

DE LA H.

MENSAJE DE S.E. EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA CON EL QUE INICIA UN PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL CODIGO PENAL, CON EL OBJETO DE RECEPCIONAR, EN LOS TIPOS PENALES TRADICIONALES, NUEVAS FORMAS DELICTIVAS SURGIDAS A PARTIR DEL DESARROLLO DE LA INFORMATICA.

SANTIAGO, septiembre 25 de 2002

M E N S A J E N° 13-348/

ØHonorable Cámara de Diputados:

A S.E. EL
CAMARA DE
PRESIDENTE
DIPUTADOS.

1En uso de mis facultades constitucionales, someto a vuestra consideración un proyecto de ley que modifica el Código Penal, con el objeto de recepcionar -en los tipos penales tradicionales- nuevas formas delictivas surgidas a partir del desarrollo de la informática.

A. ANTECEDENTES SOBRE EL DELITO INFORMÁTICO.

21. El creciente desarrollo de tecnologías, que permiten el almacenamiento, procesamiento y transmisión de grandes cantidades de información virtual, no sólo ha revolucionado los hábitos de trabajo y comunicación de las personas, sino que ha traído consigo importantes desafíos de adaptación jurídica.

3En el ámbito específico del Derecho Penal, tanto la experiencia comparada como también, paulatinamente, la experiencia nacional, han demostrado que el avance tecnológico trae consigo también nuevos peligros y nuevas formas de ataque contra bienes jurídicos relevantes.

4Así, conductas como el fraude informático (por ejemplo, la distracción de fondos desde cuentas corrientes mediante medios informáticos); la obtención indebida de suministros de telecomunicaciones (clonación de teléfonos celulares o la obtención indebida de señales de televisión por cable, por ejemplo); el acceso no autorizado a información contenida en sistemas computacionales (el denominado hacking); la falsificación de documentos electrónicos y tarjetas de crédito; y la destrucción de datos contenidos en sistemas computacionales, son algunas de las nuevas formas delictivas que han ido surgiendo como consecuencia del explosivo fenómeno tecnológico referido.

52. Estas nuevas formas delictivas han sido categorizadas por la doctrina bajo la denominación "delitos informáticos". En general, puede entenderse como delito informático toda conducta, atentatoria de bienes jurídicos relevantes, que suponga el uso de medios informáticos en alguna de sus fases de ejecución. Quedan, por cierto, incluidas en la categoría aquellas conductas que recaen directamente en objetos no corporales, asociados al desarrollo tecnológico informático (documentos electrónicos, datos, etc.).

6En este contexto, es pertinente tener presente que la doctrina es prácticamente unánime en señalar que no estamos frente a "nuevos delitos", sino más bien ante nuevas formas de ejecutar las conductas típicas tradicionales.

7De todas formas, en este nivel aparece con fuerza la pregunta por la capacidad o idoneidad de nuestro ordenamiento penal para hacerse cargo de esta "nueva realidad".

B. LEY N°19.223, QUE TIPIFICA FIGURAS PENALES RELATIVAS A LA INFORMÁTICA.

81. La Ley N° 19.223 de 1993, haciéndose cargo de la realidad comentada, introdujo por primera vez en nuestro país la penalización de algunos delitos vinculados al ámbito informático.

9 Concretamente, la Ley N° 19.223 consta de cuatro artículos, mediante los cuales se sanciona el acceso -con ánimo de apropiación, uso o conocimiento- a información contenida en redes informáticas, el daño de los sistemas informáticos (hardware), así como el daño y divulgación de los datos contenidos en dichos sistemas.

10

112. Lamentablemente, a pesar de la gran innovación que representó en su momento, la Ley N° 19.223, ha resultado de muy escasa aplicación hasta la fecha. Ello ha sucedido tanto por problemas relativos al alcance de la normativa, como por dificultades propias de la técnica de tipificación utilizada. Estas dificultades han sido las siguientes:

12a. En cuanto a su alcance, cabe señalar que la ley 19.223 no aborda satisfactoriamente una serie de conductas asociadas al fenómeno delictivo en cuestión.

13 El fraude informático no ha sido especialmente tratado, y su subsunción dentro de los tipos de la Ley N° 19.223 es -según se detallará más adelante- fuertemente problemática.

14 En seguida, aunque prevista, también la hipótesis de acceso no autorizado a información contenida en sistemas computacionales (hacking) ofrece problemas, en razón de la exigencia de concurrencia de un elemento subjetivo adicional (ánimo de apropiación, uso o conocimiento).

