⁶ DONNA, Edgardo Alberto: *Derecho Penal, Parte Especial*, t. II-B, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2001, p. 7.

⁷ CSJN, 15/6/82, *in re* "Industria Mecánica S.A c/ Gas del Estado", Fallos 304:856 y LL 1983-A-463.

⁸ DONNA: ob. cit., pp. 9-10.

Aclara el citado autor que, esta terminología no resuelve el problema de cuáles derechos deben incluirse en los patrimoniales.⁹

Sin perjuicio de ello, el patrimonio puede conceptualizarse como aquel conjunto de derechos patrimoniales de una persona, y será elemento integrante de él sólo aquello que esté reconocido como derecho subjetivo por el orden jurídico.

Bajo este prisma, lo relevante será la relación jurídica que vincula al sujeto con la cosa; el patrimonio se integra por aquellos derechos subjetivos patrimoniales de la persona, ya sean que estén reconocidos por el derecho público o el privado, mas no aquellas expectativas o cosas que se detentan sin la protección legal.

Corolario, puede entenderse comprendidas aquellas cosas que, sin poseer un valor económico, poseen algún valor (afectivo) para el sujeto.

2.2 Caracterización

El delito de hurto (tipificado en el artículo 162 del Código Penal) puede caracterizarse como el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble, total o parcialmente ajena.

Con la tipificación de esta figura delictiva, el legislador ha buscado proteger la *tenencia* de cosas muebles; así, un ataque al *dominio*, sin vulneración de la tenencia de la cosa, no resulta punible bajo esta figura.

Ahora bien, ¿qué se debe entender por *tenencia*? Soler refiere a «...la posibilidad inmediata de realizar materialmente sobre la cosa actos dispositivos...»¹⁰

La tenencia es la posibilidad de ejercicio de poder sobre una cosa por parte de quien la tiene, por ello, para la configuración del delito es necesario que opere una transferencia de la cosa del *poder* del tenedor al *poder* de quien la sustrae.

Si bien, desde el plano de la víctima, el desplazamiento de la cosa bastaría para la consumación del hurto, desde el punto de vista del autor del delito (que debe utilizarse para su análisis) no bastará la sola transferencia material, sino que a ella deberá sumarse el «traspaso de poder» que opera con el apoderamiento.

⁹ DONNA: ob. cit., pp. 11-12

¹⁰ SOLER, Sebastián: *Derecho Penal Argentino*, Tea, Buenos Aires, 1992, pp. 192-193.

Corolario de ello, es posible afirmar que el mero desplazamiento de la cosa sin transferencia de poder no perfecciona el delito.¹¹

2.3 Elementos del Delito

2.3.1 Tipo objetivo

Las características objetivas del tipo penal remiten al estudio de: la acción material de «apoderamiento»; el carácter de «cosa mueble»; y a la «ajenidad» de la cosa. Finalmente, la «ilegitimidad» de la sustracción constituye un elemento normativo del tipo. Veamos brevemente cada una de ellas.

2.3.1.1 La acción del delito. El apoderamiento

La acción de hurtar presupone, objetivamente, apoderarse de la cosa. Sin embargo, no existe una doctrina pasiva en orden a determinar el exacto sentido jurídico que debe darse a dicha acción material; la discusión se centra en determinar si la acción típica se realiza con el simple *apoderamiento* o puesta en disponibilidad de la cosa en favor del autor, o si se requiere, además, un *desapoderamiento* respecto de la víctima.

La *teoría de la disponibilidad* exige que el autor haya podido «disponer» de la cosa, aunque sea por un breve momento; es decir, que haya tenido la posibilidad inmediata de realizar sobre la cosa actos de disposición.

Prima así, ya no una translación de la cosa por el espacio físico (tomar materialmente la cosa), sino el desplazamiento del sujeto que puede realizar, sobre ella, actos de disposición (usurpación del poder sobre la cosa). Aquí, el sujeto activo del delito tiene una real y efectiva capacidad de disponer materialmente sobre la cosa, anulando dicha posibilidad dispositiva por parte del sujeto pasivo.

Por otra parte, la *teoría del desapoderamiento* entiende como suficiente para la perfección del delito, que el sujeto activo haya privado al pasivo de la posesión corporal de la cosa, con la intención de apoderarse de ella. Aquí, la ofensa al bien atacado, en el delito de hurto, es respecto a la tenencia de la cosa por parte del sujeto pasivo.

¹¹ BOUMPADRE, Jorge Eduardo: *Tratado de derecho penal. Parte especial*, t. 2, 3ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 13.

En sus postulados, el delito de hurto se caracteriza por una doble acción: «apoderarse» de la cosa (acto objetivo-material) y «desapoderar» de ella a su dueño (acto subjetivo-intelectual).

En síntesis, puede caracterizarse al hurto como la acción de tomar la cosa (ajena) con la intención de disponer de ella, sometiéndola al dominio propio.

Resta indicar que, la posibilidad de disponer la cosa debe ser real y no ficta. El autor tiene que poder ejercer un dominio efectivo del bien que, ilícitamente, ha ingresado en su patrimonio; lo que, de no ocurrir, sólo permite considerar a la conducta en grado de conato.

