

# LOS DELITOS INFORMÁTICOS EN EL PROYECTO DE REFORMA EN ACTUAL TRÁMITE PARLAMENTARIO\*

*Fernando Londoño Martínez*

Abogado del Departamento de Asesoría y Estudio del Ministerio de Justicia  
Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Los Andes

SUMARIO: 1.- LA SISTEMÁTICA UTILIZADA EN LA CONSTRUCCIÓN DE LOS TIPOS PENALES: LA RELEVANCIA DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.- 2.- DELITO CONTRA LA INTIMIDAD DE LAS PERSONAS: ACCESO INDEBIDO A INFORMACIÓN CONTENIDA EN SISTEMAS INFORMÁTICOS.- 3.- DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD Y EL PATRIMONIO.- 3.1.- El delito de falsificación de documentos privados electrónicos y de tarjetas de crédito, débito o pago.- 3.2.- El delito de fraude informático.- 3.3.- El delito de obtención indebida de suministro de telecomunicaciones.- 3.4.- El delito de daño a datos o programas informáticos y de obstaculización del funcionamiento de sistemas de tratamiento automatizado de la información.- 4.- DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA Y LA FE MERCANTIL.- 4.1.- El delito de falsificación de instrumentos públicos electrónicos.- 4.2.- El delito de forjamiento de cheques y tarjetas de crédito.-

## 1. LA SISTEMÁTICA UTILIZADA EN LA CONSTRUCCIÓN DE LOS TIPOS PENALES: LA RELEVANCIA DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Se aprecia en general cierta confusión en cuanto a si existe un solo proyecto de ley sobre delitos informáticos, o bien se trata de dos. Parece ésta —la del número de proyectos— una cuestión completamente irrelevante; y, en buena medida, lo es. Sin embargo, sirve aquí de pretexto retórico para iniciar la exposición de una materia previa a la presentación de las propuestas legislativas. Se trata de la cuestión del método acogido para legislar en lo pertinente.

Respondiendo directamente a la pregunta inicial, diré que, desde un punto de vista formal, existen dos proyectos de ley dedicados a la reforma de nuestra legislación penal en materia de *delitos informáticos*. El “primero”, moción parlamentaria boletín N°

\* Corresponde a los Boletines 2974-19 y 3083-07.

2974-19,<sup>1</sup> aborda la reforma de las figuras previstas por la vigente *Ley 19.223 sobre delitos informáticos*; a saber: 1.- acceso indebido a información contenida en un sistema de tratamiento de la misma; 2.- destrucción de un sistema informático o alteración del funcionamiento del mismo; 3.- daño, alteración y divulgación indebida de datos informáticos. El “segundo” proyecto, mensaje del Ejecutivo boletín N° 3083-07,<sup>2</sup> introduce nuevos delitos informáticos, no especialmente incriminados en nuestra legislación; a saber: 1.- falsificación de documentos electrónicos y tarjetas de crédito 2.- fraude informático; y 3.- obtención indebida de servicios de telecomunicaciones. Ambos proyectos se encuentran actualmente en 2° trámite constitucional, a la espera de su estudio en particular por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

Ahora bien, desde un punto de vista metodológico, existe en cambio un solo proyecto de ley. Y es que ambas iniciativas obedecen a una misma propuesta de construcción o tratamiento técnico de la tipología penal: la preponderancia del bien jurídico protegido como factor sistematizador. Los proyectos son entonces perfectamente complementarios y pueden muy bien considerarse –bajo el referido prisma– como una sola gran iniciativa reformadora de la legislación en materia de *delitos informáticos*. Se explica así el título escogido para el presente artículo.

En cuanto a cómo fue posible que ambos proyectos –siendo uno iniciativa del Gobierno, y el otro, moción parlamentaria– llegaran a coincidir y a complementarse tan adecuadamente, debo decir que ello obedeció a la oportuna propuesta del Ejecutivo, impulsada de facto ya desde antes del ingreso del Mensaje, y a la apertura de la Comisión de Ciencia y Tecnología de la H. Cámara de Diputados.<sup>3</sup>

Prácticamente nada de sustantivo he expuesto hasta ahora con respecto a lo que precisamente constituye el núcleo de este primer apartado: la metodología o sistemática ofrecida por el proyecto de reforma. Bien, ya he dicho que se trata de una opción cuya piedra angular coincide, a la hora de construir la tipología, con la idea del *bien jurídico protegido*. Puede considerarse que nada hay de especial en esta opción, especialmente si se mira a la técnica utilizada desde antiguo por el legislador (nacional o comparado) al estructurar los códigos penales: la agrupación de las figuras penales en párrafos y títulos, atendiendo por regla general

al bien jurídico protegido por ellas. Bueno, precisamente en aquel “*nada hay de especial*” radica la clave de la metodología empleada por el proyecto de reforma a los delitos informáticos.<sup>4</sup>

Si algo ha caracterizado al “*derecho penal informático*” es el de precisamente pretender ser un *derecho penal informático*; es decir, un “algo especial” dentro del derecho penal general, un pequeño mundo dentro del gran mundo del derecho penal.<sup>5</sup> Si se le pregunta a ese pretendido “derecho penal especial” qué es lo que tiene de especial, deberá responder –con razón– que lo que caracteriza a “sus delitos” es la especial (nueva, moderna, insólita) *modalidad comisiva*: la afectación de los “tradicionales” bienes jurídicos (la intimidad,<sup>6</sup> el patrimonio,<sup>7</sup> la fe pública,<sup>8</sup> etc.), pero no ya por la vía de actuaciones ejecutadas en *el mundo real*, sino ahora por la vía de acciones llevadas a cabo en *un mundo virtual*, a través de la informática. Se comprende que este enfoque realza *los medios* [de comisión] por sobre *el fin* [de protección de la norma]. Siendo los medios un *fenómeno* –como lo puede ser, respecto del delito de homicidio, la utilización de veneno, de armas blancas o de fuego o, más modernamente, de bombas químicas o aun de “cartas bombas”<sup>9</sup> –, puede caracterizarse a este enfoque como de “*fenomenológico*”.<sup>10</sup> Centra su atención en el *fenómeno* –aquí, la informática y su criminalidad asociada– y lo erige en sentido de la norma. En definitiva, como señala la propia exposición de motivos del Mensaje del Ejecutivo: “*hace de una novedad de forma una novedad de fondo*”.<sup>11</sup>

Sin embargo, no advierte ese enfoque que, en definitiva, el *mundo real* es uno solo, y que en este *mundo real* lo que primeramente importa –desde el punto de vista penal, por supuesto– es la protección de los intereses de relevancia para las personas<sup>12</sup> (la idea de *bien*

<sup>1</sup> De los HH. Diputados Sres. 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 Rosaura Martínez Labbé.

<sup>2</sup> Mensaje de su Excelencia el Presidente de la República, Sr. Ricardo Lagos Escobar; proyecto de ley a cargo del Ministerio de Justicia y la Subsecretaría de Telecomunicaciones.

<sup>3</sup> Habiéndose iniciado el trámite legislativo de la moción 2974 ante la Comisión de Ciencia y Tecnología de la H. Cámara de Diputados –iniciativa que propiciaba el robustecimiento de la ley 19.223 por la vía de ampliar los tipos y elevar las penas– los representantes del Ejecutivo concurrieron hasta ella y expusieron las razones en virtud de las cuales consideraban que debía legislarse de manera metodológicamente diversa; a saber, incorporando las figuras penales contenidas en la ley 19.223 en el propio Código Penal, aprovechando así el material normativo de los tipos penales tradicionales (es decir, tipificando sobre la base de los bienes jurídicos afectados). En concreto, el Ejecutivo ofreció las soluciones que hasta entonces estaba considerando en un anteproyecto de ley sobre delitos informáticos (el que luego sería el Mensaje 3083). La Comisión acogió de buen grado las propuestas, modificando íntegramente la moción original (véanse otros detalles en el Primer Informe de la Comisión de Ciencia y Tecnología, boletín 2974, así como en la exposición de motivos del Mensaje del Ejecutivo, boletín 3083).