15 En otro orden de cosas, es cuestionable que, como se desprende de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, sus disposiciones sean también aplicables a la afectación del hardware y de datos no informáticos, con lo cual el legislador abandonó el propósito inicial de hacer frente a los desafíos de las nuevas tecnologías, alterando sin fundamento claro parcelas plenamente abarcadas por la legislación anterior.

16b. En cuanto a la técnica utilizada por la Ley N° 19.223, ella siguió el modelo legislativo francés (Ley Godfrain, de 1988), que obedece a un tratamiento "fenomenológico" de la materia. Es decir, y según se explicará con mayor detalle en el apartado siguiente, la tipificación de las hipótesis delictivas se construyó no tanto sobre la base de los bienes jurídicos en juego, como a partir de las nuevas formas comisivas ofrecidas por el fenómeno informático.

17 En consecuencia, la ley asumió como bien jurídico fundante de la penalización de este tipo de conductas, no ya la intimidad o el patrimonio, sino "la calidad, pureza e idoneidad de la información", como un bien jurídico nuevo, reconocido por el legislador como objeto de protección especial en este ámbito.

18Según se comentará a continuación, esta técnica o método de tipificación ha generado dificultades no menores, principalmente relativas a su legitimación y coherencia normativa.

C. APROXIMACIONES METODOLOGICAS PARA LA PENALIZACIÓN DE LOS DELITOS INFORMÁTICOS. FUNDAMENTOS DE LA PROPUESTA.

19Dos son básicamente las opciones técnicas para recepcionar, en el ordenamiento jurídico penal, esta "nueva realidad", denominada "delito informático".

20La primera consiste en hacer del problema novedoso una pequeña rama del Derecho Penal, configurada precisamente a partir de la nueva casuística; en otras palabras, hacer de la novedad de formas también una novedad de fondo. Este es el modelo al que se ha aludido antes como "fenomenológico".

21La segunda opción, en cambio, procura integrar el problema en el campo ya regulado, introduciendo sólo las correcciones o ampliaciones necesarias en los tipos penales tradicionales.

22En síntesis, la primera opción se centra en el fenómeno criminal; la segunda en el bien jurídico protegido.

23Ahora bien, si nos circunscribimos a las legislaciones europeo-continetales más influyentes en nuestro medio, se puede observar por un lado el modelo francés, y por otro el modelo que rige en Alemania, Italia y España.

24En Francia, se optó por lo que podría llamarse un pequeño "derecho penal informático", en el cual se sancionan per se determinadas conductas relativas a la actividad informática, con total prescindencia de si tales conductas lesionan o ponen en peligro algún bien jurídico como la propiedad, el patrimonio, la intimidad, la seguridad del tráfico jurídico, etc. Las disposiciones respectivas fueron introducidas el año 1988, mediante la llamada Ley Godfrain. Según se ha dicho, nuestra Ley N° 19.223 siguió este modelo.

25En los demás países mencionados, en cambio, los desafíos de la informática fueron abordados "sectorialmente", introduciendo modificaciones en las distintas parcelas del ordenamiento penal que se veían afectadas por el desarrollo informático, fundamentalmente en el ámbito de la protección penal de la intimidad, de la propiedad y el patrimonio, de la fe pública o seguridad del tráfico jurídico, etc. Así ocurrió en Alemania, mediante la Segunda Ley contra la Criminalidad Económica, de 15 de mayo de 1986; en Italia mediante la Ley 547, de 23 de diciembre de 1993 y, en España, con el nuevo Código Penal de 23 de noviembre de 1995.

26La diferencia entre ambos modelos no es sólo estética. Al contrario, en ella están en juego importantes cuestiones valorativas. La aproximación "fenomenológica" desvincula fuertemente la nueva regulación del sistema de valoraciones subyacentes en el ordenamiento penal, dando lugar a numerosos problemas de legitimación y de coherencia normativa.