2.3.1.2 *El objeto del delito. La cosa mueble*

El Código Civil y Comercial indica que las personas son titulares de derechos individuales sobre aquellos bienes que integran su patrimonio¹², y que dichos derechos pueden recaer sobre bienes de valor económico.

Cuando un bien es material, se lo denomina «cosa», y las disposiciones que sobre ellas se realizan son aplicables a la energía y las fuerzas de la naturaleza que son susceptibles de ser puestas a servicio del hombre.¹³

Tradicionalmente, para conceptualizar una «cosa», las notas distintivas utilizadas han sido la *materialidad* y el *valor*.

En primer lugar, la materialidad refiere a la corporalidad de la cosa, es decir, que debe ocupar un lugar en el espacio. En este orden, lo que importará –a los fines de la configuración del tipo penal– será que el bien posea materialidad y sea susceptible de valor y de apoderamiento.

Así, pueden excluirse los bienes inmateriales que integran el patrimonio, como los derechos, las ideas científicas, artísticas o literarias. Tampoco son susceptibles de ser hurtadas la luz, el sonido, el calor, el movimiento.¹⁴

Ahora bien, ¿qué ocurre con la sustracción de *energía eléctrica*, de la *línea telefónica* o del servicio de *televisión por cable*?

¹² Artículo 15 del CCCN.

¹³ Artículo 16 del CCCN.

¹⁴ BUOMPADRE: ob. cit., p. 24.

Al respecto, la doctrina ha concluido que la apropiación de un fluido (electricidad) de la red de conducción (cable), sin alterar el medido de consumo, configura un hurto.

Si, por el contrario, existiera la alteración o funcionamiento anormal del medidor de consumo, que provocara una lectura errónea y una facturación en igual sentido, se configuraría una estafa por operar un ardid idóneo.

En conclusión, más allá de la falta de corporeidad de la energía, no puede negarse su carácter material y, por lo tanto, será susceptible de ser hurtada si se encuentra incorporada al patrimonio.¹⁵

Sumado al requisito de materialidad, es importante destacar que la cosa debe tener un valor; no solamente valor de tipo económico, sino que este puede ser moral, histórico, científico, religioso, afectivo, etc.

Es menester que la cosa represente un interés (para el sujeto pasivo o el activo) que permite satisfacer sus necesidades (usos y placeres), o represente un valor de tipo afectivo para la víctima.

Siguiendo ello, no importará el valor monetario de la cosa, reservando la idea de *insignificancia* para caracterizar, no a la lesión patrimonial, sino a la violación del derecho de propiedad.¹⁶

Finalmente, la cosa deberá ser *mueble*, ya no en concordancia con los postulados del Código Civil y Comercial de la Nación, sino en un sentido amplio, atendiendo a la transportabilidad de ella, a la posibilidad de que sea trasladada de un lugar a otro.

Así, quedan incluidas cosas que, para el derecho privado, constituyen inmuebles por su carácter representativo, por su accesión a bienes inmuebles o por su destino.

2.3.1.3 La ajenidad

Para que una cosa pueda ser hurtada, ella debe pertenecer en forma total¹⁷ o parcial¹⁸ a alguien más; es decir, que no resulte susceptible de ser apropiada u ocupada.

¹⁵ *Ídem*, p. 25.

¹⁶ CSJN, 25/09/1986, “Adami, Leonardo E. y otro”, Fallos, 308:1796.

Esta característica, no menos importante, excluye de la figura típica a aquellas cosas que no poseen un dueño, ya sea por su carácter *res nullius*¹⁹; su carácter *res derelicta*²⁰ o su carácter *res pediti*²¹.

En igual sentido, si el sujeto pasivo del delito consintiera el apoderamiento por parte del sujeto activo, el hecho se tornaría atípico.

2.3.1.4 La ilegitimidad

En relación a la ilegitimidad del apoderamiento perpetrado por el autor del delito, es menester sindicar que ella comprende un aspecto objetivo, que refiere a la conducta desarrollada; y un aspecto subjetivo, que exige que el agente obre a sabiendas de que dicho apoderamiento es ilegítimo.

2.3.2 Tipo subjetivo

El delito de hurto se caracteriza por ser doloso. Es necesario el conocimiento del desapoderamiento de un tercero, de la ajenidad de la cosa y la ilegitimidad del apoderamiento; y la voluntad de tomar y disponer de la cosa hurtada.

Resta aclarar que no es requisito que el autor obre con ánimo de apropiarse o ánimo de lucro.

2.4 El hurto informático

La ley 26.388 de junio de 2008 importó un significativo avance en materia de regulación de delitos informáticos, empero, en ella no se hace mención alguna a la figura del hurto informático.

Señala Sueiro²² que la figura del hurto, a través de medios informáticos o cuando los bienes intangibles fueran objeto del apoderamiento, ya hubo sido

¹⁷ El autor no posee siquiera una parte ideal de la cosa en comunidad con sus propietarios.

¹⁸ El autor posee parte de la propiedad, como ocurre en el caso del condominio o del comunero hereditario.

¹⁹ Aquellas cosas que carecen de dueño.

²⁰ Las cosas abandonadas por su dueño para que se las apropie quien primero las encuentre.

