

SIMPOSIO "LA GLOBALIZACIÓN Y EL ROL DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN AMÉRICA LATINA"

COORDINADORES

JUAREZ CENTENO CARLOS A. BORGARELLO E.SUSANA

PONENCIAS COMPLETAS

Nuevas tecnologías y el derecho a la comunicación

**Carlos A. Juárez Centeno
Esther Susana Borgarello**

: Universidad Nacional de Córdoba

Resumo

El desarrollo experimentado en las últimas dos décadas de la tecnología ha producido un cambio trascendente en la comunicación y es motora del proceso de globalización y mundialización cambiando profundamente los modos de vida. Se crea la sensación de unificación de una multiplicidad de culturas y prácticas sociales, donde las diferencias y particularidades son borradas. Se plantea la visión de un mundo sin fronteras producto de las nuevas tecnologías y también junto a la comunicación aparece la responsabilidad jurídica; responsabilidad jurídica que se diluye en el anonimato producto de un mundo donde las fronteras se borran y los rostros se difuminan, cometándose infracciones internacionales como pornografía infantil, estafas, violación de propiedad intelectual de autores anónimos escondidos en la web.

Palabras claves: Globalización- Delito informático- Web-

Introducción

Para analizar la conducta penal y su sanción debemos previamente remitirnos al concepto de responsabilidad. La palabra *responsabilidad* proviene del latín *responsum*; es decir, sujeto de una deuda u obligación. La responsabilidad puede ser definida como el cumplimiento con el deber de asumir las consecuencias de nuestros actos.

Según el Diccionario de la lengua española Espasa-Calpe¹: responsabilidad puede ser definida desde tres supuestos:

-Cumplimiento de las obligaciones o cuidado al hacer o decidir algo.

-Hecho de ser responsable de alguna persona o cosa: por ejemplo el cuidado de las mascotas es responsabilidad de sus dueños.

¹ <http://www.wordreference.com/definicion/responsabilidad/> enero 2011.

-Obligación de responder ante ciertos actos o errores: por caso el incendio fue responsabilidad de un fumador que tiró una colilla encendida.

El uso jurídico de la palabra proviene al parecer de finales del siglo XIII, poco antes de la revolución francesa, por influencia jurídica de Inglaterra.

La responsabilidad jurídica debe entenderse, desde la perspectiva de la persona que conscientemente ejecuta un acto libre y de hacerse cargo de las consecuencias de sus actos; surge cuando el sujeto transgrede un deber de conducta señalado en una norma jurídica que tiene la característica de ser coercitiva. La responsabilidad jurídica podemos desdoblarla en civil y penal.

Concepto de responsabilidad civil

Para que los hechos se constituyan en fuente de derecho y de actos jurídicos, deben ser actos humanos positivos o negativos, acciones u omisiones. Salvados los actos externos en que la voluntad no tiene parte, los hechos suponen intención y voluntad, siendo la ley la que establece la relación entre el hecho y la consecuencia jurídica. En otros términos, los hechos sólo producen efectos jurídicos en tanto la ley se los concede. Y esos hechos voluntarios requieren discernimiento, intención y voluntad- aunque algunos entiendan que pueden reducirse a la intención-, pudiendo ser lícitos o ilícitos y estos últimos ser delitos del derecho criminal, del derecho civil o simplemente ilícitos que no son delitos sino cuasidelitos. En relación a sus consecuencias, éstas pueden ser inmediatas, mediatas, casuales y remotas, según respondan al curso natural y ordinario de las cosas, o de la conexión del hecho con un acontecimiento distinto, o cuando no han podido preverse, o que carecen de nexo de causalidad, respectivamente. La responsabilidad por los actos voluntarios o teoría de la imputabilidad de las consecuencias, deriva de la culpa o del dolo. Y en este orden, es importante recordar que cuanto mayor es la libertad que se tiene, mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas y, por tanto, mayor la obligación que resulta de las consecuencias posibles de los hechos (art. 902 Código Civil). Las dos primeras(inmediatas y mediatas) son imputables al autor de hecho; las terceras cuando debieron resultar según las miras que tuvo al ejecutar el hecho (arts. 903, 904 y 905 Código Civil); y las últimas, en ningún caso son imputables al autor del hecho por ausencia

del nexo de causalidad (art. 906 Código Civil). La ley sustantiva considera doloso al acto cuando intencionalmente se provoca un perjuicio a otro, y culposo cuando el perjuicio se causa por desidia, inadvertencia o negligencia. De todo ello surge que para la existencia de un acto ilícito se requiere: 1) violación de la ley; 2) daño causado a tercero; y 3) causalidad entre el daño y el acto realizado

Conforme al principio de legalidad, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe (art. 19 Constitución Nacional). De allí deriva la norma del art. 1066 del Código Civil que dispone que "ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto lícito se le podrá aplicar pena o sanción de este código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto"².

