

Delitos informáticos en Argentina

por Mauro Borione (borione@fibertel.com.ar)

Hasta el momento, nuestro país carece de toda legislación penal relacionada con los delitos informáticos. Por lo tanto, hoy, y atentos a la estricta prohibición de analogía que rige en el ámbito penal -como también a su sistema de numerus clausus-, resulta legalmente imposible el reproche punitivo sobre sujetos conocidos desde los medios como “ciber-delincuentes”.

Prueba de ello da un reciente fallo¹ del Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Correccional, donde el juez de instrucción consideró la conducta como atípica, frustrando así la progresión hacia el segundo elemento de la teoría del delito (acción típica, antijurídica y culpable). La querrela fue desestimada, pues hubo inexistencia de delito. En el particular se dijo que el acceso indebido a una cuenta de correo electrónico y la posterior presentación en un juicio civil de información que se encontraba allí archivada, no encuadra dentro del delito de violación de correspondencia (art. 153 CP), pues lo violado no fue una correspondencia, sino simplemente datos almacenados en una casilla de correo.

Sin embargo, en Octubre de 2006, desde el Congreso Nacional se inició un proyecto de ley² tocante a los delitos informáticos, el cual ya fue aprobado por la Cámara de Diputados y actualmente se encuentra bajo tratamiento del Senado, junto con los comentarios³ realizados sobre él por la ONTI (Oficina Nacional de Tecnologías de Información). La futura ley -los optimistas esperan su promulgación antes de que finalice 2007- modificará diversos artículos del Código Penal, pretendiendo adaptar con cautela los tipos penales ya existentes a estas nuevas modalidades delictivas -para reducir un impacto indeseado en otros cuerpos legales-, y principalmente, evitar que continúen resultando impunes por causa del vacío normativo.

Dada la importancia del tema, a continuación analizaremos pormenorizadamente cada artículo del proyecto en cuestión y sus fundamentos, en conjunto con las recomendaciones de la ONTI.

DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL

En cuanto a esta sensible clase de delitos, se modifica el art. 128 por el siguiente:

¹“N/N”, Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Correccional Nro. 9, 11/04/2007. Publicado en LA LEY el 30/07/2007.

² H. Cámara de Diputados de la Nación. N° de Expediente 5864-D-2006. Trámite Parlamentario 145 (04/10/2006).

³ “Cambios en el Proyecto de Ley de Delitos Informáticos”. 24/10/2007. <http://www.canal-ar.com.ar/Noticias/Noticiamuestra.asp?Id=5051>

“Artículo. 128: Será reprimido con prisión de uno a cuatro años el que produjere, facilitare, divulgar, financiare, ofreciere, comerciare, distribuyere o publicare por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho años en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, así como toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales.

La pena será de seis meses a dos años para quien tuviere en su poder imágenes de las descriptas en el párrafo anterior con fines de distribución o comercialización.

Será reprimido con prisión de un mes a un año quien facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce años.”

Así, en el primer párrafo se agrega “por cualquier medio” para incluir a Internet (de hecho, el más popular por estos días en cuanto a pornografía infantil); y la figura de “representación”, pues su versión anterior sólo penaba imágenes reales, admitiéndose ahora también las simulaciones.

El segundo párrafo adentra la “tenencia”, con el objetivo de englobar a todos los sujetos intervinientes en la ejecución del delito. Sin embargo, en este aspecto sigue sin pensarse a quien colecciona o consume pornografía infantil (ya que no tiene fin comercial o de distribución).

En el tercer párrafo se redujo la pena máxima para armonizarla con las modificaciones recién comentadas. El documento de la Subsecretaria de Gestión Pública sugiere agregar además la expresión “a sabiendas” en dicho párrafo, para de esta manera excluir a los proveedores de Internet (ISP), quienes en principio no tienen responsabilidad alguna sobre el hecho.

DELITOS CONTRA LA PRIVACIDAD

La reforma establece una modificación en el nombre del capítulo III del Título V del libro II, agregando “... y de la Privacidad” al previo “Violación de secretos”. De esta manera se refuerza la tutela del bien jurídico privacidad -antes protegido sólo en la correspondencia y papeles privados- hacia medios nuevos. Por otro lado, el término resulta acorde con la actualidad tecnológica, donde es frecuentemente utilizado.

Es muy importante aquí la aclaración del Art. 3 del proyecto que equipara legalmente la correspondencia epistolar y la de telecomunicaciones (correo electrónico, chat, mensajería instantánea), pues si bien no son comparables en cuanto a su proceder material, se unifican en razón de proteger al bien “privacidad”. Con dicha equiparación queda eliminada toda duda interpretativa por parte de los magistrados.