²¹ Supuesto que configura el tipo de defraudación, atenuada, prevista por el artículo 175 inciso 5° del C.P.

²² SUEIRO, Carlos Christian: *Criminalidad informática: La eficiencia político-criminal de la reforma al Código Penal en materia de delitos informáticos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016, p. 159.

propuesta para su incorporación en 1996²³; sin embargo, el fuerte rechazo doctrinario impidió que se lograra su aprobación. Dicha resistencia tiene su basamento en la redacción típica del artículo 162 del C.P. Veamos.

En primer lugar, la crítica se centra en el carácter de «cosa mueble» de la información almacenada en soportes digitales o magnético.

Como se ha expuesto *ut supra* (punto 2.3.1.2 del presente trabajo), el concepto tradicional de cosa mueble parece excluir, *prima facie*, a los bienes o cosas digitales, por carecer de la corporeidad constitutiva.

Y, si bien la jurisprudencia (y la doctrina) ha ampliado el concepto tradicional de cosa mueble para incluir a la energía eléctrica, los pulsos telefónicos y la señal de televisión por cable, su aplicación se torna no menos caliginosa a la hora de intentar comprender en ella a las «cosas digitales».

Sin embargo, dicha dificultad es fácilmente sorteable a través de una norma expresa del legislador que incluya, como objeto de apoderamiento, a aquellos bienes intangibles como son los datos, documentos, programas o sistemas informáticos.

Este es el camino que hubo elegido el legislador al momento de efectuar la adecuación del delito de daño —introducida por la ley 26.388—; introduciendo, en forma expresa (párrafo 2º del artículo 183 del C.P.), la posibilidad de su comisión por medios informáticos, como alternativa al supuesto tradicional.

En otro orden de ideas, la crítica tradicional se centra en el supuesto de hecho en que el sujeto de la acción disvaliosa no desapodere al sujeto pasivo de la cosa digital, lo que importa un problema en concordancia con la acción típica de «apoderarse».

En el apartado siguiente veremos una posible solución a la crítica doctrinaria formulada sobre este punto.

Finalmente, puede traerse a colación aquellos casos en donde el sujeto activo utilizar al medio informático como un medio para procurar el desapoderamiento de una cosa material. En este caso, es posible excluir a la estafa por no verificarse

²³ En dos Proyectos de ley presentados en el Congreso de la Nación, uno redactado por el diputado Carlos R. Álvarez, por un lado, y el otro de autoría del diputado José A. Romero Feris.

los elementos típicos²⁴ de la figura, y refuerza la necesidad de contar con una figura de hurto informático, no sólo prevea el apoderamiento de cosas digitales, sino también el uso del medio informático como facilitador de su comisión.

2.4.1 Proyectos de reforma en materia de criminalidad informática

El análisis de los antecedentes parlamentarios²⁵ de la ley de reforma al código penal en materia de criminalidad informática nro. 26.388 permite entrever que han sido varios los intentos por regular en materia de delitos informáticos, empero, muy pocos han buscado incorporar la figura del hurto informático a nuestra legislación nacional.

Durante el año 1996 se hubieron presentado tres proyectos de ley. El primero, redactado por la diputada Leonor Tolomeo no preveía regulación alguna en materia de hurto informático.

Por el contrario, el proyecto del diputado Carlos R. Álvarez tipificaba en su artículo primero a la apropiación «...de datos o información reservada o representativa de bienes o derechos».

En ese mismo año, el proyecto del diputado José A. Romero Feris propuso la punición de quien «...se apoderare ilegítimamente de programas de computación, datos o informaciones representativas de bienes y derechos».

Durante el año 1997, el diputado Antonio Berhongaray propone la sanción de una ley para reglamentar las actividades vinculadas a las computadoras y sistemas de computación o telecomunicaciones. Sin embargo, aunque excluye de él cualquier mención al apoderamiento ilegítimo de datos, recepta a la copia de un programa de computación como acción comisiva de los delitos contra la propiedad intelectual.

No resulta necesario sindicar que, más allá de la gran importancia en materia de regulación penal que proponían, ninguno de dichos proyectos tuvo acogida favorable en el parlamento nacional.

²⁴ Ardid o engaño; el error en la víctima; la disposición patrimonial y el consecuente perjuicio.

²⁵ SUEIRO: *Criminalidad informática...*, cit., pp. 47-76.

Por su parte, si bien podrían citarse otros intentos regulatorios en materia de criminalidad informática²⁶, ninguno de ellos ha previsto la incorporación de la figura del hurto informático, por lo que no merecen mayores palabras.

Contrariamente a ello, resulta menester abordar el análisis de más reciente proyecto de reforma al Código Penal presentado ante el Senado de la Nación²⁷.

2.4.2 El proyecto de reforma al Código Penal de 2019

El proyecto de reforma al Código Penal que fuera enviado por el Poder Ejecutivo de la Nación al Congreso, prevé la incorporación de la figura del *hurto informático* dentro del Capítulo 3 «Hurto y fraude informáticos» del Título XXVI «Delitos informáticos».