27En efecto, amén de ser una aproximación conceptualmente menos desarrollada, la regulación fenomenológica no da señales sobre su fundamento: sólo vincula sanciones a determinadas conductas que aparecen como típicas, sin que se reflexione sobre las razones que legitiman tal incriminación. La puerta a la reflexión la abre recién la consideración de los bienes jurídicos protegidos. Sólo desde esa perspectiva pueden detectarse los excesos, como son las hipótesis en que no se vislumbra bien jurídico a proteger, así como, tanto más importante, sólo desde esta perspectiva se puede comprobar la coherencia interna del sistema: ¿por qué el acceso indebido a los datos contenidos en un computador personal debe sancionarse más severamente que la interceptación de correspondencia?, o ¿por qué la alteración de datos que dan cuenta de una situación patrimonial merecen mayor nivel de protección que los datos que, por ejemplo, dan cuenta de una receta de cocina?. Se trata de preguntas que sólo pueden plantearse racionalmente desde la perspectiva del bien jurídico protegido. En definitiva, sólo esta perspectiva - la del bien jurídico - favorece el proceso de vinculación o legitimidad de los tipos penales en relación con los actores llamados a invocarlos y darles aplicación.

28Existe, además, un segundo nivel de fundamentos para optar por el modelo mencionado. Recoger estas nuevas formas comisivas en los tipos tradicionales del Código Penal significa dotarlas -de inmediato y en relación a sus bases- del importante acervo jurisprudencial y doctrinario acumulado durante los años de vigencia de dicho cuerpo normativo. Evidentemente, esta "dote" se traduce en mayor certeza jurídica, atributo que -se comprende- es particularmente precioso tratándose de formas delictivas surgidas a partir de fenómenos como el desarrollo tecnológico. En consecuencia, el modelo aquí auspiciado viene a favorecer, además, un más normal "uso" de estos tipos penales por parte de los actores del sistema: jueces y abogados.

29En síntesis, la recepción del "fenómeno informático" en las figuras tradicionales del Código Penal ofrece la posibilidad para una tipificación coherente (desde el punto de vista del fundamento de la punibilidad), a la vez que sólida, jurídicamente vinculante y de fácil acceso para los actores del foro.

D. PROPUESTA.

301. Siguiendo el segundo modelo expuesto, el presente proyecto propone una serie de modificaciones al Código Penal, con el objeto de recepcionar -en los tipos penales tradicionales- nuevas formas delictivas surgidas a partir del desarrollo de la informática. De esta forma se pretende llenar los vacíos o dificultades que aún después de la Ley N° 19.223 subsisten en nuestro ordenamiento penal.

31En este punto es preciso destacar el importante trabajo previo que se ha estado realizando en conjunto con la Comisión de Ciencia y Tecnología de la Honorable Cámara de Diputados.

322. En el curso del mes de junio se presentó -por los Honorables Diputados Darío Paya Mira, Sergio Correa de la Cerda, Camilo Escalona Medina, Patricio Walker Prieto Iván Norambuena Farías, Juan Bustos Ramírez, Andrés Egaña Respaldiza, Pablo Longueira Montes, Iván Moreira Bustos y Rosauro Martínez Labbé- una moción (boletín 2974-19) para modificar la Ley N° 19.223. Esta iniciativa de ley proponía, además de un incremento de penas para las hipótesis de daño, resolver la problemática que plantea el tipo de acceso ilegal o hacking, eliminando la exigencia de concurrencia del elemento subjetivo especial. Si bien -en esta segunda enmienda- la moción estaba bien inspirada, al tomar como base la Ley N° 19.223 necesariamente venía a representar una consolidación de la metodología antes criticada. La moción fue remitida a la Comisión de Ciencia y Tecnología de la Honorable Cámara de Diputados para su tramitación.

33En el contexto de la discusión de la propuesta de ley en la referida Comisión, las Secretarías de Estado antes mencionadas hicieron valer las razones para adoptar una metodología distinta, es decir, como se ha dicho, recepcionar las nuevas formas delictivas en los tipos penales tradicionales de nuestro Código Penal. Fruto de la convicción adquirida unánimemente por la Comisión de Ciencia y Tecnología en torno a las bondades de este segundo modelo, se presentó una indicación por algunos diputados, miembros de dicha instancia, a fin de concretar -en el contexto de la moción presentada- una solución como la sugerida por el Ejecutivo.

34La indicación presentada recoge algunas de las propuestas originales del presente proyecto, referente a las conductas relativas al acceso no autorizado a información contenida en sistemas computacionales y a los daños a datos albergados en dichos sistemas, pero las concreta mediante modificaciones al Código Penal, adscribiéndose a la visión sistemática del problema que han favorecido los Ministerios. La indicación fue aprobada en la Comisión por unanimidad.

35A continuación se describen brevemente los razonamientos presentados ante la Comisión de Ciencia y Tecnología durante

la discusión de la iniciativa de ley mencionada, con el objeto de posibilitar un análisis conjunto de ésta con la presente propuesta, a la luz de su evidente complementariedad:

36a. Mero acceso a información contenida en sistemas computacionales.