<sup>4</sup> Muy justo es hacer un alto aquí, para señalar que la metodología asumida por los proyectos de ley, se debe en muy importante medida a un valioso estudio del profesor Héctor Hernández, elaborado por encargo del Ministerio de Justicia. En dicho estudio, el profesor Hernández da cuenta de la situación del derecho comparado, no sin luego exponer acerca del estado de la cuestión en el medio nacional. La aclaración vale también para dejar constancia de la fuente de muchos de los asertos que en este artículo se esbozan de manera escueta y modesta. Por otra parte, sirva también este espacio para dejar constancia que en la elaboración del proyecto colaboraron también Lorena Donoso, profesora de Derecho Informático de la Universidad de Chile; Alejandra Moya, abogada asesora de la Subsecretaría de Telecomunicaciones; y Francisco Maldonado, jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia.

<sup>5</sup> La francesa ley Godfrain de 1988 constituye un paradigma en este sentido. Nuestra ley 19.223 se basó en no escasa medida en dicho modelo legislativo.

<sup>6</sup> En el delito de acceso no autorizado a información contenida en sistemas de tratamiento de la misma, por ejemplo.

<sup>7</sup> En los delitos de fraude informático o de obtención indebida de servicios de telecomunicaciones, por ejemplo.

<sup>8</sup> En el delito de falsificación de documentos públicos electrónicos, por ejemplo.

<sup>9</sup> Simplemente para citar un ejemplo real (vigente) de propuesta fenomenológica: el delito de *envío de cartas explosivas* previsto en el artículo 403 bis del Código Penal, incorporado a nuestra legislación por la ley 19.047 de 1991. En cuanto a los problemas que esta figura genera en materia de concursos, véase por todos GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal*, t. III, p. 189 (Ed. Jurídica, 2ª edición).

<sup>10</sup> La expresión está tomada del informe del profesor Hernández, y no se le atribuye un alcance “encumbrado”, sino que se usa sencillamente para significar la apuesta por una incriminación directamente en función de las modalidades comisivas (el fenómeno, desde un punto de vista criminológico), antes que en atención a la *valoración jurídica* de dichas modalidades o fenómenos (por ejemplo, en conformidad a criterios como el interés jurídicamente protegido).

<sup>11</sup> Mensaje boletín 3083.

<sup>12</sup> Cfr. en este sentido, POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; y RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, Parte General, Ed. Jurídica, 1ª edición, 2004, p. 66 y ss.

*jurídico protegido*<sup>13</sup>). Los medios o formas de afectación de los *bienes jurídicos* interesan, en cambio, sólo en un segundo nivel, cuando se trata de superar problemas técnicos de construcción de los tipos, o bien de asumir decisiones de política criminal. Así, a quien ve disminuida su cuenta corriente como consecuencia de una manipulación informática indebida, le interesa antes que nada sólo el hecho de que su patrimonio ha sido puesto en peligro; y esta circunstancia le afecta y le interesa de igual forma que a aquél que, por ejemplo, ha sido objeto de un engaño en virtud del cual contrae una deuda incausada.

Pues bien, el proyecto del Ejecutivo —siguiendo en ello el modelo utilizado en análogas reformas en países como Alemania (ley contra la criminalidad económica de 1986), Italia (ley 547 de 1993) y España (nuevo Código Penal de 1995)— opta por considerar que la criminalidad informática corresponde sólo a un moderno medio de ataque de los bienes jurídicos tradicionales. En consecuencia, propone hacerse cargo de estos nuevos medios en el campo ya regulado del Código Penal, introduciendo las correcciones o ampliaciones necesarias en los tipos penales comunes, tradicionales. Así, por ejemplo, propone penalizar el delito de *acceso indebido a información contenida en computadores* en el mismo contexto normativo en el que se incrimina actualmente el *acceso indebido a correspondencia o papeles ajenos* (el artículo 146 del Código Penal).

Nada se ha dicho aún respecto al fundamento de la opción por este modelo, en desmedro del primero. Como señala la exposición de motivos del propio Mensaje del Ejecutivo, la diferencia entre el modelo *fenomenológico* (aquél que hace suyo la Ley 19.223) y aquél basado en el *bien jurídico protegido*, “no es puramente estética”,<sup>14</sup> sino que en ella “están en juego importantes cuestiones valorativas”.<sup>15</sup> Creo que en esto el Mensaje es muy claro, razón por la cual me limitaré simplemente a citarlo:

“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. En efecto (...), 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 (...)

<sup>13</sup> Entendiendo en todo caso que existiría una histórica y relevante nota de diferencia entre las ideas de *bien jurídico* (de cuño colectivista) e *interés jurídico* (de cuño individualista).

<sup>14</sup> Entendiendo entonces la estética como una cuestión de mayor o menor correspondencia con la realidad; como una cuestión que atañe a la verdad.

<sup>15</sup> Exposición de motivos del Mensaje 3083.

“Existe, 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”.<sup>16</sup>

En el curso de la tramitación del proyecto, se ha planteado por algunos parlamentarios<sup>17</sup> que, no obstante concordar en lo grueso con la orientación metodológica, la propia naturaleza de la informática obligaba a un tratamiento diferenciado —al menos a nivel penológico—, habida cuenta de la enorme potencialidad lesiva de los medios comisivos, o de la concurrencia de intereses yuxtapuestos a los directamente protegidos. Así, por ejemplo, para seguir con los casos relativos al acceso indebido, se nos dijo que el registro de bases computacionales “abre la puerta” a un nivel de información no comparable con aquella que pueden contener *los papeles de otro*. Sólo tenemos espacio aquí para hacer presente que estas perspectivas son plenamente razonables y que, por cierto, son dignas de consideración en una futura legislación. Pero nuevamente debemos manifestar que estas perspectivas pueden ser perfectamente enfrentadas desde la óptica del bien jurídico. Así, por ejemplo, en el caso citado, podrá hallarse fundamento para una agravación en el mayor peligro para la *intimidación* de las personas.<sup>18</sup> Incluso, es posible hacerse cargo de estas cuestiones en sede de *determinación judicial*, a través de una correcta aplicación del artículo 69 del Código Penal.

Paso a continuación a exponer brevemente<sup>19</sup> el contenido de las propuestas de tipificación incluidas en los proyectos de ley. Seguiremos un orden conforme a los bienes jurídicos protegidos, no sin mencionar el específico proyecto en el que la propuesta se inserta.

## 2. DELITO CONTRA LA INTIMIDAD DE LAS PERSONAS: ACCESO INDEBIDO A INFORMACIÓN CONTENIDA EN SISTEMAS INFORMÁTICOS (REFORMA AL ARTÍCULO 146 DEL CÓDIGO PENAL)

En su artículo 146, nuestro Código Penal sanciona desde antiguo a quien *abre o registra la correspondencia o papeles de otro sin su voluntad*. Por razones evidentes, nuestro legislador del siglo XIX no podía saber que la información de las personas llegaría algún día a estar

<sup>16</sup> Exposición de motivos del Mensaje 3083, el cual tomó como base, en este punto, parte del citado informe del profesor Héctor Hernández.

<sup>17</sup> En particular el H. Senador Viera-Gallo, en el contexto de las sesiones de discusión general del proyecto ante la Comisión de Constitución del Senado.

<sup>18</sup> Como puede suceder en el delito de *incendio* respecto de la vida y la salud de personas indeterminadas. Debe en todo caso tenerse el cuidado de no vulnerar el principio de culpabilidad por la vía del recurso a *delitos de peligro abstracto*.

