

GUSTAVO EDUARDO ABOSO

Doctor en Derecho – UNED, Madrid (España)

Profesor de Derecho Penal

Universidad Nacional de Buenos Aires, Universidad Austral,
Universidad Nacional de Mar del Plata, Universidad de Belgrano y
Universidad de Azuay – Cuenca (Ecuador)

Defensor de Cámara en lo Penal, Contravencional y de Faltas
Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

DERECHO PENAL CIBERNÉTICO

*La cibercriminalidad y el Derecho Penal
en la moderna sociedad de la información
y la tecnología de la comunicación*

Prólogo de

MIRENTXU CORCOY BIDASOLO

editorial
B de f
Montevideo - Buenos Aires

2018

Julio César Faira - Editor

ÍNDICE

| | |
|--------------------|------|
| ABREVIATURAS..... | XVII |
| PRÓLOGO..... | XXI |
| PRESENTACIÓN | XXV |

Capítulo I

LA INTEGRIDAD Y EL FUNCIONAMIENTO DE LOS SISTEMAS DE ALMACENAMIENTO Y TRATAMIENTO DE DATOS EN LA MODERNA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y LAS TELECOMUNICACIONES

| | |
|--|----|
| 1. Introducción | 1 |
| 2. Origen de las redes telemáticas..... | 5 |
| 3. El cambio de paradigma en la tutela de los derechos de los ciudadanos a partir de la revolución informática..... | 7 |
| 4. Características propias de la criminalidad informática..... | 14 |
| 5. Desafíos de la globalización informática para el moderno Derecho Penal..... | 28 |
| a) Anonimato..... | 31 |
| b) Bajo costo | 35 |
| c) Vulnerabilidad de los sistemas y redes telemáticas.... | 36 |
| d) La integridad, funcionalidad y confidencialidad de los sistemas informáticos como nuevos bienes jurídicos..... | 37 |
| e) Delitos a distancia y conflictos jurisdiccionales..... | 41 |
| 6. La tutela de la información en el marco internacional. El Convenio sobre la Ciberdelincuencia (Budapest, 2001)..... | 58 |
| 7. Las políticas estratégicas en materia de ciberseguridad adoptadas por los Estados Unidos y el Reino Unido | 62 |

| | |
|--|----|
| 8. La Organización de Cooperación de Shanghái (OCS) .. | 64 |
| 9. La autodeterminación informativa como eje del nuevo Derecho informático | 65 |
| 10. El concepto de “información” | 72 |
| 11. Valoración provisoria | 75 |

Capítulo II

PROBLEMÁTICA DE LOS DELITOS INFORMÁTICOS

| | |
|---|-----|
| 1. Introducción..... | 77 |
| 2. Problemas de la aplicación espacial de la ley penal: “Caso Yahoo!”..... | 78 |
| 3. Participación de personas jurídicas en su comisión | 88 |
| 4. Extradición | 101 |
| 5. Los comportamientos abusivos cometidos a través de Internet..... | 101 |
| a) Fraudes cometidos a través de la manipulación de sistemas informáticos | 103 |
| b) Copia ilegal de <i>software</i> y espionaje informático.... | 105 |
| c) Sabotaje informático | 105 |
| d) Uso ilegítimo de sistemas informáticos ajenos | 106 |
| e) Acceso a sistemas informáticos sin autorización (<i>Computerhacking</i>) | 106 |

Capítulo III

INTERNET Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

| | |
|---|-----|
| 1. Introducción..... | 109 |
| 2. La libertad de prensa y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación | 110 |
| 3. La libertad de expresión en el mundo virtual | 116 |
| 4. Limitaciones a la libertad de expresión en Internet ... | 125 |
| 5. Valoración provisional | 138 |

Capítulo IV

DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD Y LA PRIVACIDAD *Acceso indebido a comunicaciones electrónicas, datos sensibles y sistemas informáticos*

| | |
|---|-----|
| 1. Introducción..... | 141 |
| 2. El marco constitucional de la tutela del ejercicio de la libertad..... | 143 |

| | |
|---|-----|
| 3. El delito de acceso ilegítimo a una comunicación electrónica..... | 152 |
| 4. El acceso ilegítimo de comunicaciones electrónicas en el ámbito laboral..... | 167 |
| 5. El delito de acceso no autorizado a un sistema o dato informático..... | 177 |
| 6. El delito de publicación abusiva de correspondencia ... | 187 |
| 7. El delito de revelación de secreto oficial y datos informáticos | 189 |
| 8. Valoración provisoria | 194 |