37Esta es la conducta que se imputa a los así llamados "Hackers", o piratas informáticos. Se propuso tipificarlo a propósito de la violación de correspondencia, en el art. 146 C.P., dado que el bien jurídico que se intenta proteger en dicha norma es la intimidad de las personas.

38El artículo propuesto mediante la referida indicación tipifica tanto el acceso no autorizado realizado desde fuera del computador o la red, (como simple intrusión sin autorización que no causa daño), como el así llamado escaneo interno, en el que la persona utiliza una conexión autorizada para conocer información a la que normalmente no tiene acceso. Lo anterior, a menos que el autor comunicara o se aprovechara de la información obtenida, en cuyo caso su conducta estaría tipificada en el artículo 284, modificado mediante el presente proyecto.

39b. Daños a los datos contenidos en sistemas computacionales.

40Se propuso a la Comisión regularlo a propósito de los delitos de daño, en los artículos 485 y 487 del Código Penal.

41Las conductas recogidas por los arts. 1° y 3° de la Ley N° 19.223, sancionan respectivamente al que "maliciosamente destruya o inutilice un sistema de tratamiento de información o sus partes o componentes, o impida, obstaculice o modifique su funcionamiento", aplicándose la pena en el grado máximo "si como consecuencia de estas conductas se afectaren los datos contenidos en el sistema", y al que "maliciosamente altere, dañe o destruya los datos contenidos en un sistema de tratamiento de información". Más aún, tanto de la redacción del art. 1° como de la historia fidedigna de la ley parece desprenderse que también se abarca la destrucción del hardware y de datos no informáticos.

42Al respecto, llama la atención la excesiva severidad con que se aborda la destrucción de estos objetos, sin atender mayormente al valor económico de los mismos. El sistema de cuantías para determinar la pena a aplicar puede, o no, ser considerado un sistema satisfactorio, pero en tanto sea éste el criterio general empleado para la configuración de los delitos contra la propiedad, no se advierten razones de peso para hacer excepciones en este caso.

43Por lo anterior, pareció razonable sugerir la reubicación de la norma de la ley especial en el contexto de los delitos de daños en el Código Penal, introduciendo una novena circunstancia al art. 485 CP. Asimismo, se propuso contemplar

en el art. 487 el entorpecimiento u obstaculización del funcionamiento de un sistema de tratamiento automatizado de la información, hipótesis que apunta a uno de los métodos más populares de ataque informático, denominado de "denegación de servicios". Dicho ataque consiste en la ejecución de un programa que realiza miles de solicitudes simultáneas a un sitio, a veces coordinados entre sí, aminorando la velocidad con la que el servidor recupera las páginas o en algunos casos, inutilizándolo por completo.

44En lo que se refiere a los daños sobre el hardware, contemplados en la Ley N° 19.223, no existe vacío legal ninguno en el propio cuerpo del Código, motivo por el cual se propuso a la Comisión no abordar especialmente dicha circunstancia.

45Luego, considerando que la indicación en cuestión abarcaba prácticamente todas las hipótesis de la Ley N° 19.223 y teniendo presente la inminencia de la presentación del presente proyecto, se propuso a la Comisión la derogación de la Ley N° 19.223.

46Por último, cabe mencionar que se ha tenido presente -tanto por el Ejecutivo que encabezo, como por la Comisión de Ciencia y Tecnología de la H. Cámara de Diputados- que la evidente complementariedad de las iniciativas de ley en cuestión hace perentoria su tramitación simultánea en el contexto legislativo.

473. En concordancia con lo señalado precedentemente, en el presente Mensaje se propone la penalización de las siguientes conductas:

48a. Falsedades documentales: falsificación de documentos electrónicos; clonación y adulteración de tarjetas de crédito.

49El presente proyecto propone regular estas conductas junto a los delitos de falsificación, en los arts. 193 y 197 del Código Penal.

50En efecto, el desarrollo tecnológico también ha dado lugar al llamado comercio electrónico a través de Internet, caracterizado por transacciones no presenciales entre contratantes que por lo general no se conocen personalmente, muchas veces ubicados en lugares muy distantes. A pesar de sus bondades, uno de los principales obstáculos para el mayor desarrollo del comercio electrónico, es su déficit de seguridad y respaldo. La inexistencia o al menos insuficiencia de mecanismos adecuados de respaldo, no ya en términos de garantía del cumplimiento -garantía por naturaleza siempre relativa-, sino más bien en términos de certeza sobre la identidad de la contraparte y sobre el hecho y contenido de sus declaraciones, ciertamente limitan la disposición a

realizar operaciones cuantiosas por este medio y, consecuentemente, limitan su potencial de desarrollo.