<sup>19</sup> Este espacio no resulta idóneo para abordar la infinitud de aspectos o problemáticas que la propuesta abre. Parte de las explicaciones están contenidas en los informes de Comisión, como respuesta a observaciones de parlamentarios o invitados.

contenida en medios distintos al papel. Afortunadamente, este vacío histórico fue llenado por la Ley 19.223 de delitos informáticos, la que dispuso, en su artículo 2º, sanción penal para quien, *con el ánimo de apoderarse, usar o conocer indebidamente de la información contenida en un sistema de tratamiento de la misma, lo intercepte, interfiera o acceda a él.*

Considerados los presupuestos metodológicos expuestos *supra*, habían buenas razones para “llevar” el tipo de *acceso indebido* del artículo 2º de la Ley 19.223 a nuestro Código Penal. Esto es lo que en el contexto del proyecto de ley boletín 2974-19 (moción) se propone. Así, se establece la sustitución del inciso primero del artículo 146 por el siguiente:

“Artículo 146.- *El que por cualquier medio abriere o registrare la correspondencia o los papeles de otro sin su voluntad o, de igual forma, accediere a la información de otro contenida en redes, soportes lógicos o sistemas de tratamiento automatizado de información, sufrirá la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio. Si el autor divulgare o se aprovechara de los secretos que ellos contienen, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.*”

La ocasión sirvió para uniformar completamente las penas; pues no se aprecian grandes razones para reconocer diferencias –aunque sean menores– entre el acceso indebido al papel y el acceso indebido al computador, como efectivamente sucede actualmente.<sup>20</sup>

La instancia se aprovechó también para proponer la supresión de un elemento típico, cuya recepción por el tipo de *acceso indebido* de la Ley 19.223 ha sido criticado.<sup>21</sup> Me refiero al elemento subjetivo de intención trascendente representado por el “*ánimo de apoderamiento, uso o conocimiento de la información*”. Se ha dicho que este elemento restringe considerablemente la aplicación del tipo, haciendo que incluso una hipótesis muy común de acceso indebido –el denominado *hacking*, por ejemplo, quien accede sólo para demostrar la falibilidad del sistema– aparezca como atípica.<sup>22</sup>

En fin, en el contexto del inciso tercero del artículo 146, se introdujo, junto a la *ley* y el *reglamento*, la mención a los *contratos* como fuente de exclusión de la antijuridicidad por ejercicio legítimo de un derecho.<sup>23</sup> Se tuvo presente en su momento la problemática que plantea el acceso a la información contenida en las computadoras usadas por los empleados de la empresa, cuando éstos no consienten especialmente en el acceso por parte de los empleadores. El conflicto se da particularmente en la esfera de la administración de los correos electrónicos. Aunque debe reconocerse que el texto favorece el equívoco, no se ha pretendido despenalizar por completo estas conductas, aceptando cualquier tipo de contrato como legitimador del acceso no especialmente autorizado. Al contrario, se ha querido impulsar por esta vía a la

legislación y a la jurisprudencia laborales y administrativas, de manera que puedan ir dando pautas de las modalidades de autorización que resultan legítimas. En otras palabras, no cualquier contrato que autorice la intromisión del empleador podrá operar como causa de exclusión de la antijuridicidad, sino que es preciso que se trate de contratos o cláusulas que no adolezcan de objeto ilícito. Y sólo puede la legislación y la jurisprudencia laboral o administrativa definir los casos o modalidades en los que se cumplirá con dicha condición.<sup>24</sup> Posiblemente la propuesta merezca una revisión en este punto; cuando menos deberá aclararse la exigencia de *licitud* de los contratos, o bien derechamente suprimirse la referencia a los mismos. Otro tanto cabe decir respecto a la referencia a los *reglamentos*.

Por cierto, demás está decir que se propone la derogación del tipo de la Ley 19.223.<sup>25</sup>

### 3. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD Y EL PATRIMONIO

#### 3.1. El delito de falsificación de documentos privados electrónicos y de tarjetas de crédito, débito o pago (modificación al artículo 197 del Código Penal)

Sabido es que el delito de falsificación de documentos privados –previsto en el artículo 197 del Código Penal– es, desde que su consumación supone un *perjuicio de tercero*, un delito contra el patrimonio, y no un delito contra la *fe pública* o *mercantil*.<sup>26</sup> Se trata, en rigor, de una modalidad comisiva de estafa, precisamente caracterizada por el recurso a una falsificación de instrumento privado como forma de *engaño*. Lo anterior justifica su inclusión bajo el presente título, a diferencia de lo que sucede con la propuesta de reforma del delito de falsificación de documentos públicos y con la creación de un nuevo tipo de mero forjamiento de tarjetas de crédito y cheques, las que se tratarán *infra* (4.2.) en cuanto atentados contra la *fe pública* y *mercantil*.

Considerada la restricción típica ofrecida por las voces “*instrumento*” o “*documento*” –que en el artículo 197 hacen las veces de objeto material de la conducta–, preocupaba la dificultad para encuadrar típicamente la falsificación de objetos materiales de naturaleza electrónica, magnética o informática. Desde un punto de vista criminológico, la más extendida de estas “modernas” falsificaciones es, al menos en Chile, la que afecta a las tarjetas de crédito (a sus bandas magnéticas). Nuestros tribunales se han manifestado dubitativos y oscilantes en esta materia: frente a casos de falsificación de tarjetas de crédito, en ocasiones han preferido la aplicación del tipo base de estafa del artículo 468 del Código Penal o bien, más moderadamente, el de la estafa residual del artículo 473 del Código Penal; en otras

<sup>20</sup> Esta uniformidad obligó de alguna manera a una ligera alza de la pena, al menos para los casos de acceso indebido a información contenida en papeles.

<sup>21</sup> En este sentido, MAGLIONA, Claudio y LÓPEZ, Macarena. *Delincuencia y Fraude Informático*, Ed. Jurídica, 1999, p. 166.

<sup>22</sup> A diferencia de lo que sucede con nuestro tradicional tipo de acceso indebido a papeles o correspondencia, el cual no contiene ninguna exigencia subjetiva de este género.

<sup>23</sup> Se sustituye el actual inciso tercero del art. 146 por el siguiente:

“*Tampoco es aplicable (esta disposición) a aquellas personas a quienes por ley, reglamento o contrato con el titular de la información les es lícito instruirse de comunicaciones o informaciones ajenas.*”

<sup>24</sup> Téngase presente a este respecto el Dictamen de la Dirección del Trabajo, Ord. 0260/0019 de 24 de enero de 2002, el cual rechaza la legitimidad del acceso de los empleadores al correo electrónico de los empleados.

<sup>25</sup> En rigor, considerada su absorción por el Código Penal, se propone la derogación de la completa ley 19.223. Se establece en todo caso una norma para asegurar *ultractividad* a la ley 19.223, en la medida en que su aplicación fuere más favorable para el imputado.

<sup>26</sup> En este sentido, LABATUT, Gustavo, *Derecho Penal*, t. II, Ed. Jurídica, 7ª edición, p. 59 y 60; ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, t. IV, Ed. Nacional Gabriela Mistral, 2ª edición, 1976, p. 154 y 155; GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal*, t. IV, *Parte Especial*, Ed. Jurídica, 2ª edición, p. 86 y ss; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, Ed. U. de Talca, 2ª edición, p. 180.

oportunidades, haciendo caso omiso de la limitación ofrecida por las voces "instrumento" o "documento", han dado aplicación al tipo de falsificación de instrumentos privados del artículo 197. Lo cierto es que en general no se han pronunciado por la atipicidad de la conducta.

Asumido entonces el problema de *legalidad* que los citados casos plantean, el Mensaje boletín 3083-07 propuso abordar expresamente la cuestión, haciéndose cargo, en el contexto del delito de falsificación de documentos privados, de los modernos objetos materiales. Así, se proponen incorporar al artículo 197 los siguientes nuevos incisos tercero y cuarto:

*"Del mismo modo se castigará al que forjare o alterare tarjetas u otros instrumentos similares de crédito, débito o pago, provistos de banda magnética u otro dispositivo técnico de almacenamiento de datos."*

*Incurrirá en la pena del inciso primero el que, con perjuicio de tercero, forjare o alterare un documento privado suscrito por medio de firma electrónica y en la pena del segundo, si dicho documento fuere mercantil."*

Como puede apreciarse, una primera novedad consiste en la incorporación (expresa) del *forjamiento* como conducta típica. Conocido es el histórico debate doctrinario en cuanto a si el *forjamiento* es típico o atípico en nuestra legislación actual.<sup>27</sup> Lo cierto es que no se ha pretendido alterar este debate, sino hacerse cargo expresamente de una hipótesis que, al menos en el contexto de las modernas falsificaciones, resulta ser muy recurrente.<sup>28</sup> Por su parte, la expresión "alterar" es suficientemente neutra como para absorber todas las posibles formas de falsificación material. De ahí su empleo en la propuesta de reforma.