Capítulo V

LOS DELITOS DE DISTRIBUCIÓN DE IMÁGENES PORNOGRÁFICAS DE MENORES, ORGANIZACIÓN DE ESPECTÁCULOS PORNOGRÁFICOS CON MENORES DE EDAD, FACILITACIÓN DE ACCESO Y SUMINISTRO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO

| | |
|--|-----|
| 1. Introducción. La incidencia de los medios de comunicación masivos en la posibilidad de comisión de este delito | 197 |
| 2. Bien jurídico..... | 207 |
| 3. Tipicidad objetiva..... | 209 |
| 3.1. Acciones típicas | 209 |
| 3.2. Sujeto pasivo | 222 |
| 3.3. Sujeto activo..... | 222 |
| 3.4. Responsabilidad penal de los medios de comunicación | 222 |
| 3.5. Responsabilidad penal del titular de la computadora | 225 |
| 3.6. Responsabilidad penal de los padres, encargados o tutores de los menores de edad | 225 |
| 3.7. Responsabilidad penal de las personas jurídicas.... | 226 |
| 4. El delito de organización de espectáculos en vivo con escenas pornográficas en las que participan menores de dieciocho años (art. 128, párrafo segundo, del Cód. Penal)..... | 227 |
| 5. El delito de facilitación de acceso a espectáculos pornográficos o suministro de material pornográfico a menores de catorce años (art. 128, párrafo tercero, Cód. Penal)..... | 228 |
| 6. Tipicidad subjetiva..... | 230 |

| | |
|---|-----|
| 7. Consumación y tentativa | 230 |
| 8. Casos jurisprudenciales | 232 |
| 9. Prescripción de la acción penal..... | 235 |
| 10. Valoración provisoria | 236 |

Capítulo VI

CONTACTO TELEMÁTICO CON MENORES DE EDAD CON FINES SEXUALES (*CHILD GROOMING*)

| | |
|---|-----|
| 1. Introducción: El nuevo art. 131 del Código Penal argentino..... | 237 |
| 2. Análisis dogmático del delito de contacto telemático de menores de edad con fines sexuales | 241 |
| 3. Valoración provisoria | 253 |

Capítulo VII

STALKING Y CYBERSTALKING: *El dominio de la víctima mediante terror psicológico como nueva expresión de atentado contra la libertad personal*

| | |
|---|-----|
| 1. Introducción..... | 255 |
| 2. Análisis dogmático de la figura de <i>stalking</i> | 267 |
| 3. ¿Necesidad político-criminal de esta figura? | 283 |
| 4. Sentido y alcance del <i>cyberstalking</i> | 288 |
| 5. Valoración provisoria | 291 |

Capítulo VIII

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD (I): ESTAFA Y FRAUDES INFORMÁTICOS

| | |
|--|-----|
| 1. Introducción..... | 293 |
| 2. El bien jurídico patrimonio. Concepto y alcance..... | 298 |
| 3. Utilización fraudulenta de tarjeta de compra, crédito o débito | 302 |
| 3.1. Modalidad de falsificación de tarjetas para su uso fraudulento..... | 310 |
| 4. Fraude o estafa informático (<i>Computerbetrug</i>) | 314 |
| a) <i>Phishing</i> | 326 |
| b) <i>Pharming</i> | 335 |
| 5. Aspectos generales del fraude informático..... | 336 |
| 5.1. Ausencia de consentimiento | 336 |
| 5.2. Sujeto pasivo | 336 |

| | |
|--|-----|
| 5.3. Perjuicio patrimonial | 337 |
| 5.4. Autoría y participación..... | 342 |
| 5.5. Tipicidad subjetiva..... | 344 |
| 5.6. Consumación y tentativa | 345 |
| 6. Otras formas de presuntos fraudes informáticos..... | 346 |
| 7. Valoración provisoria | 348 |

Capítulo IX

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD (II):
 DAÑO INFORMÁTICO, EXTORSIÓN
 ONLINE Y PROPIEDAD INTELECTUAL

| | |
|--|-----|
| 1. Introducción..... | 351 |
| 2. Daño o sabotaje informático | 353 |
| 2.1. Delito de facilitación de programas dañinos | 363 |
| 2.2. Daño informático cualificado..... | 371 |
| 3. Extorsión <i>online</i> (“ <i>online extortion</i> ”) | 371 |
| 4. Derecho comparado..... | 372 |
| 5. Delitos contra la propiedad intelectual..... | 374 |
| 6. Valoración provisoria | 378 |