Responsabilidad Penal

En esta responsabilidad concurren similares elementos de la responsabilidad civil (hecho humano, voluntario, ilícito, culpable y la relación causal) con las siguientes diferencias:

No siempre se requiere la existencia del daño derivado de un hecho ilícito para que exista la responsabilidad penal. Son los llamados delitos formales, como sería la tentativa o la supresión de estado civil, por ejemplo. Por más, que el sujeto no haya podido consumar el delito por un hecho ajeno a su voluntad, todo el preparativo configura delito en grado de tentativa porque la ley lo prevé. Lo mismo ocurre con la supresión del estado civil: es delito que a un menor se lo saque de su familia marginal para ubicarlo en una familia de la realeza con lo cual se lo estaría protegiendo. En suma, hay que decir que el código penal protege bienes jurídicos previamente estipulados en ley.

Para que exista delito penal, la acción u omisión antijurídica y culpable, debe adecuarse a un tipo predeterminado de acción definida por el verbo (apoderarse, desviar, demorar...) que recae sobre un objeto concreto (menos de 15 años, morada, negocio...) y una modalidad comisiva-omisiva (a sabiendas, indebidamente).

Los delitos penales no se reparan sino que se retribuyen (corrigen) normalmente con una pena privativa de libertad.

² Ver "**SARMIENTO, RAMON IGNACIO C/ LA VOZ DEL INTERIOR Y OTRO - ORDINARIO**" Sentencia n° 56 Camara civil y comercial Prov. de Córdoba 30 de mayo de 2000 Voto dl dr Sahab.

Comete delito quien es imputable (mayor de 16 años y se encuentra en la plenitud de sus facultades mentales) y sólo puede eximirse de pena si converge una causal de justificación (defensa propia, obediencia debida).

Entonces encontramos que los elementos para la configuración del delito penal son:

-la tipicidad, o sea la identificación de los elementos normativos del tipo legal.

-la antijuricidad, tanto material (violación de los bienes jurídicos) como formal (violación de las normas).

-la culpabilidad que consiste en un reproche formulado contra quien obra libremente, en contra del orden jurídico pre-establecido, lo que presupone que el individuo tiene la capacidad de comprender el objetivo de su acción y de orientar su comportamiento en función de uno de la realización de esa acción. Su capacidad esta en relación con las posibilidades que tiene de prever las consecuencias de su acción y del conocimiento que posee respecto a la causalidad. De allí habrá dolo o culpa.

La finalidad de la acción - la intención- constituye el elemento central del tipo subjetivo. Los elementos subjetivos son partes intrínsecas de la tipicidad.

Es necesario separar, claramente, las infracciones dolosas de las culposas ya que el Código específicamente se refiere a la intención dolosa; cuando es culposa debe estar específicamente contemplada por el legislador.

Entonces señalamos como características: la formación de la voluntad, la posibilidad de reprochar, la imputabilidad es decir la capacidad para actuar culpablemente. Hay 2 formas de actuar culpablemente: Dolo: voluntad de obrar según los elementos del tipo y tener plena conciencia de que se obra antijurídicamente. Culpa: a título de impericia, negligencia o imprudencia: incurre en un error, en una falta de cuidado; ha infringido un deber de cuidado pero sin voluntad de causar ese resultado aunque sí de preverlo.

Ahora bien, en función del art. 19 de la Constitución Nacional “Nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda....”; y el art. 18 respecto del principio de legalidad (esto es: que nadie puede ser penado sin ley previa al hecho), es que podemos afirmar desde una perspectiva básica, el delito es una acción antijurídica, típica y culpable.