El inciso tercero nuevo propone como objeto material "*tarjetas u otros instrumentos similares de crédito, débito o pago, provistos de banda magnética u otro dispositivo técnico de almacenamiento de datos*". Se trata de instrumentos de naturaleza mercantil, de ahí su penalización en conformidad al inciso segundo del artículo 197 (aplicable a la *falsificación de letras de cambio u otra clase de documentos mercantiles*). Como puede advertirse, no se limita el objeto material a las tarjetas —la modalidad hoy más extendida— sino que se ofrece una solución neutra, dada por la referencia a "*otros instrumentos similares*". Por esta vía quedarán incluidos, por ejemplo, los modernos instrumentos de pago automatizado de tele-peajes en carreteras (conocidos como TAGs). En seguida, siempre en la idea de ofrecer soluciones tecnológicamente neutras, se alude, junto a las actualmente comunes *bandas magnéticas*, a "*otro dispositivo técnico de almacenamiento de datos*".<sup>29</sup>

Por último, siempre en cuanto a la propuesta de nuevo inciso tercero, cabe hacer presente que la consumación del delito supone, al igual que en los demás casos de falsificación de instrumentos privados, el *perjuicio de tercero*. Ello resulta claro desde que el inciso se encabeza con una referencia al inciso segundo ("*del mismo modo se castigará...*"), el que a su vez se

engancha de la construcción típica del inciso primero ("*si tales falsedades...*"): es decir, las del inciso primero). En suma, ha sido siempre claro que la falsificación de instrumentos mercantiles del inciso segundo del artículo 197 requiere *perjuicio de tercero*; igualmente evidente debe ser entonces la exigencia de perjuicio para el nuevo inciso en comento. Por lo demás, lo dicho en este párrafo resulta notorio desde que, para obviar la exigencia de perjuicio, el legislador ha tenido que proponer la creación de un tipo especial de *mero forjamiento* de tarjetas de crédito y cheques, según se explicará *infra* 4.2.

En cuanto al inciso cuarto propuesto, viene a hacerse cargo de la falsificación de *documentos privados electrónicos*. En conformidad a la lógica implícita en la Ley 19.799, *sobre documentos electrónicos*, sólo se considera como objeto material de esta falsificación al documento privado suscrito por medio de firma electrónica, sea aquella simple o avanzada.<sup>30</sup> Las penas se prevén en atención a la naturaleza civil o mercantil de los documentos electrónicos.

El *uso malicioso* de los modernos objetos materiales, forjados o alterados, será punible en conformidad al artículo 198 del Código Penal. Para garantizar la tipicidad del *uso malicioso*, no pareció necesario proponer ajuste alguno a dicho tipo penal, pues su referencia a los objetos materiales del artículo 197 ("instrumentos falsos a que se refiere el artículo anterior") se hace ya cargo de ello.

Por último, cabe hacer presente que los casos de concurso (aparente) entre los delitos aquí comentados y el delito de *fraude informático* (nuevo artículo 468 bis, ver *Infra*), deberían resolverse —por especialidad— en favor de la aplicación de los primeros.

### 3.2. El delito de fraude informático (propuesta de nuevo artículo 468 bis del Código Penal)

El moderno desarrollo tecnológico ha posibilitado el empleo de inteligencia artificial —sistemas automatizados de tratamiento de la información— para la administración y control de procesos contables, financieros o de entrega de bienes y servicios. Allí donde antes había un ser humano, hay ahora una máquina. Se explica así la existencia de *cajeros automáticos*, de *portales web* de compra a distancia, plataformas informáticas de registro de estados contables o financieros, etc. Por fin, el amplio desarrollo ostentado por la *Internet* ha favorecido la extensión de esta novedad, volviéndola un fenómeno transnacional.

Sin embargo, cambian las tecnologías, pero el hombre no cambia...; me refiero a que los intentos de vulneración de los procesos antes referidos, con miras a la obtención de un lucro ilegítimo, siguen siendo una realidad. Sucede eso sí que los objetos del "engaño" o "ata-

<sup>27</sup> Cfr., por todos, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *op. cit.*, p. 240 – 241.

<sup>28</sup> La muy común hipótesis de *clonación* de tarjetas no es sino un forjamiento.

<sup>29</sup> Esta referencia amplia permitirá hacerse cargo de la falsificación de tarjetas de crédito u otros instrumentos mercantiles provistos de *chips*, actualmente no muy difundidos en Chile.

<sup>30</sup> Se trata ésta de una afirmación fuerte: para efectos penales, sólo será documento electrónico aquel suscrito por medio de firma electrónica. Aunque el tema puede ser discutible, creemos firmemente que en este contexto debe primar —por especialidad— la norma del artículo 3º de la ley 19.799, por sobre la definición de documento electrónico prevista en la letra d) del artículo 2º. En efecto, mientras que el artículo 3º guarda relación con el valor probatorio de los instrumentos electrónicos —cuestión de neto interés tratándose del régimen penal de falsificaciones—, la citada letra sólo pretende sentar las bases objetivas para su reconocimiento dentro del género (las bases tecnológicas).

que” —y, por tanto, los medios— han cambiado. Allí donde antes se engañaba a un ser humano, se “engaña” ahora a una máquina.

El impacto jurídico-penal de estos cambios tecnológicos guarda relación con la figura de fraude y con las limitaciones típicas razonablemente impuestas en honor al principio de *legalidad*. Sucede que, entendido unánimemente el fraude o estafa como “un *engaño* que produce un *error*, el que a su vez motiva una *disposición patrimonial* que resulta *perjudicial*”,<sup>31</sup> no cabe plantear la tipicidad del “*engaño*” a la máquina. Lo anterior, fundamentalmente porque el *error* se ha conceptualizado, al menos tradicionalmente entre nosotros, como un fenómeno eminentemente psicológico.<sup>32</sup> En consecuencia, el *error* sólo puede predicarse del ser humano; lo que viene a significar que sólo el ser humano puede ser *engañado* típicamente. De ahí que, en definitiva, si se quiere ser leales con el principio de legalidad —como no puede ser de otra manera!— debe necesariamente concluirse la atipicidad —al menos a título de estafa— de toda conducta que, valiéndose de cualquier manipulación o artificio aplicado sobre un sistema informático, acarree un perjuicio patrimonial para un tercero.

Debe reconocerse que la Ley 19.223 *sobre delitos informáticos*, por la indirecta vía de la sanción a la alteración de datos (artículo 3º) o a la obstaculización o modificación del funcionamiento de un sistema informático (artículo 1º), incrimina —aunque posiblemente sin haberlo buscado— la gran mayoría de las conductas recién aludidas. Sin embargo, se hace cargo de ellas de manera inadecuada, excesiva, prescindiendo del resultado. En efecto, la Ley 19.223 sanciona los medios comisivos —las manipulaciones informáticas— pero no el resultado (la cuestión del bien jurídico afectado); así, como se ha dicho a título ejemplar, será igual alterar datos alusivos a una receta de cocina que datos representativos de dinero giral. Esto produce incongruencias fundamentalmente a nivel penológico.<sup>33</sup>

Por otra parte, en cuanto al específico caso de obtención indebida de dineros de cajeros automáticos,<sup>34</sup> se ha dicho que el propio tipo tradicional de *hurto* estaba en condiciones de absorberlo.<sup>35</sup> En todo caso, las dudas frente a este planteamiento —muchas sumamente razonables— han sido a tal punto abundantes en derecho comparado, que no ha parecido prudente dejar la cuestión completamente entregada a la interpretación jurisprudencial.<sup>36</sup>

<sup>31</sup> HERNÁNDEZ, Héctor, *Aproximación a la problemática de la estafa*, en *Problemas Actuales de Derecho Penal*, varios autores, Ed. Universidad Católica de Temuco, 2003, p. 150.

<sup>32</sup> HERNÁNDEZ, Héctor, *op. cit.*, p. 166 – 167.

<sup>33</sup> En todo caso, muy difícilmente pueden reprocharse estos defectos al legislador de 1993; considérese simplemente que en tal fecha la Internet no era la realidad que es hoy.