51Con ese fin, se dictó recientemente la Ley N° 19.799, sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma, cuyo artículo 3° establece el reconocimiento legal del documento electrónico y de la firma electrónica, y su plena equiparación a los documentos de papel. Este hecho obliga al legislador a hacerse cargo de la posible falsificación de tales documentos y firmas, para lo cual parece recomendable simplemente hacer aplicables las normas sobre falsedades documentales a los documentos electrónicos. En ese contexto, resulta una solución razonable aludir al "documento electrónico" como concepto legalmente definido por la respectiva preceptiva extrapenal, aunque aclarando que sólo respecto de aquéllos válidos y con fuerza probatoria, esto es, aquéllos suscritos por medio de firma electrónica.

52Ahora bien, la consagración legal de los documentos electrónicos, de su validez y fuerza probatoria, permitiría interpretar que, en cuanto documentos, les son directamente aplicables las normas generales sobre falsedad documental sin necesidad de modificaciones legislativas; sin embargo, parece preferible zanjar cualquier duda sobre la incidencia de la normativa extrapenal en el ordenamiento punitivo, especialmente si se tienen en consideración las dudas ya existentes sobre el concepto convencional de documento.

53La adecuación debe efectuarse tanto respecto a los documentos privados como a los instrumentos públicos electrónicos, toda vez que la ley sobre documentos electrónicos y firma electrónica considera ambos. Respecto de los documentos públicos electrónicos, se propone agregar un inciso segundo al artículo 193 del Código Penal, que haga extensivas, respecto de los instrumentos públicos electrónicos, las falsedades previstas en los numerales 2°, 3°, 4° y 7 de este artículo. Tratándose de la falsedad y del uso malicioso de documentos electrónicos privados, se propone la sustitución del inciso segundo del artículo 197 del Código Penal por dos incisos que contemplen la falsedad cometida en letras de cambio u otra clase de documentos mercantiles (incluyendo la forja de tarjetas de crédito, conducta conocida vulgarmente como "clonación de tarjetas de crédito"), así como la forja o alteración de cualquier documento privado electrónico suscrito por medio de firma electrónica.

54b. Violación de secretos del comercio.

55La propuesta propone regular esta conducta modificando el tipo respectivo contenido en el artículo 284 del Código Penal.

56En muchos casos, el acceso a la información contenida en soportes lógicos no sólo representa un atentado contra la

intimidad de las personas, sino que también las puede afectar patrimonialmente, como ocurre con la revelación de secretos industriales, comerciales, del know-how, etc.

57En el derecho chileno, sin embargo, la información con valor económico prácticamente carece de protección penal, como lo demuestran la inexistencia de un delito de espionaje industrial o comercial y el alcance muy limitado del delito de comunicación de secretos de fábrica.

58Ahora bien, tratándose de información contenida en sistemas de tratamiento de la misma, la conducta es en principio subsumible en el artículo 2° de la Ley N° 19.223 y lo seguiría siendo en el nuevo artículo 146 del Código Penal propuesto en la indicación al boletín 2974-19 mencionada con anterioridad, sólo que sin una calificación que se haga cargo del disvalor adicional de la conducta.

59Con todo, no puede obviarse que la propia Ley N° 19.223 se hace cargo, en su artículo 4°, de una hipótesis que, en cuanto desvinculada de una violación de la intimidad, permite abarcar una hipótesis de pura indiscreción. En efecto, dicho art. 4° reprime al que maliciosamente revela o difunde los datos contenidos en un sistema de información, aumentándose en un grado la pena cuando quien incurre en estas conductas es el responsable del sistema de información. Dicha norma abre indiscriminada e injustificadamente el ámbito de la represión penal, porque permite, por ejemplo, sancionar penalmente la divulgación de información que no sólo no afecta la intimidad de las personas sino que es también irrelevante desde otros puntos de vista. En esta perspectiva, parece razonable desvincular el art. 4° de la Ley N° 19.223 de la protección de la intimidad (en esa medida es sustituido sin merma por el nuevo artículo 146 del Código Penal propuesto en la indicación antes señalada), reubicándolo en un mejorado artículo 284 del Código Penal.