Puntualmente, el artículo 499 reza:

«Se impondrá de UN (1) mes a DOS (2) años, al que, violando medidas de seguridad, ilegítimamente se apoderare o copiare información contenida en dispositivos o sistemas informáticos ajenos que no esté disponible públicamente y que tengan valor comercial para su titular o para terceros».

Puede advertirse que, sumado a la regulación de la información almacenada como elemento susceptible de apropiación, y a los fines de evitar las habituales críticas sobre una insuficiente referencia al desapoderamiento en el plano digital, se introduce como alternativa comisiva el copiado de la información.

Así, no sólo se configuraría el hurto (informático) ante la pérdida de información digital (apoderamiento), sino que también se configuraría cuando ella no se da, cuando el autor logra disponer de la información copiada.

Ahora bien, la redacción propuesta en el proyecto adolece de algunas falencias que impetran a un análisis profundo de los elementos del tipo propuestos. Veamos.

²⁶ el Anteproyecto de Ley de Delitos Informáticos (2001); el proyecto de ley presentado por la diputada Marta Osorio (2005); el proyecto de ley presentado por la diputada Silvia Martínez (2005); el proyecto de ley presentado por Andrés Sotos (2005); el proyecto de ley presentado por la diputada Delia Bisutti (2006); el proyecto de ley presentado por el diputado Dante Canavarolo (2006); el proyecto de ley presentado por los diputados Diana Conti y Agustín Rossi (2006); el Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal (2006). Ver en SUEIRO, C., *idem*, pp. 52-76.

²⁷Senado de la Nación, Expte. 52/19 de fecha 25/03/2019.

En primer lugar, la norma exige la «violación de medidas de seguridad», circunstancia que, no sólo limita el alcance de la figura, sino que excluye como elemento susceptible de ser hurtado a aquellos que no cuentan con dichas medidas de seguridad, sin perjuicio de la voluntad excluyente de su titular.

Supongamos, por un momento, que una persona coloca un enano de jardín en el frente de su propiedad. Que dicha propiedad carece de rejas u otros elementos que la aíslen de la vía pública. Si en una noche, un eventual transeúnte decidiera llevarse dicha estatuilla ¿no sería plausible de ser imputado por el hurto?

Ahora bien, si una persona deja un dato, un documento, un programa u otro activo digital en un soporte de su propiedad, sin ninguna medida de seguridad, ¿la sustracción de dicha información no configuraría un hurto informático?

A simple vista puede advertirse que, exigir la toma de medidas de seguridad por parte del sujeto pasivo, las que deben ser violadas por el sujeto activo, importa una incorporación al tipo penal, limitante en su alcance, que debe evitarse en el rosicler de la regulación penal en materia digital.

Contrario a ello, es posible afirmar como acierto el desdoblamiento de la acción típica, abarcando no sólo el apoderamiento de la información, sino también el copiado de ella.

Con la incorporación de las dos formas comisivas (apoderamiento o copiado) se abarca la totalidad de acciones que pueden afectar el patrimonio digital de una persona; el primero porque la priva de su poder de disposición, y la segunda porque le quita la exclusividad en su titularidad.

Así, se pone fin a la discusión doctrinaria sobre el alcance de la figura en el plano digital, como se ha sindicado en el apartado precedente.

Continuando con el análisis, no puede pasarse por alto que la norma exige que la información este contenida en dispositivos o sistemas informáticos «ajenos». Pero, ¿qué ocurre si la información se encuentra en un dispositivo propio, pero su autoría pertenece a una tercera persona?

No puede desconocerse que muchos dispositivos electrónicos suelen compartirse entre diversos sujetos (los que no siempre se conocen), y que en ellos se puede albergar un sinfín de datos, documentos, etc. que resultan susceptibles de ser apropiados (o copiados) por quien no es su titular.

En este orden, la exigencia de ajenidad no debería entenderse respecto de la titularidad del dispositivo o sistema informático, sino en relación con la información que es contenida por ellos. Así, sin perjuicio de dónde se ubique la información (entendida en sentido amplio), ella podrá ser hurtada (incluso por el dueño de dichos soportes) si el sujeto activo no es su titular.

Corolario, la norma excluye a aquella información que se encuentra «disponible públicamente», por cuanto dicha información no reconoce titular alguno que pueda ser desapoderado.

Ahora bien, no puedo dejar de syndicar que, cuando la norma se refiere a la información que se encuentra «disponible públicamente», hace referencia a aquella información que ha sido concebida con tal finalidad (v.g. el freeware, códigos de fuente abierta, etc.); pero no aquella información privada que hubo sido puesta a disposición del público sin el consentimiento de su titular.

Finalmente, entiendo que importa un error la exigencia de que la información susceptible de ser hurtada tenga valor comercial (para su titular o un tercero).

Acaso, ¿no puede una persona hurtar un documento, un poema, un mensaje sentimental, una foto o cualquier dato que otra persona tenga guardada en su nube o *drive*, el que no reviste valor comercial alguno, sino simplemente sentimental? La respuesta deviene evidente.

El avance en materia de «cosas que pueden ser hurtadas» ha llevado a la ampliación del concepto en pos de abarcar no sólo bienes susceptibles de apreciación pecuniaria, sino también todo bien que integra el patrimonio de una personal (sin importar su valuación en dinero).