<sup>34</sup> Quien, valiéndose de una tarjeta bancaria, verdadera o falsa, e ingresando al sistema computacional del cajero los datos pre-configurados como válidos (datos verdaderos), obtiene dineros del cajero automático, sin contar con el consentimiento del titular de la cuenta.

<sup>35</sup> En este sentido se pronunció el profesor Héctor Hernández en el citado informe (ver nota 4). La cuestión importaría un examen detallado que aquí no es posible. Sólo se dirá que se trata de entender como quebrantada la voluntad del titular en los casos de obtención de dinero por personas no autorizadas, aun si la entrega de dineros se realiza mediante la activación normal (no forzada) de los mecanismos de entrega de los cajeros.

<sup>36</sup> Es evidente que lo dicho en este párrafo es aplicable sólo a los casos en los que se obtiene dinero “tangibles” desde los cajeros, pues es claro que cualquier tipo de “apropiación” que recaiga sobre “dinero giral” (no tangible), no podrá ser subsumida en el tipo de hurto (por no tratarse de cosa corporal).

A partir de todo lo expuesto, se explica la necesidad de introducir un tipo especial de *fraude informático*.<sup>37</sup> Se trata por lo demás de una necesidad reclamada y asumida sistemáticamente en derecho comparado.<sup>38</sup> El proyecto de reforma (Mensaje 3083) aborda este asunto proponiendo la incorporación de un artículo 468 bis en nuestro Código Penal, situado a continuación del tipo base de estafa.

“Artículo 468 bis.- En las mismas penas del artículo anterior incurrirá el que, con ánimo de lucro, modifique una situación patrimonial en perjuicio de otro, alterando indebidamente el funcionamiento de un sistema de tratamiento automatizado de la información o los datos contenidos en el mismo, utilizando indebidamente en el mismo datos verdaderos o valiéndose de cualquier otra manipulación o artificio semejante, informático o no, aplicado sobre el referido sistema.”

Al respecto, me permito aquí sólo algunos breves comentarios.

La exigencia de *engaño*, propia de la estafa tradicional, se ha sustituido aquí por la descripción de las diversas modalidades comisivas: 1.- *alterar indebidamente el funcionamiento de un sistema de tratamiento automatizado de la información o los datos contenidos en el mismo*; 2.- *utilizar indebidamente en [dichos sistemas] datos verdaderos*; o 3.- *valerse de cualquier otra manipulación o artificio semejante, informático o no, aplicado sobre un sistema informático*.

En cuanto al elemento *error*, simplemente se ha renunciado a él.

Por otra parte, se han consagrado expresamente las formas comisivas más comunes,<sup>39</sup> sin por ello quitar ductilidad al tipo con un casuismo tecnológicamente limitado. De ahí la referencia a “*cualquier manipulación o artificio semejante, informático o no*”, aplicado sobre el sistema de tratamiento automatizado de la información. Como puede advertirse, lo relevante en el denominado *fraude informático* es que el “destinatario” de la acción sea una máquina (de ahí la exigencia de que el artificio o manipulación se aplique *sobre el sistema*); sin embargo, la concreta forma de “engaño” o “ataque” a la máquina tiene un segundo nivel de relevancia: de ahí la aceptación de manipulaciones no informáticas —mecánicas, químicas o biotecnológicas, por ejemplo— con tal que se apliquen o ejerzan *sobre el sistema*. En fin, en esta materia se ha

<sup>37</sup> La denominación es meramente ilustrativa, pues, en realidad, hay profundas diferencias entre el tipo tradicional de fraude y el denominado “fraude informático”.

<sup>38</sup> En este sentido han legislado países como Alemania, España o Italia, por citar algunos de entre los más influyentes.

<sup>39</sup> Manipulaciones del *input* y del *output* y manipulaciones de programa y de consola o *hardware*. Cfr. TIEDEMANN, Klaus, *Derecho Penal y Nuevas formas de criminalidad*, trad. por Abanto, Manuel, ed. Idemsa, 2000, p. 96; igualmente, véase la exposición de motivos del Mensaje 3083.

seguido de cerca el modelo planteado por el artículo 263a del Código Penal alemán,<sup>40</sup> aunque también en parte el tipo del artículo 640ter del Código Penal italiano.<sup>41</sup>

Siempre en el contexto de los medios comisivos, vale la pena hacerse brevemente cargo de una modalidad introducida por la Cámara de Diputados en el primer trámite legislativo; me refiero a la *utilización indebida de datos verdaderos*. Originalmente, en el marco de la elaboración del anteproyecto, se consideró la posibilidad de recepcionar esta particular forma de “manipulación informática” (que en realidad poco tiene de ello). Sin embargo, se descartó tal por temor a favorecer una interpretación que llevara a la penalización de ciertas acciones ejecutadas por el propio titular, consistentes en meras infracciones contractuales, así como para evitar cierto traslape con el delito de apropiación indebida.<sup>42</sup> Como sea, los parlamentarios repararon que una forma importante y común de “apropiación por vías informáticas” podía resultar atípica en la propuesta del Ejecutivo. Ofrecieron así el caso de quien, sin el consentimiento del titular, utiliza los datos verdaderos de una tarjeta de crédito ajena (datos que ha llegado a conocer gracias a su especial posición, como sucede en el caso de empleados de tiendas, almacenes o restaurantes, etc.) para adquirir bienes a través de la Internet. La acción consistente en la *utilización indebida de datos verdaderos* viene a satisfacer estos requerimientos.<sup>43</sup>

En cuanto a los tradicionales elementos *disposición patrimonial* y *perjuicio económico*, puede decirse que se refunden en la idea de *modificación de una situación patrimonial en perjuicio de otro* (como resultado de las manipulaciones). En todo caso, la idea de *disposición patrimonial* aparece bastante desdibujada. En fin, en cuanto al resultado de la manipulación, se ha preferido utilizar una fórmula amplia como lo es la *modificación de situación patrimonial*, para así incluir no sólo los casos de *transferencia de activos*, sino también las hipótesis de *disminución de pasivos*.

Por último, en cuanto al *tipo subjetivo*, la figura requiere expresamente de *ánimo de lucro*. Al igual como sucede en el caso de la falsificación por *forjamiento* (véase lo dicho *supra* 3.1.), nuestra doctrina y jurisprudencia han debatido arduamente respecto a si se requiere o no de *ánimo de lucro* para la configuración de la estafa.<sup>44</sup> Tampoco aquí se quiso alterar el estado de la

cuestión, tomando partido por una o por otra posición doctrinaria.<sup>45</sup> Justamente para evitar ese efecto, se propuso introducir la nueva figura en un artículo nuevo, separado del tradicional tipo de estafa del artículo 368. Se ha querido así conferir cierta autonomía al delito de *fraude informático*.

### 3.3. El delito de obtención indebida de suministro de telecomunicaciones (propuesta de nuevo artículo 470 bis del Código Penal)

Un fenómeno análogo al reseñado en el punto anterior, ha tenido lugar a partir del desarrollo e incremento de valor de los bienes incorpóreos o intangibles, especialmente de aquellos que importan *servicios*, como el suministro de energía o de telecomunicaciones. Sucede que nuestro tradicional tipo penal de hurto —creado en una época en la que sólo lo “corporal” era técnicamente susceptible de “aprehensión” por el hombre— supone la existencia de un objeto material tangible o corporal. Así, guardando la debida fidelidad al principio de legalidad, la obtención indebida de *servicios* no resulta punible a título de hurto.

Es más, dejando de lado el tipo penal que sanciona el aprovechamiento indebido del fluido eléctrico<sup>46</sup> (creado precisamente para salvar el vacío típico de que se ha dado cuenta), lo cierto es que la obtención indebida de *servicios* es, por regla general, atípica en Chile. Así, al menos en el contexto de los *servicios* de telecomunicaciones, aparecen dudosamente incriminadas<sup>47</sup> conductas como la “*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*”,<sup>48</sup> incluido en estos últimos casos, 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*”.<sup>49</sup>

Pues bien, lo que ha buscado el Ejecutivo mediante el Mensaje 3083 es ofrecer una incriminación equilibrada —es decir, aplicable— de las citadas conductas de *obtención indebida de suministros de telecomunicaciones*.<sup>50</sup> Se propone así la introducción de un nuevo tipo penal

<sup>40</sup> “263 a. - Estafa por computador.- (1) Quien con el propósito de procurarse para sí o para un tercero una ventaja patrimonial antijurídica, en la medida en la que perjudique el patrimonio de otro, por una estructuración incorrecta del programa, por la utilización de datos incorrectos o incompletos, por el empleo no autorizado de datos, o de otra manera por medio de la influencia no autorizada en el desarrollo del proceso, será castigado con pena privativa de la libertad de hasta cinco años o con multa. (...)” Traducción de Claudia López Díaz, en Código Penal Alemán, Universidad Externado de Colombia, 1999.