60Cabe notar que, en el artículo propuesto se ha reemplazado la expresión "fábrica" por "persona, empresa o institución para quien preste o haya prestado servicios" con el objeto de incluir a todo tipo de empleadores, tanto personas naturales como jurídicas, así como para no restringir la protección de los secretos a aquellos de carácter fabril, sino a cualquiera que tenga valor económico. Asimismo, se ha reemplazado la frase "ha estado o está empleado" por "para quien preste o haya prestado servicios", con el fin de evitar la necesidad de determinar si existe o no relación laboral entre los involucrados.

61Finalmente, cabe aclarar que, como el art. 284 del Código Penal se refiere simplemente a secretos, sin importar donde se encuentran, no parece necesario hacer mención expresa a su almacenamiento en el sistema informático.

62c. Fraudes informáticos.

63El presente proyecto propone regular estas conductas a propósito de las estafas y defraudaciones, en el art. 468 C.P.

64En la actualidad, es posible producir modificaciones patrimoniales indebidas mediante manipulaciones informáticas, consistentes especialmente en la alteración de datos o del funcionamiento de un programa. En principio, estas modificaciones son sólo aparentes, porque suelen afectar sólo los registros que representan la situación patrimonial real, pero son fácilmente irreversibles y representan un peligro tan concreto para el patrimonio que son equiparables al perjuicio. Se prefiere hablar de modificaciones y no de traspasos patrimoniales, para abarcar sin lugar a dudas también situaciones de reducción del pasivo (por ejemplo, evitando o suprimiendo el registro de las compras de un cliente).

65Desde un punto de vista criminológico comparado, estas prácticas -que corresponden a lo que en general se da en llamar "fraude informático"- se han concentrado especialmente en el ámbito del pago de sueldos, facturas y subsidios, así como en el de los estados de cuenta, inventarios o balances.

66Estas manipulaciones pueden ser del input, esto es, introduciendo o modificando los datos que son objeto del proceso informático (por ejemplo, agregando indebidamente nombres en una nómina de sueldos o de beneficiarios de un subsidio o alterando los datos correspondientes a distintos estados de situación: sueldo, descuentos, facturas por pagar, saldo de cuenta corriente, etc.). Dichas manipulaciones habitualmente son realizadas por personas que trabajan en el proceso informático o lo apoyan, pero también pueden ser ejecutadas por agentes externos que, vulnerando la seguridad de los sistemas, acceden a él. Igualmente, es posible manipular un programa para que éste modifique automáticamente los datos de acuerdo con un patrón preestablecido o, especialmente, para impedir el normal desarrollo de los procesos de control que permitirían detectar la alteración del proceso de trabajo principal, sea que ésta se haya efectuado también mediante una manipulación informática o de cualquier otra forma. De las manipulaciones del programa pueden tal vez distinguirse las llamadas manipulaciones de consola, esto es, una acción sobre el hardware (por ejemplo, interrupción del funcionamiento) con el efecto de alterar el funcionamiento normal del programa. Por último, se habla de manipulaciones del output, cuando se modifica el resultado inicialmente correcto del proceso.

67En estos casos, debe descartarse desde luego la aplicación del tipo penal de hurto, porque no hay conducta material de apropiación, precisamente porque el objeto de las manipulaciones son simples estados contables u otros registros o representaciones de situaciones patrimoniales -en algunos

casos del llamado dinero "giral o contable"- que no constituyen cosa (corporal) mueble ajena para los efectos del hurto. Lo dicho, sin contar con que, aunque fuese aplicable el aludido tipo legal, aquél no permitiría abarcar las situaciones de disminución de pasivo.

68 Surge entonces la pregunta de si puede configurarse el tipo de estafa. La respuesta es sencilla cuando la modificación patrimonial se verifica en virtud de una decisión humana de disposición basada en un error producido por la manipulación informática. En este caso, la conducta es plenamente subsumible en el tipo penal de estafa, sea en el art. 468 CP, sea en el art. 473 CP, pues la manipulación informática no es sino el medio empleado para engañar a quien dispone patrimonialmente. Las dificultades surgen recién en aquellos ámbitos donde se han automatizado procesos de trabajo que antes desarrollaban personas físicas, al punto que en muchos casos la actividad autónoma de un sistema informático no sólo sirve de apoyo para la toma de decisiones, sino que dentro de determinado marco es el encargado de tales "decisiones". En este contexto, la manipulación informática puede ciertamente dar lugar a resultados perjudiciales para el patrimonio de determinadas personas, pero sin que resulte clara la concurrencia de un engaño ni del error correlativo ni, consecuentemente, de una disposición patrimonial fundada en un error, tal como requiere el tipo penal de estafa.