El art. 153 es sustituido por:

“Artículo 153: Será reprimido con prisión de quince días a seis meses el que abriere o accediere indebidamente a una comunicación electrónica, una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza que no le esté dirigido, o se apoderare indebidamente

de una comunicación electrónica, de una carta, de un pliego, de un despacho o de otro papel privado, aunque no esté cerrado; o suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o comunicación electrónica que no le esté dirigida.

Será reprimido con prisión de 1 mes a 1 año, quien comunicare a otro o publicare el contenido de una carta, escrito, despacho o comunicación electrónica. "

Como vemos, la modificación agrega los medios electrónicos (en general) junto con los ya existentes. Pero, como también elimina la referencia a "culpable" del antiguo segundo párrafo, la ONTI considera que así pierde el carácter de figura calificada de la acción descrita en primer párrafo, formándose un tipo independiente no deseado. Sugiere, entonces, reunirlo con el párrafo anterior para acentuar su sentido.

Con el Art. 153 bis se adiciona al Código Penal un artículo íntegramente nuevo, sólo dedicado a delitos informáticos:

"Artículo 153 bis: Será reprimido con prisión de quince días a seis meses, si no resultare un delito mas severamente penado, el que ilegítimamente y a sabiendas accediere por cualquier medio sin la debida autorización o excediendo la que posea, a un sistema o dato informático de acceso restringido.

La pena será de un mes a un año de prisión cuando el acceso fuese en perjuicio del sistema informático de un organismo público estatal o de un proveedor de servicios públicos. "

Este artículo presenta un carácter residual o subsidiario, pues de no poder probarse un delito más grave con el cual concurre, tendrá validez por si. Vale decir que dentro del "sistema o dato informático de acceso restringido" también están incluidos los domésticos o hogareños, como por ejemplo una PC ordinaria, la cual es igualmente pasible de ser vulnerada en su seguridad. Por otra parte, dada la subjetividad del intruso en cuanto al saber sobre lo que hace o no hace, aquí no resulta habilitado el dolo eventual.

Se incorporan además los artículos 153 ter y quater, el primero con el fin de reprimir a quienes vulneren la privacidad del otro mediante escucha, interceptación, grabación, transmisión, o reproducción de voz, sonido o imagen, y revelen u obtengan lo conseguido a terceros. El segundo se refiere al que indebidamente interceptare, captare o desviare comunicaciones postales, telecomunicaciones o cualquier otro sistema de envío o de paquete de datos de carácter privado de acceso restringido o revelare indebidamente su existencia.

El nuevo artículo 155 agrega explícitamente: una comunicación electrónica, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, a la previa "correspondencia no destinada a la publicidad".

Por su parte, el modificado artículo 157 se ocupa de incluir la palabra "datos" y "cualquiera sea el soporte en el que estén contenidos", para ampliar las posibilidades que habiliten el castigo penal ante la revelación de hechos secretos dictaminados por ley.

Finalizando con lo relativo a la privacidad, se sustituye el inciso 3 del artículo 157 bis por:

"Art. 157 bis inciso. 3: Indebidamente insertare o hiciere insertar datos en un archivo de datos personales o proporcionare a un tercero información contenida en un archivo de datos personales o revelare a otro información registrada en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la ley."

Sin embargo, la ONTI recomienda otra redacción más completa, para así abarcar una universalidad de conductas dañosas:

Art. 157 "Inciso 3: Indebidamente proporcionare o revelare a otro información registrada en un archivo o banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la ley o de cualquier forma utilizare los datos personales en perjuicio de su titular o de un tercero."

FRAUDE

Hasta ahora, el atípico fraude informático se disputó sin éxito entre dos clases de delitos, algunos autores lo consideraban una forma especial de fraude⁴ (que equiparaba maquinas con humanos), mientras que otros lo asimilaban al hurto. Con la incorporación del inciso 16 al artículo 173, dicha ambigüedad se extingue, pues si bien es considerado como otra forma de defraudación, no se aplica el sistema clásico de ardid-error-perjuicio patrimonial.

"inciso. 16: Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que con el fin de obtener un beneficio patrimonial para sí o para otros, provoque un perjuicio en el patrimonio de un tercero mediante la introducción de datos falsos, la alteración, obtención ilícita o supresión de los datos verdaderos, la incorporación de programas o la modificación de los programas contenidos en soportes informáticos, o la alteración del funcionamiento de cualquier proceso u operación o valiéndose de cualquier otra técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático, o la transmisión de los datos luego de su procesamiento."