2.4.3 Suficiencia de la figura clásica. Análisis

Corresponde, en este punto, analizar si es necesaria la regulación típica de la figura del hurto informático, o si, por el contrario, la figura básica prevista en el Código Penal resulta suficiente.

Fillia, Monteleone, Nager y Sueiro sostienen que:

«...no resulta necesaria la configuración de una ley especial o tipo específico que recepte comportamientos informáticos disvaliosos cometidos a través de la red o sistemas informáticos, por

descreer que se trate aquí de un nuevo bien jurídico autónomo sino de bienes jurídicos preexistentes (en este caso la propiedad) atacadas por nuevos métodos»²⁸.

En su análisis, los mentados autores recuerdan que el sistema informático puede ser un medio para la comisión del apoderamiento ilegítimo, o bien, el objeto mismo del apoderamiento.

Sostienen que, cuando el apoderamiento ocurre sobre un sistema informático, un dato, etc., el *quid* de la cuestión reside en determinar si dicho sistema puede ser equiparado a una cosa.

La evolución jurisprudencial y doctrinaria ha llevado a reconocer, como se dijo *ut supra*, a la energía como una cosa susceptible de ser apropiada. En este entendimiento, la faceta electromagnética incorporada en su soporte (disco, nube, etc.) debería correr la misma suerte.

En apoyatura a su postura traen a colación el supuesto del daño informático, que supone la existencia de un bien pasible de ser dado. Aceptado ello, se puede concluir que, dicho bien, debe poder ser pasible de apoderamiento.

Advierten, de esta forma, que una simple aclaración del alcance de la norma civil respecto al carácter de «cosa» de la faceta magnética de la energía, bastaría para evitar afectaciones al principio de legalidad.

Por su parte, cuando el sistema informático es el medio utilizado para la comisión del delito de hurto, la problemática reside en definir al dinero propio de una cuenta que se registra como un crédito (dinero contable) como una cosa.

Sostienen los autores que la transferencia de fondos produce un apoderamiento de dinero, entendido este como un bien inmaterial. Así, concluyen que bastaría una modificación de la normativa civil para evitar la expansión punitiva.

III.- Bienes y activos digitales

3.1 Naturaleza Jurídica de los depósitos bancarios

²⁸ SUEIRO, Carlos [et. al.]: *Análisis integrado de la criminalidad informática*, 1ª ed., Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2007, p. 35.

El depósito de dinero en entidades bancarias –o en billeteras virtuales– ha generado numerosas discusiones y, en particular, respecto del carácter jurídico de dichos depósitos.

Las corrientes civilistas tradicionalmente lo han equiparado a la figura de depósito irregular romano, mientras que, en el derecho anglosajón, se prefiere la figura del mutuo. Sin embargo, ninguna de ellas logra englobar todos los elementos de la relación bancaria.

Hoy en día, el dinero bancario deviene inmaterial, distinto de la moneda de curso legal, lo que importa un impedimento para considerar su naturaleza conforme la figura del depósito irregular.

Por su parte, la falta de diferimiento de la prestación asumida por la entidad bancaria (devolución del dinero) importa que la figura del mutuo tampoco resulte adecuada.²⁹

El Código Civil y Comercial de la Nación regula el contrato de depósito bancario³⁰, y lo define como aquél contrato en el cual una persona (depositante) transfiere la propiedad al banco depositario, quien asume la obligación de restituirlo en la moneda de la misma especie, a simple requerimiento del depositante.

Cuando el depósito es «a la vista», éste se representará en un documento material o electrónico que reflejará los movimientos y el saldo de la cuenta del cliente (art. 1391 CCCN).

La nueva regulación civil no deja lugar a dudas respecto a la naturaleza jurídica de los depósitos bancarios. Nos encontramos frente a un contrato de depósito de cosas fungibles, cuya propiedad se transfiere al banco, del cual nace un derecho de crédito.

En este sentido, la obligación de custodia propia de los contratos de depósito se sustituye por la obligación de restitución en igual moneda.

²⁹ BOADA MORALES, Sebastián: “La naturaleza jurídica de la cuenta bancaria”, en *Revista de Derecho Privado*, nro. 36, en (http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662019000100171).

³⁰ Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, Capítulo 12 “Contratos Bancarios”, Sección 2ª “Contratos en particular”, Parágrafo 1º “Depósito bancario”, artículos 1390 y ss.

Corolario de ello, es posible afirmar que el dinero que *deposita* en una cuenta bancaria o billetera virtual no representa una *cosa mueble*, sino simplemente el derecho a un crédito contra la entidad bancaria –o empresa de servicio de pagos que opera con billetera virtual propia, v.g. Mercado pago–, quien posee en última instancia la titularidad del dinero transferido.

Finalmente, la transferencia de un crédito resulta un proceso mediante el cual la deuda a cargo del banco –o entidad financiera– a favor de un cliente originador se reemplaza por una nueva deuda a favor del beneficiario, y a cargo de su banco. Así visto, no exista una real transmisión de bienes (tangibles o intangibles), sino tan sólo de derechos crediticios.³¹

3.2 Las monedas virtuales

En los últimos años se ha visto un exponencial crecimiento de las denominadas *criptomonedas*. Pero, ¿cuál es su naturaleza jurídica? ¿son dinero propiamente dicho? ¿son bienes con valor? ¿pueden ser objeto de hurto? Veamos.