69 El principal obstáculo lo representa el "error" en que debe incurrir, producto del engaño, quien realiza la disposición patrimonial perjudicial. En nuestra tradición jurídica debe descartarse un posible "engaño" y consecuente "error" del sistema informático. El error es un fenómeno psicológico que sólo puede darse en personas naturales y no en máquinas, de suerte que el "engaño" al sistema no es sino una metáfora sin relevancia legal. La subsunción de la conducta a título de estafa es concebible, entonces, sólo en cuanto sea posible identificar una persona natural engañada, que es, como se ha dicho, lo dificultoso en estos casos.

70 Al efecto se ha querido echar mano a las personas que ejercen funciones de control y vigilancia del proceso informático; sin embargo, en muchos casos esos controles son aleatorios, con lo que la tipicidad de la conducta queda entregada al azar, sin contar con que, aun cuando se enfrenten a la manipulación sin detectarla, en muchos casos más que darse una "falsa" representación de la realidad no habrá representación alguna.

71 No obstante que un sector de la literatura nacional ya se ha pronunciado contra la aplicabilidad general del tipo de estafa a estas hipótesis, esta relativa indefinición de la dogmática chilena sobre la estafa no permite dar por zanjado el tema, ni aun cuando la eventual intervención humana susceptible de ser calificada de errónea sea meramente formal.

72En resumen, las dudas son tales que la situación no puede calificarse de satisfactoria desde el punto de vista de la actual regulación del tipo de estafa. Tampoco resulta satisfactoria la subsunción en alguno de los tipos penales de la Ley N° 19. 223, los que por su amplitud -piénsese especialmente en el art. 3° que sanciona al "que maliciosamente altere... los datos" o probablemente ya el art. 2° que se hace cargo de quienes acceden al sistema con el propósito de usar los datos- ciertamente permiten sancionar sin mayores problemas las manipulaciones que sirven de base a la estafa, pero al mismo tiempo extienden desmesurada e injustificadamente el ámbito de punición, o al menos destruyen la necesaria armonía y proporcionalidad que debe existir entre los distintos tipos penales. En otras palabras, no se exige finalidad defraudatoria alguna y, como delito de mera actividad que es, permite castigar a título de delito consumado la mera manipulación, aunque de ella no derive perjuicio ninguno, de manera que la pena aplicable no siempre reflejará la gravedad del reproche expresado en las penas de las hipótesis más graves del art. 468 CP, especialmente si se dan las calificaciones del art. 469 CP.

73En este contexto, parece recomendable introducir una modificación legislativa que se haga cargo sin excesos y sin dudas de este tipo de conductas, pues fundamentalmente se tiende a reemplazar el engaño por las manipulaciones informáticas y a renunciar al error e, incluso, a la disposición patrimonial como fuente del perjuicio.

74Así, en términos similares a los de los preceptos español e italiano, se propone la introducción de un inciso segundo al art. 468 CP, si bien prescindiendo, por las razones ya dichas, de la referencia a una transferencia de activos patrimoniales y suprimiendo la referencia al ánimo de lucro, para no alterar tangencialmente los presupuestos de la discusión general sobre su exigencia en el derecho chileno. Por la misma razón, es preferible referirse al perjuicio de "otro" y no de un "tercero".

75d. Obtención indebida de servicios de telecomunicaciones.

76La propuesta plantea la regulación de estas conductas a continuación del art. 470 C.P. incorporando un nuevo art. 470 bis C.P.

77La inclusión de este nuevo art. 470 bis permite comprender las hipótesis de clonación de celulares, el acceso a señales satelitales cifradas sin pagar, y la obtención ilegítima de señal de televisión por cable mediante conexiones clandestinas o fraudulentas o mediante cualquier maniobra técnica que permita neutralizar, eludir o burlar los mecanismos de control del legítimo acceso al servicio. Esta hipótesis incluye, por ejemplo, el uso de moneda falsa en teléfonos públicos, y la alteración del decodificador o el uso de un decodificador no

autorizado en caso de servicios de televisión por cable o satelital.