<sup>41</sup> “640ter.- Fraude Informático.- El que, alterando en cualquier modo el funcionamiento de un sistema informático o telemático, o interviniendo sin derecho y con cualquier modalidad sobre datos, informaciones o programas contenidos en un sistema informático o telemático o pertenecientes a aquél, procura para sí o para otro un beneficio injusto y con daño ajeno, es castigado con reclusión de seis meses a tres años y con multa de 51 euros a 1032 euros.” Traducción libre.

<sup>42</sup> Cfr. TILDEMANN, Klaus, *op. cit.*, p. 97 y ss.

<sup>43</sup> Véase el 1er Informe de la Comisión de Ciencia y Tecnología de la H. Cámara de Diputados.

Esta cláusula permitirá también subsumir casos de utilización de datos verdaderos contenidos en “bases biológicas” (las huellas dactilares o la anatomía del iris como datos activadores de la obtención de servicios o bienes); así, el macabro caso de utilización de un dedo u ojo ajeno para acceder a bienes o servicios, o bien el caso —por ahora prácticamente de ciencia ficción— de uso de réplicas de una huella dactilar o de una iris, para los mismos fines.

<sup>44</sup> Cfr., por todos, HERNÁNDEZ, Héctor, *op. cit.*, p. 188 y ss.

<sup>45</sup> En realidad, el Mensaje del Ejecutivo no contemplaba esta exigencia; sin embargo, en el curso del primer trámite legislativo ante la H. Cámara de Diputados, los parlamentarios hicieron ver sus temores de cara a una presunta amplitud o equivocidad del tipo, teniendo presente casos de alteración patrimonial buscada con mero afán de perjudicar (los que en su opinión no debían ser sancionados bajo este título). De allí que instaran por la incorporación del *ánimo de lucro*. Véase el 1er informe de la Comisión de Ciencia y Tecnología de la Cámara.

<sup>46</sup> Art. 137 del DFL N° 1 de Minería, de 1982.

<sup>47</sup> Tratándose de los servicios de telecomunicaciones, se ha sostenido por ciertos sectores que el tipo de la letra c) del artículo 36 B de la ley general de telecomunicaciones (Ley 18.168) permitiría la represión penal de la obtención indebida del servicio en cuestión. Dicha figura reza: “c) *El que intercepte o capte maliciosamente o grabe sin la debida autorización, cualquier tipo de señal que se emita a través de un servicio público de telecomunicaciones, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio y multa de 50 a 5.000 UTM*”.

Lo cierto es que los verbos retores empleados por el tipo —en buena medida derivados de la terminología anglosajona— han resultado de difícil conceptualización o delimitación por la jurisprudencia. Por otra parte, la no menor entidad de las penas previstas hace que, aun si se pretendiera la tipicidad de las conductas (cuestión, como se ha dicho, ardua), su aplicación resulte en muchos casos desproporcionada o reñida con criterios de justicia material y, por tanto, escasa.

<sup>48</sup> Exposición de motivos del Mensaje 3083.

<sup>49</sup> Exposición de motivos del Mensaje 3083.

<sup>50</sup> En cierta medida la propuesta escapa al estricto ámbito de los delitos informáticos, sin embargo la ocasión legislativa pareció idónea para hacerse cargo de una problemática vinculada al desarrollo tecnológico.

en el contexto de los delitos de defraudación contenidos en el párrafo 8 del Título IX del Libro Segundo del Código Penal; a saber, un nuevo artículo 470 bis del siguiente tenor:

*“Las penas del artículo 467 se aplicarán también a los que en perjuicio de otro obtuvieren indebidamente, para terceros y a cambio de un beneficio económico, 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 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”.*<sup>51</sup>

*Sin perjuicio de lo anterior, si los servicios de telecomunicaciones se obtuvieren en todo o en parte para sí, y de ello no se reportare ningún beneficio económico distinto de la obtención misma del servicio, la pena será sólo de multa de dos a diez unidades tributarias mensuales, además del comiso de los equipos o instrumentos utilizados.”*

Como puede advertirse, la propuesta ofrece dos vías de solución: una primera base de incriminación –con penas de presidio y multa– dirigida a quienes hacen de la obtención indebida de telecomunicaciones una *actividad lucrativa o empresa*, realidad criminológica reflejada en la exigencia de obtención de suministro “para terceros y a cambio de un beneficio económico”.<sup>52</sup> En el inciso segundo, se prevé en cambio una sanción menor –sólo de multa– para quienes en definitiva acceden a los suministros a título individual (ya pagando por ellos a los suministradores no autorizados, ya obteniéndolos directamente para “consumo” personal). Consideramos que este diferenciado tratamiento penológico se encuentra bien inspirado desde el punto de vista político criminal, y permitirá una efectiva (no simbólica) aplicación de las figuras en comento.

En cuanto a los *medios* de obtención fraudulenta de las telecomunicaciones (*conexiones clandestinas o fraudulentas o cualquier maniobra técnica que permita neutralizar, eludir o burlar los mecanismos de control del legítimo acceso al servicio*), creemos que la descripción típica es lo suficientemente amplia como para evitar una pronta obsolescencia de la figura; en efecto, la referencia final a “*cualquier maniobra técnica*” es comprensiva de todo medio (informático, mecánico, químico, etc.) que redunde en la obtención indebida de telecomunicaciones (por la vía de la elusión de los mecanismos de control del legítimo acceso).<sup>53</sup>

Por último, cabe dar cuenta de la introducción de una fórmula pensada para resolver problemas en la cuantificación del monto de lo defraudado, supuesto el natural carácter reiterado de las conductas típicas. Se plantea así una cláusula similar a la utilizada para los hurtos en el artículo 451 del Código Penal; a saber: “*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*”.

<sup>51</sup> Penas del delito de entrega fraudulenta graduadas en atención al monto de lo defraudado, y que van, en general, desde el presidio menor en su grado máximo (3 años y un día a 5 años de presidio) y multa de 21 a 30 UTM, cuando el monto de lo defraudado supera las 400 UTM; hasta el presidio menor en su grado mínimo (61 días a 540 días de presidio) y multa de 5 UTM, cuando el monto de lo defraudado excediere de 1 UTM y no pasare de 4 UTM.

<sup>52</sup> Quedarían comprendidas aquí, por ejemplo, las bandas dedicadas a la clonación de celulares o bien las “empresas” ilegales de conexión a televisión pagada.

<sup>53</sup> Nótese que esta referencia a los *mecanismos de control del legítimo acceso*, sumada a la exigencia de *perjuicio*, supondría la intención de criminalizar sólo la obtención de señales de telecomunicaciones *codificadas o controladas* por su emisor.

#### 3.4. El delito de daño a datos o programas informáticos y de obstaculización del funcionamiento de sistemas de tratamiento automatizado de la información (modificación a los artículos 485 y 487 del Código Penal)

En la misma línea expuesta a propósito del delito de *acceso indebido a informaciones electrónicas*, se proponen introducir en el Código Penal los delitos de *daños a datos o programas informáticos* y de *obstaculización del funcionamiento de sistemas de tratamiento automatizado de la información*, actualmente cubiertos por los artículos 1º y 3º de la Ley 19.223.