Suárez Puga las define como:

«...el conjunto de representaciones de naturaleza electrónica o digital que, en atención a su valor patrimonial y a su específica configuración tecnológica, son aptas para funcionar como medio de pago generalmente aceptado de obligaciones dinerarias por mandato legal bien por voluntad convencional de los operadores económicos».³²

Las monedas virtuales son representaciones en soporte o medios digitales de activos equivalentes al dinero fiduciario o de curso legal, aceptadas como medio de pago de obligaciones en dinero, o como inversión, cuyo tráfico se caracteriza por la utilización de técnicas de encriptación para garantizar la seguridad y la fiabilidad de las operaciones que con ella se realicen.

Es decir que, una moneda virtual, es un activo digital, en principio fungible (todas sus unidades –*tokens*– son iguales), que carece de corporeidad material.

³¹ GEVA, Benjamin: “Bank Money. The Rise, Fall, and Metamorphosis of the ‘Transferable Deposit’”, en FOX, David y WOLFGANG, Ernst (Ed.): *Money in the Western Legal Tradition: Middle Ages to Bretton Woods*, Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 360.

³² SUAREZ PUGA, Ernesto Alejandro: “Naturaleza y régimen jurídico de las criptomonedas” en *InDret. Revista para el análisis del derecho*, en (<https://indret.com/naturaleza-y-regimen-juridico-de-las-criptomonedas/>).

Sin embargo, la fungibilidad de las criptomonedas entra en crisis por la naturaleza de la tecnología que ellas emplean (*blockchain*). Cuando las transacciones dentro de la cadena de bloques resultan trazables, es posible establecer una individualización de determinado bloque o dirección, que permite diferenciarlo de los demás. Sin embargo, existen monedas que ofrecen un mayor nivel de privacidad, evitando dicha trazabilidad.

Vale señalar, entonces, que una criptomoneda no debe –ni puede– equipararse a un depósito bancario, sino que, por el contrario, ella se asemeja más a una moneda física de uso legal (cosa mueble fungible).

Cuando una persona adquiere un activo digital fungible, no se vuelve poseedora de un derecho a un crédito, sino que se constituye titular registral³³ de una determinada porción de una criptomoneda.

La adquisición de una porción determinada de dicha moneda puede ocurrir, tanto en el mercado cambiario (en forma directa o a través de un *exchange*³⁴), como por el proceso denominado *minería*³⁵.

En conclusión, es posible afirmar que una criptomoneda es un activo digital susceptible de ser apropiado.

3.3 Los Tokens no fungibles (NFT) ³⁶

Un *token* es la unidad de valor que se le asigna a una criptomoneda. A diferencia de las criptomonedas, los NFT son activos únicos que no se pueden modificar ni intercambiar por otro de igual valor. Ellos se pueden asimilar a bienes materiales únicos como, por ejemplo, una obra de arte.

Su funcionamiento se asemeja al de las criptomonedas, operan a través de la tecnología de la cadena de bloques (*blockchain*), red de computadoras descentralizadas con bloques o nodos enlazados y encriptados.

³³ Dentro de la cadena de bloques (*Blockchain*).

³⁴ Son sitios o aplicaciones digitales que permiten el intercambio de criptomonedas y colaboran en la fijación del precio a través de la oferta y demanda.

³⁵ La minería de criptomonedas es un proceso matemático por el cual se validan y agrupan transacciones en la red de bloques para añadirlas a la cadena de bloques. Dicha validación es consecuencia de la obtención de una respuesta válida a un problema matemático complejo que asegura, como recompensa, una unidad de la criptomoneda que se intenta minar.

³⁶ Por sus siglas en inglés: *Non Fungible Token*.

Cada NFT posee un certificado digital de autenticidad (serie de metadatos no modificable).

Vale concluir que un token no fungible puede equipararse a una cosa inmateral susceptible de ser apropiada.

IV.- Conclusiones

A lo largo del presente trabajo se han sindicado los elementos y notas características del delito de «hurto informático», formulando algunas apreciaciones sobre los postulados tradicionales y las problemáticas que se suscitan ante el exponencial avance de las tecnologías de la información y la comunicación.

En este punto, he de formular algunas observaciones y críticas personales en orden a lo expuesto, no sin antes dejar de exaltar la actualidad de la temática en general y, en particular, el debate sobre el alcance del elemento «cosa mueble» como característica del delito de hurto.

Verbigracia de dicha actualidad, en agosto de 2021, la sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional³⁷ hubo abordado la temática relativa al alcance de cosa mueble al casar la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 8, *in re* “Perazzo”.

El *quid* de la cuestión se centró en determinar el alcance que debe darse a la apropiación de un depósito bancario.

Puntualmente, la maniobra imputada a la Sra. Perazzo consistía en haberse transferido dinero de la cuenta de su ex marido –de la que era cotitular hasta el momento de su divorcio– a su cuenta personal; para luego extraer el dinero. En su sentencia, el tribunal oral estimó que la conducta –el apoderamiento del dinero mediante la transferencia no autorizada– configuraba el delito de hurto simple.

