

# Límites de la equivalencia funcional (y de la comodidad del Legislador) en el Derecho Penal

Ernesto Liceda

Grupo de Estudio de la Complejidad en la Sociedad de la Información –GECSEI-, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, [www.gecsi.unlp.edu.ar](http://www.gecsi.unlp.edu.ar)  
Abogado. Auxiliar Docente de Investigación. [ernestoliceda@jursoc.unlp.edu.ar](mailto:ernestoliceda@jursoc.unlp.edu.ar)

**Resumen** El trabajo analiza algunas de las repercusiones causadas en el Código Penal luego de la reforma al art. 77 C.P. por la Ley 26388.

**Palabras clave:** equivalencia funcional, figura delictiva, delincuencia informática

**Abstract.** This paper analyzes some of the impacts the amendment that the Law 26388 introduced in art.77 of the Penal Code caused in that legal body.

**Keywords:** functional equivalence, delictive figure, cyber criminality.

## 1 Introducción

El fin de este trabajo es demostrar, desde el análisis de algunos artículos del Código Penal, que el principio de la equivalencia funcional debe ser utilizado con cautela y conlleva necesariamente, como requisito previo, el análisis del sistema jurídico donde va a ser utilizado.

En las palabras de Nino:

“Un análisis lógico de los enunciados legislativos puede llevar a descalificarlos o a mostrar consecuencias no previstas por sus autores.

Debe tenerse en cuenta que las normas que un legislador sanciona, se insertan en un sistema integrado también por otras normas; por lo cual, de la combinación de las normas que un legislador dicta con las otras que ya pertenecen al sistema o forman parte de él en un futuro, podrán derivarse consecuencias no advertidas quizá por dicho legislador, o bien surgir problemas lógicos —como contradicciones, lagunas, redundancias— que no se presentan en las normas aisladas, sino una vez que entran en relación con el resto del sistema jurídico.” [1]

Con el avance de la Sociedad de la Información se ha ido incorporando en cada sistema jurídico un progresivo entramado de parches compuesto por nuevos institutos o sucedáneos electrónicos de otros originariamente previstos para su formalización en

soporte papel. Todo ello realizado, las más de las veces, sin una previa ponderación de su impacto en el juego de las demás normas con las que esas novedades están llamadas a interactuar [2].

Pocos esfuerzos se destinan a analizar cómo los instrumentos que están siendo creados en virtud de las demandas del desarrollo tecnológico y de la Sociedad de la Información interfieren en el sistema jurídico vigente.

## 2 El principio de equivalencia funcional

El principio de equivalencia funcional es aquel que propone que nuevas situaciones planteadas por la incorporación de TICs a cuestiones jurídicas tengan la misma solución que la que se les daba cuando se resolvían en formato papel<sup>1</sup>. Así tenemos casos como el de la ley 25.506 que equipara los efectos de la firma digital al de la firma ológrafa. Pero todo tiene un límite. No todo se limita a habilitar un cambio de soporte cuya implicancia jurídica se resuelve con un simple “tendrá los mismos efectos que...”.

La ley 26.388 nos brinda nuevos casos para el análisis de la cuestión dentro de un campo tan sensible como lo es el derecho penal.

## 3 La figura delictiva

Un método de estudio de la legislación penal que permite determinar qué conductas van a ser consideradas delitos es el de la figura delictiva.

La figura delictiva “es el trozo más pequeño de texto legal que opera como condición necesaria de una pena” [3]. Ella no se identifica con un artículo dado, puede estar conformada por una parte de un artículo o formada por dos o más artículos.

El propósito de definir a un trozo de texto como **mínimo**, radica en hacer más minucioso y detallado el análisis de los textos legales.

Ouviña [4] nos dice que es necesario estudiar los símbolos que aparecen en cada figura delictiva para lograr una buena comprensión de la misma. Para esto divide a los símbolos en jurídicos y científicos por un lado y en normativos y no normativos por el otro. Dentro de los jurídicos vuelve a distinguir cuatro subconjuntos.

- Aquellos con un **significado imperativo** en el conjunto normativo estudiado, como por ejemplo el CP en sus arts. 77 y 78; a los que llamaremos símbolos jurídicos del primer tipo;
- Aquellos con un **significado imperativamente establecido** en otra parte del conjunto normativo, como otra ley, por ejemplo el Código

---

<sup>1</sup> A modo de ejemplo ver la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, arts. 6 a 8.