Las razones para una tal modificación corresponden a las expuestas al comienzo de este trabajo: la cuestión del bien jurídico como criterio rector a la hora de valorar el injusto. Como se ha dicho, distinta fue la perspectiva del legislador de 1993; en efecto, según señala el propio Mensaje 3083 en su exposición de motivos, “*llama la atención la excesiva severidad con que [la Ley 19.223] 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*”.<sup>54</sup>

Se propone entonces la reubicación de estos delitos de daño en el párrafo 10 del Título IX del Libro Segundo del Código Penal. En concreto, ello se hace en la moción b. 2974-19, mediante la incorporación de un nuevo numeral en el tipo calificado de daños del artículo 485:

*“Artículo 485. Serán castigados con la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo y multa de once a quince UTM los que causaren daño cuyo importe exceda de cuarenta UTM:*  
(...)

*9º Destruyendo, alterando, inutilizando o dañando de cualquier otro modo los datos, programas o documentos electrónicos de otros contenidos en redes, soportes lógicos o sistemas de tratamiento automatizado de la información».*

Es importante destacar que la inclusión de este numeral 9º significa la penalización del daño a este tipo de objetos, aun cuando el monto del perjuicio sea inferior a 40 UTM. En efecto, en la medida en que la figura del artículo 486 se vincula al tipo del artículo 485, resultan también típicos los daños a *datos, programas y documentos electrónicos* en caso de perjuicio igual o superior a 1 UTM.

Debido a la naturaleza de los objetos materiales, se reconocen formas amplias de causación de *daño*: la *destrucción*, la *alteración*,<sup>55</sup> la *inutilización* y aun *cualquier otro modo* de daño. Por otra parte, no sólo los datos informáticos se protegen, sino también su agrupación ordenada o conforme a sentido: los *programas* computacionales (usualmente denomi-

<sup>54</sup> Exposición de motivos del Mensaje 3083, el cual tomó como base, en este punto, parte del citado informe del profesor Héctor Hernández.

<sup>55</sup> Esta modalidad –la *alteración* de datos o documentos electrónicos– podría colisionar con el delito de falsificación de documentos privados (véase lo dicho *supra*); peor aun, podría invocarse para pretender la incriminación de la mera falsificación de documentos privados, lo cual ciertamente no se aviene con el sistema del Código Penal; creemos en consecuencia que el punto merece una revisión.



nados *software*) y los *documentos electrónicos*. En cuanto al tipo subjetivo, se amplía, admitiendo el *dolo eventual*.<sup>56</sup>

Por fin, en lo que a penalidad se refiere, la propuesta ofrece un marco más amplio y gradual de penas, asociado al valor económico de los objetos afectados. Así, mientras que la hipótesis mayor (daño superior a 40 UTM) se sanciona con pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo y multa de once a quince UTM (artículo 485), la hipótesis más ligera (daño igual o superior a 1 UTM y no superior a 4 UTM) se sanciona con reclusión menor en su grado mínimo y multa de 5 UTM (inciso segundo del artículo 486). El tipo actual de la Ley 19.223 prevé en cambio una pena fija —es decir, independiente del monto del perjuicio— de presidio menor en su grado medio. Se comprende que dicha pena resulta entonces inadecuada —por exceso o por defecto— para los casos extremos.

Por otra parte, se propone incorporar en el Código Penal el delito de *obstaculización de funcionamiento de sistemas informáticos*, previsto actualmente en el inciso primero del artículo 1º de la Ley 19.223. Por no responder a una forma tradicional de daño, hubo de proponerse como hipótesis especial en el contexto del actual artículo 487; así, de aprobarse, la norma rezaría:

“Artículo 487.- *Los daños no comprendidos en los artículos anteriores, serán penados con reclusión menor en su grado mínimo o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales. Igual pena se impondrá al que impidiere u obstaculizare el funcionamiento de un sistema de tratamiento automatizado de la información.*»

Finalmente, en cuanto a los daños a los sistemas mismos (el *hardware*), actualmente sancionado de manera especial en el artículo 1º de la Ley 19.223, la propuesta consiste simplemente en “devolver competencia” a los tradicionales tipos de daño del Código Penal. Siendo los *hardware objetos corporales*, dichos tipos bastaban para asegurar una adecuada protección; de ahí que haya carecido de sentido la protección especial —arbitrariamente agravada— en sede *informática*.<sup>57</sup> La propuesta de ley omite o suprime esta hipótesis “especial” de daño.

#### 4. DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA Y LA FE MERCANTIL

##### 4.1. El delito de falsificación de instrumentos públicos electrónicos (modificación al artículo 193 del Código Penal)

El notable incremento en el uso de los medios informáticos de telecomunicación, llevó al legislador nacional a otorgarle reconocimiento legal a la documentación electrónica. Ello se hizo en virtud de la Ley 19.799, *sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de la firma*, la que equiparó esta clase de medios a los documentos tradicionales. Correspondía entonces hacerse cargo de la problemática ofrecida por la falsificación de estos modernos instrumentos, haciéndolos aplicables los tipos penales vigentes para el mundo del papel. En este sentido se orienta la propuesta de Mensaje 3083.

<sup>56</sup> El artículo 3º de la ley 19.223 exige la realización “maliciosa” de la conducta, razón por la cual, conforme a la interpretación hoy casi unánime en doctrina y jurisprudencia, el *dolo eventual* queda excluido del tipo subjetivo.

<sup>57</sup> En efecto, si lo que quiso protegerse es el eventual mayor perjuicio a intereses patrimoniales o extra-patrimoniales —debido a las enormes posibilidades de alojamiento de datos que ofrecen en ocasiones los *hardware*—, ello debió hacerse por otro medio (expreso), y no por la vía de sobrevalorar en abstracto la entidad del objeto material.

Podría considerarse superflua la necesidad de introducir una reforma penal (expresa), atendido el hecho de que la Ley 19.799 equipara los documentos electrónicos a los tradicionales (arts. 1º, 3º y 7º, entre otros de la ley). Sin embargo, dos razones cooperan en el sentido asumido por el Ejecutivo. En primer lugar, deben considerarse las históricas dudas con respecto al impacto o eficacia penal de una ley extra-penal (como lo es la citada ley), más aun si ella redundaría en una ampliación de la tipicidad. En seguida, debe considerarse que la casuística formulación del tipo de falsificación de instrumentos públicos (artículo 193 del Código Penal) —base, por lo demás, para la construcción del resto de los tipos de falsificación— no puede estimarse precisamente como un modelo de claridad.<sup>58</sup> Esta circunstancia aconsejaba entonces la introducción de una cláusula expresa, que al menos innovara en lo que a *falsificación material* se refiere. Entre otras cosas, en dicho terreno valía la pena recepcionar (expresamente) el “añorado” *forjamiento* como hipótesis de falsificación.<sup>59</sup>

La propuesta de ley consiste entonces en la introducción de un nuevo inciso segundo en el artículo 193 del Código Penal; de llegar a aprobarse en los términos actuales, la disposición rezaría:

“Artículo 193. *Será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo el empleado público que, abusando de su oficio, cometiere falsedad:*

1. *Contrahaciendo o fingiendo letra, firma o rúbrica.*
2. *Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido.*
3. *Atribuyendo a los que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho.*
4. *Faltando a la verdad en la narración de hechos sustanciales.*
5. *Alterando las fechas verdaderas.*
6. *Haciendo en documento verdadero cualquiera alteración o intercalación que varíe su sentido.*
7. *Dando copia en forma fehaciente de un documento supuesto, o manifestando en ella cosa contraria o diferente de la que contenga el verdadero original.*
8. *Ocultando en perjuicio del Estado o de un particular cualquier documento oficial.*

*Asimismo, cometerá falsedad y será castigado con igual pena el 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.*”

<sup>58</sup> Cfr. ETCHEBERRY, Alfredo, *op. cit.*, p. 145 y ss; igualmente, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *op. cit.*, p. 240.

<sup>59</sup> Sobre esta materia, como sobre la cuestión del “ánimo de lucro” como requisito de la estafa (véase *supra*), no se ha querido aportar ningún elemento en favor o en contra del histórico debate jurisprudencial y doctrinario. Si acaso esta “neutralidad” resulta algo ingenua, es cuestión que no estoy en condiciones de evaluar aquí; lo cierto es que, en lo que respecta al *forjamiento* de documentos, su inclusión (la certeza de la misma) bien valía el riesgo.