Sin embargo, en el texto aprobado la redacción arriba citada fue suplantada por la siguiente:

"Inciso 16: El que defraudare a otro mediante cualquier técnica de manipulación y actuando sin la autorización del legítimo usuario del equipamiento, que altere el normal funcionamiento de un sistema informático, o la transmisión de los datos luego de su procesamiento."

La ONTI considera que el texto final hace resurgir el debate sobre "hacer caer en un error a una maquina", en especial por el uso de la clásica expresión inicial "el que defraudare a otro...". Es claro que la Cámara de Diputados se mostró reticente ante la innovación penal, pero la Oficina especializada sugirió una tercera redacción, más bien similar a la original:

"inciso. 16: El que con el fin de obtener un beneficio patrimonial para sí o para otros, provoque un perjuicio en el patrimonio de un tercero mediante la introducción de datos informáticos, la

4 "Delitos informáticos". Palazzi, Pablo Andrés (2000). Pág. 99.

alteración, obtención ilícita o supresión de los datos verdaderos, la incorporación de programas o la modificación de los programas contenidos en soportes informáticos, o la alteración del funcionamiento de cualquier proceso u operación o valiéndose de cualquier otra técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de los datos luego de su procesamiento."

DAÑO

La legislación vigente impide aplicar la noción de "daño" sobre datos o programas, ya que estos son intangibles y el código penal sólo se refiere a cosas tangibles (muebles, inmuebles o animales). Por ello, se agregan dos párrafos al art. 183, que permiten su protección jurídica e incluso, aunque sin mencionarlo propiamente, abarcan el concepto de "virus informático"- cuya existencia en verdad ya tiene varias décadas-

"Se impondrá prisión de un mes a dos años, al que, por cualquier medio, destruyere en todo o en parte, borrar, alterar en forma temporal o permanente, o de cualquier manera impidiere la utilización de datos o programas, cualquiera sea el soporte en que estén contenidos durante un proceso de comunicación electrónica.

La misma pena se aplicará a quien vendiere, distribuyere o de cualquier manera hiciere circular o introdujere en un sistema informático, cualquier programa destinado a causar daños de los descritos en el párrafo anterior, en los programas de computación o en los datos contenidos en cualquier tipo de sistema informático y de telecomunicaciones."

Por último, se sustituye el inciso 5 del artículo 184, agregando a él los sistemas informáticos y bases de datos públicos:

"inciso. 5: Ejecutarlo en archivos, registros, museos o en puentes, caminos, paseos u otros bienes de uso público; o en tumbas, signos conmemorativos, monumentos, estatuas, cuadros u otros objetos de arte colocados en edificios o lugares públicos; o en sistemas informáticos o de bases de datos públicos."

INTERRUPCION DE LAS COMUNICACIONES

Con la modificación del artículo 197, se abandona la mención a medios específicos (antes, "comunicación telegráfica o telefónica") por una definición mucho más amplia que incluye, naturalmente, a los medios informáticos:

"Artículo. 197: Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que interrumpiere o entorpeciere toda comunicación establecida por cualquier medio, o resistiere violentamente el restablecimiento de la comunicación interrumpida".

Si el proyecto resulta aprobado, ataques conocidos como “denegación de servicio” (DoS⁵), los cuales producen la inaccesibilidad a un sitio web durante determinado periodo de tiempo, podrían recaer dentro de este tipo penal.

ALTERACION DE PRUEBAS

Con el fin de proteger la conservación de objetos de prueba no convencionales, especialmente los informatizados, se modifica la primera parte del artículo 255.

"Artículo. 255: Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el que sustrajere, alterare, ocultare, destruyere, o inutilizare en todo o en parte, objetos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente, registros, documentos, cualquiera fuese el soporte en el que estén contenidos, confiados a la custodia de un funcionario público o de otra persona en el interés del servicio público. Si el culpable fuere el mismo depositario, sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo."

FALSIFICACION DE DOCUMENTOS ELECTRONICOS

Al agregarse un nuevo párrafo al artículo 77, se actualiza el concepto de “documento”, siendo ahora uno de origen informático equiparable a otro de papel, y por tanto, pasible de falsificación.

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

Como comentario final sobre el proyecto de ley, resta decir que su inminente aprobación dará nacimiento a prácticamente una nueva rama del derecho penal en nuestro país, resultando un gran desafío tanto para abogados -mediante defensas inéditas-, como para fiscales -con la muy difícil tarea de probar en este campo- y también de jueces -fallando correctamente desde sus inicios-. En cualquier caso, esperamos que el supuesto poder preventivo del sistema penal tenga efecto, al menos, sobre esta moderna clase de criminales.

⁵ “Ataque de denegación de servicio”.

http://es.wikipedia.org/wiki/Ataque_de_denegaci%C3%B3n_de_servicio