Civil (el concepto de "cosa" del art 2311; y de "cosa mueble" de los artículos 2318 y 2319); a estos los llamaremos del segundo tipo;

- Aquellos cuyo **significado se encuentra especificado** en el segmento del conjunto normativo que se analiza. Ejemplos: "Ley" en la Constitución Nacional; "Duelo" en el Código Penal. Podemos llamar a estos símbolos, símbolos jurídicos del tercer tipo.
- Aquellos cuyo **significado se encuentra especificado** en otra parte del conjunto normativo. Por ejemplo: "Ley" en el Código Penal; "matrimonio" en el Código Penal; a los que podemos convenir en llamar símbolos del cuarto tipo.

Esta clasificación de los símbolos jurídicos nos servirá de guía en la realización del presente trabajo.

#### **4 Breve explicación del art. 77 C.P.**

El artículo 77 del CP tiene por función el determinar la interpretación que debe darse a determinados conceptos o vocablos. Como dice Ouviaña, los símbolos que aparecen en este artículo tienen un significado imperativo y, por tanto, su interpretación no es opcional, no es posible apartarse de ella.

La ley 26.388 incluyó en este "diccionario" penal los siguientes párrafos:

El término "documento" comprende toda representación de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento, archivo o transmisión.

Los términos "firma" y "suscripción" comprenden la firma digital, la creación de una firma digital o firmar digitalmente.

Los términos "instrumento privado" y "certificado" comprenden el documento digital firmado digitalmente.

Dicho esto pasemos al análisis de algunos de los resultados prácticos de esta reforma.

#### **5 Firma en blanco**

Un primer ejemplo lo podemos ver en el art. 173 inc. 4 donde se puede leer que:

“El que cometiere alguna defraudación abusando de firma en blanco, extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo que la dio o de tercero”.

Analizando este artículo podemos verlo conformando lo siguiente:

“El que cometiere alguna defraudación abusando de ¿firma digital en blanco?, extendiendo con ella algún documento digital en perjuicio del mismo que la dio o de tercero”. Es decir que tendríamos que contar con la posibilidad de tomar un documento digital en blanco, que ya esté firmado digitalmente, y agregarle contenido

sin que por ello se pierda la firma original. Esto suena al menos complejo (e incluso imposible) y, por tanto, podríamos estar en presencia de un absurdo.

Otra interpretación que cabe sería que tomáramos como equivalente el hecho de que un particular le da a otro acceso a su clave privada para que extienda documentos digitales por él. Creo que la validez de esta interpretación es, como mínimo discutible, ya que podríamos caer en otras figuras mas no en la del art. 173 inc. 4.

## **6 Materias o instrumentos destinados a falsificaciones**

Otro ejemplo bastante interesante lo tenemos en el art. 299 que dice:

Sufrirá prisión de un mes a un año, el que fabricare, introdujere en el país o conservare en su poder, materias o instrumentos conocidamente destinados a cometer alguna de las falsificaciones legisladas en este Título

Precepto cuya figura delictiva la podemos armar del siguiente modo:

“el que conservare en su poder instrumentos conocidamente destinados a adulterar un documento digital verdadero de modo que pueda resultar un perjuicio”

Nuñez, citado por Donna, afirma que "no basta que las materias o los instrumentos puedan servir para cometer falsificaciones o que se los este utilizando para ello. Es necesario que, con arreglo a su propia naturaleza, estén destinados, según es notorio, para cometer alguno de los delitos previstos en el Capítulo III, del Título XII, del Libro Segundo. No es necesario, empero, que ese destino sea exclusivo"[5]. Es claro que una computadora es un instrumento conocidamente destinado a adulterar un documento (incluso uno no digital) desde hace varios años. Este artículo configura una figura delictiva de peligro abstracto y por tanto, siguiendo textualmente este artículo, todo aquel que tenga una computadora tendría que ser condenado, ya que no se requiere ningún fin sino simplemente el hecho de conservar en su poder tal instrumento y conocer sus aptitudes para falsificar.

## **7 Instrumentos públicos**

Un caso bastante más grave y complejo está dado por los instrumentos públicos ya que, como veremos a continuación, el legislador ha omitido algunos detalles.

Existen en el derecho penal dos tendencias sobre lo que debe interpretarse que son los documentos y los instrumentos. Por un lado la tendencia restrictiva o civilista y por el otro la amplia. La primera entiende que cuando en el código penal se habla de instrumento y documento públicos y privados los mismos deben ser entendidos según lo dispuesto en el código civil. La segunda, en cambio, le da al concepto documento una valoración independiente de lo dispuesto en el código civil. [6]

Donna se inclina por la primera entendiendo que no es necesario nuevas definiciones en el derecho penal de aquellos institutos que ya están definidos en el código civil, idea que comparto pero, creo que lo que sí puede hacer el código penal es recortar o ampliar la interpretación de estos artículos cuando la restricción o la

ampliación del concepto se encuentre establecida en el cuerpo legal y no esté librada a la interpretación de la doctrina o los jueces.