El delito es un hecho jurídico, es decir, de implicancia jurídica, por cuanto el derecho le atribuye consecuencias jurídicas, el nacimiento de derechos para el agraviado y para el Estado, Como el delito es un hecho jurídico voluntario, supone que él es ante todo un

hecho humano y no un hecho natural. Es una acción, un obrar con efectos comprobables en el mundo exterior, y no una mera declaración de voluntad; es una acción voluntaria, consciente, por lo tanto imputable, es decir, referible al sujeto activo como propia.

En síntesis, la responsabilidad es penal cuando hay un hecho ilícito susceptible de sanción a título de dolo o culpa.

La responsabilidad penal es la obligación de soportar las consecuencias del delito. La consecuencia específica del delito es la pena, la que sólo puede imponerse al autor o partícipe de un delito, que sea personalmente responsable.

Para que a un sujeto se lo considere penalmente responsable, es preciso que el delito que se le imputa o atribuye esté configurado con todos los elementos esenciales para su existencia:

Debe haber una acción o hecho sólo se consideran los humanos, únicos capaces de producir efectos jurídicos determinados (exhibición obscena, robo, homicidio etc. Esos hechos deben ser antijurídicos, es decir contrarios al Derecho Positivo, en contra del orden normativo de la sociedad. También deben ser típicos, es decir caracterizados como conducta punible. Expresamente previsto en la ley (Código Penal). El autor o partícipe debe ser imputable, es decir capaz de comprender la criminalidad del acto y de dirigir sus acciones y culpable, que haya obrado con dolo o culpa sin ninguna causal de justificación.

Estos son los presupuestos necesarios para que pueda hablarse de responsabilidad penal.

Clasificación de los tipos de delito

Los delitos podemos clasificarlos en

- Delitos de acción o de omisión, para lo cual se debe observar a la conducta del sujeto activo para su comisión.

Son delitos de Acción: Los que se cometen por medio de una conducta positiva, es decir hacer o dar.

Son delitos por omisión: los que requieren de un comportamiento negativo, de un no hacer o ejecutar una determinada obligación, deber o acción.

-Delitos de conducta (formales) o de resultado en cuanto a las consecuencias producidas por el delito.

Los delitos de resultado son los que para su consumación exigen - además de la conducta del sujeto activo- que se produzca un determinado efecto, que no se exige en los de conducta; estos últimos se configuran con la inobservancia de una obligación que no tiene incidencia visible.

- Delitos de daño o de peligro, conforme el resultado que produce el delito. En el primer caso se exige para su configuración que el bien tutelado jurídicamente sea destruido o disminuido mientras que en el segundo basta con la amenaza de un daño o peligro inminente, determinado y grave.

- Delitos instantáneos y permanentes, derivado de la continuidad de la conducta que requiere para su existencia. Delitos instantáneos son los que con la sola realización de la conducta, acción u omisión, por el sujeto activo quedan tipificadas, en los permanentes la situación dañosa o de peligro se prolonga en el tiempo a causa de la continuidad del comportamiento del sujeto.

Concepto de 'Delito informático'³

El fenómeno de la globalización provocado por la evolución de las nuevas tecnologías informáticas ha generado consecuencias directas en lo jurídico, aparecen nuevas cuestiones como por caso la violación de la intimidad (a través de los cookies o fragmentos de información que se almacena en el disco duro de una computadora cuando se usa el navegador, a solicitud del servidor de la página.); los contratos a través de Internet con sus respectivos subtemas: el consentimiento; el lugar de celebración, etc.; la aparición de los nuevos contratos shrink wrap (son contratos que contienen cláusulas prohibiendo la copia del software excepto la copia de seguridad); la jurisdicción que analizará los pleitos judiciales; la legislación aplicable; la utilización de "meta-tags"(etiquetas html que se incorporan en el encabezado de una página web invisibles para el usuario pero muy útiles para navegadores u otros programas que se valen de esa información); el envío de spams (correo basura); la problemática de los registros de nombres de dominio de Internet; los "hackers"(en lenguaje común intrusos que invaden una computadora produciendo daños o tomando ilegalmente información); la responsabilidad por "hijacking" (secuestro, hurto o robo de información); los problemas por el "deep link"(enlace profundo para llegar a

³ Para la definición de cookies, shrink wrap, hijacking, hackers, deep link, etc véase: <http://es.wikipedia.org/>

cierta información); las nuevas responsabilidades profesionales (por ejemplo, en la instalación de firewalls - es un software o hardware utilizado en redes de computadoras para controlar las comunicaciones, permitiéndolas o prohibiéndolas con el objeto de proteger una red confiable-; las nuevas cuestiones en el derecho laboral (v. gr. Cyberslacking u holgazanes, aquellos empleados que durante la jornada laboral se dedican a navegar por Internet por motivos diferentes a sus obligaciones),

Y así junto a las nuevas relaciones nacidas a la luz de la informática aparecen nuevas conductas delictivas.