Contrario a ello, los jueces Magariños y Jantus, postularon la inadecuación de la conducta respecto del delito de hurto, avocándose al análisis del requisito de «cosa mueble». Así, en apoyatura a sus argumentos, sostuvieron –con citas a Soler, Fontal Balestra, Creus, Núñez y Donna– que, a la hora de determinar el carácter de la *cosa mueble*, lo esencial es la *transportabilidad* y la *corporeidad*, destacando la necesidad de que la cosa sea *aprehensible* y tenga *valor*. Sindicán como excepción que, la ley

³⁷ Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala 3, 26/08/2021, “Perazzo, Constanza Estefanía s/ apropiación de cosa perdida (art. 175 inc. 1) y otros”, Reg. 1190/2021.

penal resulta más amplia que la ley civil, respecto del carácter «mueble» de algunas cosas, en referencia a los *inmuebles por accesión*; y suman, además, a la energía y las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre.

Así establecido, la sentencia postula el error del *a quo* al considerar a la transferencia bancaria como traslado de dinero físico, resaltando –con cita a Donna– que los asientos o transferencias bancarias son *derechos a crédito* en favor de la persona a la que se reconocen y no cosas.

Concluyen, consecuentemente, que la maniobra que logró generar un derecho de crédito en favor de la imputada, y la posterior extracción –disponibilidad– del dinero, no puede equipararse al *apoderamiento* de una cosa; motivo por el cual la conducta no puede ser tipificada como constitutiva del delito de hurto simple.

Finalmente, y tras descartar otras figuras típicas, resuelven absolver la imputada, achacando al tribunal el no haber realizado un análisis más profundo de la problemática.

Como puede verse, el análisis del alcance de cosa mueble no encuentra una respuesta pacífica; particularmente, cuando se trata de bienes que se encuentran en soportes informáticos.

Y, si bien comparto la postura que sostiene el fallo respecto a que los depósitos bancarios no son *cosas muebles* susceptibles de *apropiación*, lo cierto es que la sentencia merece algunas observaciones.

En primer lugar, el análisis doctrinario se centra en textos de no menos de una década, que no contemplaron el impacto de las nuevas tecnologías a la hora de determinar qué es una cosa mueble.

Además, en su consideración sobre la adecuación de la conducta como constitutiva del delito de estafa simple –tras descartar las agravantes de los incisos 15 y 16 del artículo 173 del C.P.–, incurre en el error de considerar la disposición patrimonial como perjudicial para el cónyuge de la imputada.

Es importante detenernos en el análisis de la naturaleza jurídica y el alcance que debe darse a los depósitos bancarios, y la titularidad del dinero que ellos representan.

Durante el presente trabajo se abordó la temática (punto 3.1) y se destacó que los depósitos bancarios son meros derechos a créditos que una entidad bancaria

reconoce a una persona (usuario-cliente), que *deposita* en ella su dinero –usualmente en una «cuenta» que se identifica con un número o clave bancaria–.

No puede pasarse por alto que dicho «depósito» es sencillamente una transferencia de titularidad del dinero en favor del banco; de la cual nace un crédito en favor del depositante. Y, si bien la entidad bancaria asegura la liquidez y una rápida exigibilidad del crédito, generalmente se deben cumplir ciertos requisitos para poder cobrar dicho crédito.

Puede afirmarse sin tapujos que, quien posee dinero depositado en una cuenta bancaria, no es titular de una cosa; el titular del dinero es la entidad bancaria que lo hubo recibido en el marco de un contrato de depósito bancario.

Si un cliente quisiera disponer de su dinero deberá requerirlo al banco, en el horario y por las formas establecidas, dentro de los límites de extracción preestablecidos según la categoría asignada, o brindando las justificaciones pertinentes. Además, es factible que una entidad bancaria no pueda cumplir con sus obligaciones, carezca de la liquidez suficiente para devolver el dinero recibido; circunstancia que no hace más que validar la afirmación indicada.

Acordado ello, se concluye que cualquier maniobra que recaiga sobre los sistemas informáticos bancarios, que alteren los datos indicados en una cuenta determinada, no provocan una pérdida real del derecho al crédito respecto del titular de la cuenta, sino que, simplemente, importan una maniobra que persigue lograr el error de la entidad bancaria para que reconozca dichos créditos en favor un tercero, y poder proceder al retiro de dicho dinero de las arcas del banco.

En este supuesto, quien resulta víctima del engaño y dispone patrimonialmente no es –como usualmente se piensa– el titular de la cuenta bancaria, sino la entidad de depósito. Y, como ello importa un riesgo propio del negocio, no puede recaer sobre el usuario la pérdida de un derecho por una maniobra ajena, máxime cuando pesa sobre el banco el deber de seguridad e indemnidad (cfr. artículo 5 de la Ley 24.240).

En síntesis, y en lo que respecta al delito de hurto, puede afirmarse que los depósitos bancarios no revisten el carácter de *cosa mueble* y, por lo tanto, no resultan susceptibles de ser apropiados.