Capítulo X

DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA.
 FALSIFICACIÓN ELECTRÓNICA

| | |
|--|-----|
| 1. Introducción..... | 381 |
| 2. Bien jurídico tutelado | 384 |
| 3. El delito de falsificación de documentos en el Código Penal argentino..... | 389 |
| 4. Falsificación de prueba en un proceso | 395 |
| 5. Falsificación de medios de pago | 399 |
| 6. Valoración provisoria | 400 |

Capítulo XI

CIBERTERRORISMO: ¿REALIDAD O FICCIÓN?

| | |
|--|-----|
| 1. Introducción..... | 401 |
| 2. Concepto y alcance del ciberterrorismo..... | 407 |
| 3. Características particulares del terrorismo cibernético..... | 409 |
| 4. Respuestas desde el Derecho Penal contra el ciberterrorismo..... | 418 |
| 5. Valoración provisoria | 422 |

Capítulo XII

RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS
PROVEEDORES DEL SERVICIO DE INTERNET

| | |
|--|-----|
| 1. Introducción..... | 425 |
| 2. La autodeterminación informativa y el derecho “al olvido” en Internet | 426 |
| 3. La responsabilidad de los proveedores de servicio en la sociedad de la información a través de la jurisprudencia..... | 432 |
| 3.1. “Cubby Inc. v. CompuServe Inc.” (1991) | 433 |
| 3.2. “Zeran v. America Online Inc.” (1997)..... | 434 |
| 3.3. Caso “CompuServer Deutschland” (1998)..... | 438 |
| 3.4. Críticas al fallo del AG München en el caso “CompuServer Deutschland” | 441 |
| 3.5. “United States vs. Thomas” | 444 |
| 4. Creación de un link o enlace para la comisión de delitos | 445 |
| 5. Las leyes 25.690, 26.032 y 27.078..... | 446 |
| 6. La responsabilidad de los proveedores intermediarios de servicios en la jurisprudencia argentina..... | 448 |
| 7. La responsabilidad de los proveedores intermediarios de servicios en la jurisprudencia comunitaria: Google Spain, S.L. y Google Inc./Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González (2014) | 450 |
| 8. Aplicación de las reglas de participación criminal a los proveedores de servicio de Internet | 454 |
| 9. El conocimiento fehaciente como presupuesto normativo de responsabilidad | 467 |
| 10. Responsabilidad de los establecimientos comerciales que brindan servicio de Internet | 470 |
| 11. Valoración provisoria | 471 |

Capítulo XIII

TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN Y VIGILANCIA
ELECTRÓNICAS EN EL PROCESO PENAL Y EL DERECHO
A LA PRIVACIDAD EN LA MODERNA SOCIEDAD
DE LA INFORMACIÓN

| | |
|--|-----|
| 1. Introducción..... | 475 |
| 2. Concepto de Derecho Penal informático | 487 |

| | |
|---|-----|
| 3. Monitoreo <i>online</i> (<i>Durchsuchung</i> , §§ 102 a 110 del Código Procesal Penal alemán) | 489 |
| 4. Almacenamiento temporario de comunicaciones | 501 |
| 5. Videovigilancia y supervisión electrónica (videocámaras y GPS) | 508 |
| 6. Interceptación y monitoreo de comunicaciones telefónicas y telemáticas | 516 |
| 7. La inviolabilidad de datos sensibles almacenados en dispositivos electrónicos por la autoridad pública (el caso de la telefonía celular) | 526 |
| 8. Vigilancia electrónica aplicada como medio sustitutivo al encierro | 534 |
| 9. Pedido de información a los proveedores de servicio en Internet en el marco del proceso penal | 536 |
| 10. Almacenamiento y tratamiento de datos relativos al procedimiento penal y registro de condenas por delitos sexuales | 539 |
| 11. ¿Qué queda en pie del derecho a la privacidad?..... | 540 |
| 12. Conclusiones | 548 |

Capítulo XIV

CONCLUSIONES

| | |
|--------------------|-----|
| Conclusiones | 553 |
| BIBLIOGRAFÍA | 567 |