Podemos definir el “delito informático” como el delito o ilícito realizado por medio de operaciones ilícitas a través de la web o que tienen como objetivo destruir y dañar computadoras, medios electrónicos y redes de Internet. Sin embargo, hay que considerar que las especificaciones que definen un delito informático son complejas e incluyen delitos tradicionales como la estafa, el hurto, pornografía infantil, entre otros, por medio de Internet

Entre las conductas ilícitas se puede mencionar: ingreso ilegal a sistemas, interceptado ilegal de redes, interferencias, daños en la información como por caso el borrado, daño, alteración o supresión de datos, alteración en el uso de las computadoras, acosos, estafas, los hackers que violan contenidos de seguridad, violación de la propiedad intelectual, violación de correspondencia electrónica etc.

Categorías:

Delitos para alterar las redes de comunicación- como es por caso gusanos y virus- conducta ilícita tendiente a causar daño informático (cracking), que va dirigida esencialmente a menoscabar la integridad y disponibilidad de la información;

Delitos realizados por medio de computadoras para obtener datos o mostrar comportamientos ilícitos, por ejemplo, espionaje, estafa, pornografía infantil. Aquí podemos hablar de dos subcategorías:

A- Se busca el acceso ilegítimo informático o intrusismo informático no autorizado (hacking) que supone vulnerar la confidencialidad de la información en sus dos aspectos: exclusividad e intimidad.

B- la estafa o fraude informático, por el cual se utiliza el medio informático como instrumento en detrimento del patrimonio de un tercero.

Hay autores que diferencian entre los “delitos informáticos” en los que el “objeto del delito es la información” y los “delitos computacionales” como puede ser un fraude por Internet, delitos contra el honor, amenazas, coacciones o extorsiones⁴.

Las características que diferencian a un “crimen tradicional” de un “cybercrimen”: es que mientras el primero se destaca por su proximidad, es previsible y que conlleva un alto riesgo, el segundo tiene como particularidad el anonimato, impredecibilidad y bajo riesgo.

Durante el Primer Congreso Latinoamericano de Técnicas de Investigación Criminal celebrado en setiembre de 2010 en Buenos Aires señaló el abogado penalista Marcos Salt que el gran problema en materia penal es que utilizamos leyes de soberanía nacional cuando Internet no tiene fronteras, asimismo otro conferencista, el abogado Miguel Justo advirtió acertadamente que todos los delitos del Código Penal pueden ser cometidos por Internet⁵.

En el Congreso mencionado se hace referencia a la diferencia entre la evidencia física y la evidencia digital. Los códigos argentinos no están pensados para la segunda. Se señala al respecto los límites de la “libertad probatoria” a través de un en Alemania, donde un juez, advertido por expertos en informática, ordenó el secuestro de información “a distancia”. El tribunal superior rechazó esa medida porque no estaba prevista en el ordenamiento procesal.

De cualquier forma, se debe destacar que la problemática de estos delitos que para la protección es insoslayable la necesidad de cooperación internacional para definir y reprimir los delitos informáticos. La razón estriba en que la web excede las posibilidades de control de los Estados Nacionales.

La Convención sobre Cyberdelito de Budapest es la primera convención internacional sobre el tema y fue redactada en 2001 por el Consejo de Europa, junto a Estados Unidos, Canadá, Japón, Costa Rica, México y Sudáfrica.

El Gobierno argentino anunció su intención de adhesión al convenio internacional que rige en materia de delitos cometidos a través de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en marzo de 2010. Aunque cabe señalar que abogados especialistas en

⁴ **Todos los delitos del Código se pueden cometer por Internet.** Diario judicial 10 setiembre 2010. Diario digital.

⁵ Art. Ct. Diario judicial 10 setiembre 2010. Diario digital.

la temática advierten que sería muy complejo porque la mayoría de las empresas informáticas tienen a sus servidores fuera del país⁶.