Ahora bien, respecto de los nuevos activos digitales, el análisis de sus características distintivas permite formular una afirmación diferente. Las *criptomonedas* y los *NFT* no son derechos a créditos reconocidos por una entidad

bancaria o empresa financiera determinada; ellos representan bienes incorpóreos equiparables a la energía eléctrica, susceptibles de ser apropiados.

Es factible afirmar que ambos bienes sí revisten el carácter de *cosa mueble* que exige el tipo penal de la figura del hurto. Basta con recordar que la legislación vigente no limita el concepto a *bienes tangibles*, sino que además se incluyen fuerzas inmateriales (la energía eléctrica o las fuerzas de la naturaleza susceptibles de ser apropiadas).

La informática procesa datos a través de dispositivos electrónicos, dicho procesamiento no es más que la utilización lógica –y aritmética– de dos estados que se representan por dos niveles de tensión eléctrica: uno alto (*high* o H) y uno bajo (*low* o L). Dichos niveles se representan con ceros y unos para una mejor apreciación matemática.

Así visto, la información digital no es más que energía eléctrica (equiparable a *cosa mueble*) y, por ello, equiparable a una cosa mueble susceptible de apropiación.

Sumado a ello, no puede dejar de advertirse que el auge de los activos digitales –a los que deberán sumarse la configuración de nuevos *metaversos*³⁸– exige una pronta adecuación de la normativa clásica para afrontar los porvenires que deparan estas nuevas realidades. En miras de ello, es un desatino considerar que la información digital no reviste el carácter de cosa y no puede ser pasible de apropiación.

En lo que aquí respecta, queda mucho camino por transitar en materia de delitos informáticos; empero, comparto la postura de aquellos autores³⁹ que sostienen que las normas penales actuales son suficientes en atención a las nuevas tecnologías, sin necesidad de mayores regulaciones (en pos de un reduccionismo penal).

Como se ha dicho, el hurto informático reconoce dos supuestos: cuando el objeto del delito es un dato o información, o cuando se utiliza un medio informático para lograr el apoderamiento de una cosa. En ambos supuestos la

³⁸ El término tiene su fuente en la novela del autor norteamericano Neal Town Stepheson: *Snow Crash* (1992) y refiere a una plataforma digital –mundo virtual– que se propone como lugar de encuentro social y económico, y suele replicar algunas características del mundo físico –tematizadas–. Existen distintos proyectos de universos inmersivos, entre los que se pueden destacar las comunidades virtuales de *Second Life*, *Descentraland*, o *The Sandbox*, entre otras.

³⁹ En este sentido ver: SUEIRO: *Análisis integrado de la criminalidad informática...*, ob. cit., p. 35.

figura prevista por el artículo 162 del Código Penal resulta fácilmente aplicable; ya sea por el carácter de *cosa mueble* del dato digital, o por el hecho de que la modalidad empleada por el autor para procurar el desapoderamiento no resulta relevante para la configuración típica.

Finalmente, no puedo dejar de traer a cuenta la crítica formulada – en el punto 2.4.2 del presente trabajo– a la propuesta legislativa que pretende incorporar una figura especial de hurto «informático»; no sólo por la problemática de exigir la «violación de sistemas de seguridad» o la «ajenidad del dispositivo o sistema informático» en donde se aloja el dato hurtado, sino principalmente por la exigencia de «valor comercial» del dato sustraído.

Es añeja la discusión sobre el «valor» de la cosa sustraída, y puede concluirse que dicho valor no debe ponderarse solamente de forma económica o monetaria, sino que deberán ponderarse otros factores –afectivos, culturales, religiosos, históricos, científicos, etc.– al momento de establecer su valía.

Por todo ello, la aplicación de la figura básica del delito de hurto prevista en el artículo 162 del C. P., no sólo respeta el principio de legalidad, sino que además permitirá dar una respuesta efectiva y adecuada a las diversas problemáticas que se susciten en el marco de las nuevas realidades que se avecinan.

V.- Bibliografía

- **AA. VV.**, en PARADA, Ricardo Antonio y ERRECABORDE, José Daniel (comp.): *Cibercrimen y delitos informáticos*, 1ª ed., Erreius, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018.
- **BOUMPADRE**, Jorge Eduardo: *Tratado de derecho penal. Parte especial*, t. 2, 3ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2009.
- **DONNA**, Edgardo Alberto: *Derecho Penal, Parte Especial*, t. II-B, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2001.
- **GEVA**, Benjamin: “Bank Money. The Rise, Fall, and Metamorphosis of the “Transferable Deposit””, en FOX, David y WOLFGANG, Ernst (Ed.): *Money in the Western Legal Tradition: Middle Ages to Bretton Woods*, Oxford: Oxford University Press, 2016.
- **SUAREZ PUGA**, Ernesto Alejandro: “Naturaleza y régimen jurídico de las criptomonedas” en *InDret. Revista para el análisis del derecho*, en (<https://indret.com/naturaleza-y-regimen-juridico-de-las-criptomonedas/>).

- **SUEIRO**, Carlos [et. al.]: *Análisis integrado de la criminalidad informática*, 1ª ed., Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2007.
- **SUEIRO**, Carlos Christian: *Criminalidad informática: La eficiencia político-criminal de la reforma al Código Penal en materia de delitos informáticos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016.