78La propuesta castiga con mayor pena infracciones que se han considerado como más importantes en relación a otras que lo son menos. Lo anterior, en razón de que la necesidad de la proporcionalidad de las penas se funda en la conveniencia de una prevención general no sólo intimidatoria, sino capaz de afirmar positivamente la vigencia de las normas en la conciencia colectiva, a fin de que se distinga claramente la gravedad de unas y otras. Es por esta razón que se ha estimado que la pena asignada a quienes extiendan redes ilegales de telecomunicaciones u ofrezcan acceso a servicio o a conexiones ilegales a cambio del pago de una suma de dinero, debe ser claramente mayor que la que se aplique a los que en definitiva hagan uso de dichos servicios. La mayor gravedad de sus conductas y el claro carácter fraudulento de las mismas aconsejan hacer aplicables a éstas las penas propias de las estafas. Asimismo, en razón de dicha proporcionalidad, se ha estimado excesiva una pena privativa de libertad a aquellas personas comúnmente llamadas "colgados", toda vez que el ilícito penal que cometen es de una menor gravedad, motivo por el cual es reformulado en términos de un delito falta sancionado con una pena de multa.

79Finalmente, cabe señalar la introducción de ciertas adecuaciones en lo referido al cálculo de lo defraudado para la determinación del monto de la pena, en particular si se considera que por su misma naturaleza la hipótesis punible constituye una actividad que se realiza reiteradamente. Es por esto que se propone que para la regulación de la pena se tome por base el monto total de lo defraudado.

En consecuencia, tengo el honor de someter a vuestra consideración, para ser tratado en la actual Legislatura, Extraordinaria, de Sesiones del Congreso Nacional, el siguiente

P R O Y E C T O D E L E Y:

Artículo 1º.- Introdúcense las siguientes modificaciones al Código Penal:

1) Incorpórase el siguiente inciso segundo, nuevo, al artículo 193:

"Con la misma pena se castigará al empleado público que, abusando de su oficio, forjare o alterare un documento público electrónico o incurriere, respecto de un instrumento público electrónico, en alguna de las falsedades previstas en los numerales 2°, 3°, 4° y 7° precedentes."

2) Sustitúyese el inciso segundo del artículo 197 por los siguientes incisos:

"Si tales falsedades se hubieren cometido en letras de cambio u otra clase de documentos mercantiles, se castigará a los culpables con presidio menor en su grado máximo y multa de dieciséis a veinte unidades tributarias mensuales, o sólo con la primera de estas penas atendidas las circunstancias. Del mismo modo se castigará al que forjare o alterare tarjetas de crédito, débito o pago provistas de banda magnética u otro dispositivo técnico de almacenamiento de datos.

En las mismas penas de los incisos anteriores incurrirá respectivamente el que, con perjuicio de tercero, forjare o alterare un documento privado electrónico suscrito por medio de firma electrónica."

3) Sustitúyese el artículo 284 por el siguiente:

"Artículo 284.- El que fraudulentamente comunicare o se aprovechara de secretos comerciales, industriales o profesionales de la persona, empresa o institución a la que presta o ha prestado servicios, sufrirá la pena de reclusión menor en su grado medio y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales".

4) Incorpórase el siguiente inciso segundo, nuevo, al artículo 468:

"En las mismas penas incurrirá el que, alterando indebidamente el funcionamiento de un sistema de tratamiento automatizado de la información o los datos contenidos en el mismo, o valiéndose de cualquier otra manipulación informática o artificio semejante, modificare una situación patrimonial en perjuicio de otro."

5) Incorpórase el siguiente artículo 470 bis:

"Artículo 470 bis.- A los que en perjuicio de otro obtuvieren indebidamente servicios de telecomunicaciones mediante conexiones clandestinas o fraudulentas o mediante cualquier maniobra técnica que permita neutralizar, eludir o burlar los mecanismos de control del legítimo acceso al servicio, en beneficio de tercero y a título oneroso, se aplicarán las penas del art. 467. En caso de reiteración, los hechos se considerarán como un solo

delito, y la regulación de la pena se hará tomando por base el monto total de lo defraudado. Cuando el perjuicio no excediere de una unidad tributaria mensual, se aplicarán las penas del n°3 de dicho artículo.

Si no concurrieren las circunstancias de beneficio de terceros o título oneroso, la pena será multa de 6 a 20 unidades tributarias mensuales, además del comiso de los equipos o instrumentos utilizados.”.

Dios guarde a V.E.,

RICARDO LAGOS ESCOBAR
Presidente de la República

JOSE ANTONIO GÓMEZ URRUTIA
Ministro de Justicia

JAVIER ETCHEBERRY CELHAY
Ministro de Transportes
y Telecomunicaciones