Conclusiones

La responsabilidad jurídica debe entenderse, desde la perspectiva de la persona que conscientemente ejecuta un acto libre y de hacerse cargo de las consecuencias de sus actos; surge cuando el sujeto transgrede un deber de conducta señalado en una norma jurídica que tiene la característica de ser coercitiva.

El fenómeno de la globalización provocado por la evolución de las nuevas tecnologías informáticas ha generado consecuencias directas en lo jurídico, aparecen nuevas cuestiones como por caso la violación de la intimidad; la aparición de nuevos contratos o los tradicionales ahora realizados a través de la web –y con ello la problemática de la legislación aplicable–; el envío de spam; los "hackers", etc. Es así que junto a las nuevas relaciones generadas a raíz del desarrollo de la informática aparecen nuevas conductas delictivas, aparece el “delito informático” o ilícito realizado por medio de operaciones contrarias al derecho a través de la web o que tienen como objetivo destruir y dañar computadoras, medios electrónicos y redes de Internet. A la par, hay que considerar que las especificaciones que definen un delito informático son complejas e incluyen asimismo delitos tradicionales como la estafa, el hurto, pornografía infantil, entre otros, por medio de Internet

Entre las conductas ilícitas se puede mencionar: ingreso ilegal a sistemas, interceptado ilegal de redes, interferencias, daños en la información como por caso el borrado, alteración o supresión de datos, alteración en el uso de las computadoras, acosos, estafas, hackers que violan contenidos de seguridad, violación de la propiedad intelectual, violación de correspondencia electrónica etc. Dentro de estos nuevos delitos podemos encontrar dos categorías, por un lado aquellos destinados a alterar las redes de comunicación con el objeto de menoscabar la integridad y disponibilidad de la información; y por otro a aquellos delitos por medio de computadoras que tienen por objeto el acceso ilegítimo informático que supone vulnerar la confidencialidad de la información o mostrar comportamientos

⁶ Art. Ct. Diario judicial 10 setiembre 2010. Diario digital.

ilícitos, o con el objeto de apoderarse del patrimonio ajeno ilegítimamente a través de la estafa o fraude informático, utilizando el medio informático como instrumento.

Hemos señalado que hay autores que diferencian entre los “delitos informáticos” en los que el “objeto del delito es la información” y los “delitos computacionales” como puede ser un fraude por Internet, delitos contra el honor, amenazas, coacciones o extorsiones⁷.

Las características que diferencian a un “crimen tradicional” de un “cybercrimen”: es que mientras el primero se destaca por su proximidad, es decir que es previsible conllevando un alto riesgo, el segundo tiene como particularidad el anonimato, impredecibilidad y bajo riesgo.

Durante el Primer Congreso Latinoamericano de Técnicas de Investigación Criminal celebrado en setiembre de 2010 en Buenos Aires se señaló que el gran problema en materia penal es que se usan leyes de soberanía nacional cuando Internet no tiene fronteras, haciéndose notar que todos los delitos contenidos dentro del Código Penal pueden ser cometidos por Internet⁸.

De cualquier forma, la web excede las posibilidades de control de los Estados Nacionales, por lo que la problemática de estos delitos es que para una efectiva protección es necesaria la cooperación internacional tanto para definir como para reprimir los delitos informáticos.

Uno de los delitos bajo análisis es de la página paralela o “phishing”, esto es aquella página paralela, con apariencia similar a la web original con intención de causar un daño patrimonial a un tercero. En relación a las estafas por la web, por ley 26.388 sancionada el 4 de Junio de 2008 y promulgada de hecho el 24 Junio de 2008, se incorpora el inciso 16 del artículo 173 del Código Penal.

Desde el punto de vista jurisprudencial mencionamos el caso G. R. y otros/procesamientos” - de jurisdicción nacional- caso en que los imputados utilizan un “phishing” o página paralela para obtener los datos necesarios para poder operar en la cuenta bancaria del damnificado, El tribunal señala la existencia del engaño para obtener ilegítimamente un beneficio patrimonial en detrimento de un tercero, por lo que encuadra en la figura legal del artículo 173, inciso 16, del Código Penal.

⁷ **Todos los delitos del Código se pueden cometer por Internet.** Diario judicial 10 setiembre 2010. Diario digital.

⁸ Art. Ct. Diario judicial 10 setiembre 2010. Diario digital.