Para entender cuáles son los problemas referidos a los instrumentos públicos deberemos tener en cuenta dos cuestiones fundamentales dentro del principio de legalidad:

- 1- nulla pena sine lege scripta et stricta [7]<sup>2</sup>.
- 2- Mandato de certeza.[8]<sup>3</sup> [9]<sup>4</sup>

### 7.1 Primera interpretación

Siguiendo estos principios creo que podemos plantear que en el actual código penal no existe el delito de falsificación de instrumento público digital.

En el afán de equiparar todo lo digital a lo existente para otros formatos nuestro legislador ha creado una pequeña laguna en la que, al parecer, se ahogaron los instrumentos públicos digitales.

Empecemos con el art. 77 in fine:

Los términos "instrumento privado" y "certificado" comprenden el documento digital firmado digitalmente”

Este párrafo, que equipara los instrumentos privados y los certificados a los documentos digitales firmados digitalmente, permite ser interpretado, siguiendo un criterio estricto de interpretación, de la siguiente manera:

Siendo que el documento digital firmado digitalmente está comprendido en los términos instrumento privado y certificado, no puede, por tanto, ser comprendido por otros términos.

### 7.2 Segunda interpretación

Si bien es posible buscar otra interpretación recurriendo a otras leyes, lo cierto es que el hecho de que se haya convertido un símbolo jurídico de segundo grado (la interpretación de documentos digitales de la ley 25506) en uno de primer grado (art. 77 in fine) torna poco viable esa posibilidad. Es decir, el legislador específicamente y en dos ocasiones (Leyes 26388 y 25506) validó esta redacción del artículo. No sólo

---

<sup>2</sup> “La analogía está prohibida no sólo en la creación de tipos penales, sino también en la creación de penas y de otras consecuencias, tales como las medidas de seguridad.”[...] “no hay duda que la prohibición es para ambas partes del derecho, es decir, la parte especial y la parte general.”

<sup>3</sup> El principio de legalidad, como bien lo dice Roxin, exige que la pena no sólo se fundamente en una norma escrita, sino además que se determine con certeza mediante esa ley. De modo que un precepto que quede indeterminado, tanto en sí como en la sanción, aun cuando sea mediante ley del Congreso de la Nación violará el principio de ley previa. Idem (2) pero pág. 18.

<sup>4</sup> Zaffaroni tomo V pág. 113 “La legalidad de la pena no se contenta hoy con el requerimiento de que la pena se halle prevista con anterioridad en la ley penal, sino que demanda también cierto grado de determinación o criterio claro e inequívoco de determinabilidad. Hay magnitudes de indeterminación de las penas que afectan seriamente el principio de legalidad y rondan la inconstitucionalidad de la disposición legal que las contiene...”.

eso sino que en el art. 51 de la ley 25506 dice específicamente “equiparación a los efectos del derecho penal” reconociendo la posibilidad de que sin esta modificación al Código Penal se pudiera interpretar alguna otra cosa.

Esto sumado al art. 297 que establece que “Para los efectos de este Capítulo, quedan equiparados a los instrumentos públicos los testamentos ológrafos o cerrados, los certificados de parto o de nacimiento, las letras de cambio y los títulos de crédito transmisibles por endoso o al portador, no comprendidos en el artículo 285”. Lo que, a todas luces, pareciera ser una enumeración taxativa y que no incluye los instrumentos públicos digitales.

Entonces se abren más caminos interpretativos, o bien todos los documentos digitales son privados (incluso aquellos firmados digitalmente por un funcionario público en ejercicio de sus funciones) o bien seguimos con la clásica diferenciación entre los instrumentos privados y los públicos, en cuyo caso, la falsificación de estos últimos no sería punible.

### **7.3 Tercera interpretación**

Sin querer complicar más las cosas creo que podemos agregar que se discute si los documentos digitales firmados entre privados son instrumentos privados o públicos, en vista de que el valor asignado a este documento en el art. 6 de la ley 25506 declara que “Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura”, instrumento público por excelencia (art.979 inc.1 CC).

Esta discusión tendrá repercusiones de relevancia para el derecho penal. A modo de ejemplo veamos el art. 292 1° párrafo: “El que hiciere en todo o en parte un documento falso o adultere uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, si se tratare de un instrumento público y con prisión de seis meses a dos años, si se tratare de un instrumento privado.”

Si no tomamos como válida la interpretación al art. 77 propuesta anteriormente, los efectos serían:

En el caso de que los documentos digitales firmados entre particulares fueren considerados privados, el llevar a cabo la acción típica sería castigado con reclusión o prisión de seis meses a dos años. En cambio si fuesen considerados instrumentos públicos, el mismo hecho sería penado de uno a seis años. Pequeña diferencia.

Si tomamos como válida la interpretación dada al art. 77, los efectos serían algo distintos:

Si fuesen privados, la acción típica sería penada de seis meses a dos años.

Si fuesen públicos no existiría conducta punible en lo referente a los documentos digitales.

Siendo que las normas penales se ajustan a un uso directivo del lenguaje, creo que podemos citar a Genaro Carrió cuando nos dice que no “tiene sentido afirmar que una ley penal [...] es verdadera o falsa, pero si lo tiene preguntarnos si es justa o injusta, oportuna o inoportuna, progresista o retrógrada” a lo que podemos agregar ‘real o imaginaria, posible o imposible’ [10].

## 8 Conclusiones

El principio de equivalencia funcional ha cumplido y cumple una función muy importante para el derecho, el permitir la utilización de las TICs y asignar a los actos mediados por ellas el valor jurídico derivado del cumplimiento de los preceptos formales tenidos en vista por el legislador inicial, ignorando las diferencias materiales de los soportes. Pero a veces las diferencias materiales importan, no siempre es posible equiparar cosas que son diferentes.

Sí bien resulta cómodo para ‘modernizar’ las normas crear una que simplemente equipare soportes dejando de lado las diferencias materiales, no se puede soslayar la importancia de llevar a cabo un análisis profundo de las interrelaciones de las normas y de su juego armónico. El hecho de no realizar dicho análisis hace perder coherencia al marco jurídico, se pierde la razonabilidad del sistema.

En el ejemplo tomado del art. 173 inc. 4 lo que parece grave no es tanto que sea imposible el hecho de abusar de firma digital en blanco sino que no se haya advertido la necesidad de analizar si ese hecho es o no posible.

El caso del art. 299 lo traigo a colación porque, si bien no se vincula directamente con el art. 77 ni con el principio de equivalencia funcional, es una clara demostración de lo que puede ocurrir cuando el legislador, en su afán sancionatorio, dicta normas sin pensar en la realidad que lo rodea. Y lo que es peor, las urgencias modificatorias llegan sólo cuando hay que crear nuevos delitos o cuando se habla de agravar penas mas no cuando es necesario darle coherencia al cuerpo legal.

## Referencias

1. Nino, Carlos S., “Introducción al análisis del Derecho” Ed. Astrea, 2º edición. Colección Mayor Filosofía y Derecho 2003, pág 247. ISBN: 950-508-098-0.
2. Olivera N y Proto A. “Information Society: The Problem Of Law In Terms Of The ‘Legal Complexity’ Notion”, IADIS International Conference E-Society 2009 Conference, Barcelona, España, 2009. Proceedings, Vol. II, p.3-7 ISBN: 978-972-8924-78-
3. Domenech, Ernesto E. FCsJyS UNLP, Figura Delictiva. Material de Cátedra, 2000.
4. Texto original de Guillermo J. Ouviaña con modificaciones de Ernesto Domenech, Introducción al Estudio de la Figura Delictiva, Material de Cátedra, 1996
5. Donna, Edgardo A. “Derecho Penal Parte Especial” Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004 T. IV pág. 286, ISBN 950-727-552-5
6. Donna, Edgardo A. “Derecho Penal Parte Especial” Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004 T. IV pág. 133, ISBN 950-727-552-5
7. Donna, Edgardo A “Teoría del Delito y de la Pena”. Ed. Astrea, 2º edición 1996, T. I pág 12. 950-508-372-6
8. Donna, Edgardo A “Teoría del Delito y de la Pena”. Ed. Astrea, 2º edición 1996, T. I pág 18. 950-508-372-6
9. Zaffaroni Eugenio R. “Tratado de Derecho Penal Parte General” Ed. Ediar T. V pág. 113 I.S.B.N. 950-574005-2

10. Carrio, Genaro. "Notas sobre Derecho y Lenguaje" Ed. Abeledo-Perrot, 2006  
ISBN: 950-20-1730-7.