Como puede apreciarse, la cláusula innova en lo que se refiere a las modalidades de *falsificación material*. Para abarcar dichas falsedades, se utilizan, de manera alternativa, los verbos rectores *forjar* y *alterar*. Por el contrario, en materia de *falsificación ideológica*, la propuesta simplemente remite a los numerales que actualmente se hacen cargo de ella (nº s 2, 3, 4 y 7 del artículo 193).

En cuanto al objeto material, es claro que por documento o instrumento público electrónico debe entenderse aquél otorgado por medio de firma electrónica avanzada.<sup>60</sup> En cuanto al concepto mismo de *documento público*, ciertamente no se innova, sujetándose la cuestión a lo discutido a propósito del instrumento público tradicional.<sup>61</sup>

Por último, cabe dejar constancia de las razones por las que se reitera en el nuevo inciso la referencia a lo que sería un *nomen iuris* (la expresión “cometerá falsedad...” utilizada en el encabezado). La idea era que, sin más, se entendiera extendida la modificación del artículo 193 a los siguientes artículos que penalizan la *falsificación de documento público por privados* y el *uso malicioso del instrumento falso* (artículos 194 y 196, respectivamente). El proyecto original del Ejecutivo se orientaba en esta dirección, pero el feliz aporte de la Cámara de Diputados –contexto en el que se introdujo en el nuevo inciso la expresión “cometerá falsedad”– dejó aún más clara la cuestión.

Pues bien, lo dicho recientemente ahorra muchas palabras en cuanto al alcance de la modificación propuesta: el *forjamiento o la alteración de documento público electrónico*, realizada por un particular, será punible por aplicación del tipo del artículo 194 del Código Penal.<sup>62</sup> Lo mismo cabe decir, por aplicación del tipo del artículo 196 del Código Penal, del *uso malicioso del instrumento público electrónico* falsificado en los términos del artículo 193.

Finalmente, en cuanto a la falsificación de *documentos privados electrónicos*, diré simplemente que los fundamentos y técnica de su incriminación son análogos a los expresados aquí con respecto a los instrumentos públicos. Se ha tratado eso sí en un espacio distinto (*supra* 3.1.), por estricta consideración al bien jurídico afectado. Distinto lugar merece en cambio la novedosa propuesta dirigida a penalizar la *mera falsificación* de ciertos documentos privados, propuesta que, amén de tener una conexión sólo parcial con las ideas matrices del proyecto, se aleja de la sistemática asumida en lo pertinente por nuestro Código Penal. Paso de inmediato a tratar esta última materia.

#### 4.2. El delito de forjamiento de cheques y tarjetas de crédito (nuevo artículo 161 de la Ley General de Bancos)

Considerado que el delito de falsificación de instrumentos privados requiere de *perjuicio* para su consumación, preocupaba a algunos parlamentarios la posibilidad de que un hecho como, por ejemplo, el *mero hallazgo de un contenedor de tarjetas de créditos clonadas*, pudiera

quedar impune. Durante la tramitación se planteó entonces por dichos actores la posibilidad de sancionar la *mera falsificación* de ciertos documentos privados. Originalmente se propuso por la Comisión de Ciencia y Tecnología de la Cámara una fórmula amplia, ubicada en el artículo 197 del Código Penal, y que sancionaba toda falsificación de instrumento privado mercantil *cuando no concurriere perjuicio de tercero*.<sup>63</sup>

Según consta en los informes de las Comisiones, los representantes del Ejecutivo insistieron que hechos semejantes podían sancionarse en cuanto *seniatives*, supuesta la existencia de un *principio de ejecución*.<sup>64</sup> Lo anterior, se dijo, sin perjuicio de la eventual procedencia del delito de *asociación ilícita*. Por otra parte, y ya desde un punto de vista más bien sistemático, se sostuvo también que la *fe mercantil o privada* no podía erigirse en un bien jurídico autónomo –como lo es la fe pública–, al menos no sin determinadas condiciones asociadas a un compromiso o ingerencia estatal, con miras a garantizar mayores estándares de autenticidad en la emisión de los documentos; condiciones éstas, se agregó, que podrían entorpecer la emisión de dinero plástico y que, en consecuencia, los propios privados no estarían interesados en aceptar.<sup>65</sup> En fin, se dijo que podía incluso ser realista proteger la fe mercantil *per se* –atendida la siempre mayor ingerencia de los sectores privados en el plano económico: el dinero plástico como reemplazante del metal o billete, se argumentaba<sup>66</sup>–, pero que ello no podía hacerse sino rehaciendo completamente nuestro sistema de delitos de falsedad documental; lo cual, a su turno, no podía concretarse “de contrabando”, a propósito de un proyecto de ley de pretensiones bastante más modestas.<sup>67</sup>

Estas razones pesaron en la Comisión de Constitución de la Cámara, la cual rechazó la propuesta emanada de la Comisión de Ciencia y Tecnología.<sup>68</sup> Sin embargo, se presentó posteriormente una nueva indicación, más acotada y ya no destinada a enmendar el Código Penal sino la Ley de Bancos, pero igualmente orientada en la dirección asumida por la Comisión de Ciencia. Así, esta es la propuesta de ley que resultó aprobada por la Cámara:

<sup>63</sup> Así se hizo, a propuesta del H. diputado Darío Paya, en el texto aprobado por la Comisión de Ciencia y Tecnología de la Cámara. El texto de enmienda al artículo 197 Código Penal rezaba entonces: “Del mismo modo se castigará al que forjare o alterar cualquier medio de pago o de identificación, sean estos físicos o electrónicos, que permitan modificar situaciones patrimoniales. Cuando en los casos de falsedades a que se refiere el inciso anterior no concurriere perjuicio de tercero, se aplicará la pena prevista en el inciso primero de este artículo.” La Comisión de Constitución de la Cámara rechazó la propuesta, restaurando el régimen de exigencia de perjuicio (por las razones que a continuación se señalarán). Sin embargo, finalmente, en el contexto del debate en Sala, se presentó por el H. diputado Paya una indicación que resultaría aprobada. Ella es la que a continuación se transcribe y comenta.

<sup>64</sup> Véase el informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados.

<sup>65</sup> Véase la opinión del H. Diputado Juan Bustos en el informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados. En un sentido similar se pronunció también el profesor Juan Pablo Hermosilla, citado como informante tanto por la Comisión de Ciencia y Tecnología de la Cámara de Diputados, como por la Comisión de Constitución del Senado.

<sup>66</sup> Véase la opinión del H. Diputado Darío Paya en el 1er informe de la Comisión de Ciencia y Tecnología.

<sup>67</sup> Véase el informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados; en especial la opinión del H. diputado Juan Bustos.

<sup>68</sup> Véase nota Nº 64.

<sup>60</sup> Véanse los artículos 2º letra d) y 7º inciso segundo de la Ley 19.799.

<sup>61</sup> Cfr. por todos, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *op. cit.*, p. 239 – 240.

<sup>62</sup> En cuanto a la posibilidad de sancionar a los particulares por la *falsificación ideológica* de instrumento público, nuestro medio la ha rechazado de manera mayoritaria (Cfr. por todos, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia, *op. cit.*, p. 238, 239 y 243). No se puede sino adherir a esa posición.

*“Agréguese el siguiente artículo 161, nuevo, al DFL N° 3 de 1997, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos:*

*“Artículo 161.- El que cometiere falsedad forjando cheques o tarjetas de crédito emitidos por entidades sometidas a la fiscalización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, será sancionado con pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, salvo que por aplicación del artículo 197 del Código Penal le correspondiere mayor pena.»*

Como puede advertirse, el tipo propuesto es bastante más restringido que el aprobado originalmente por la Comisión de Ciencia y Tecnología de la Cámara. Lo anterior no obsta a que, en consonancia con lo expresado durante el trámite legislativo, el texto nos merezca reparos.

Se sanciona, sin esperar el *perjuicio para terceros*, el forjamiento (no autorizado o falso) de cheques y tarjetas de crédito.

La pena corporal corresponde a los dos grados inferiores de la pena prevista por el artículo 197 para la falsificación de documentos privados.

Por otra parte, cabe hacer notar la existencia de una *cláusula de subsidiariedad expresa*. En efecto, si concurre perjuicio, se dará exclusiva aplicación al tipo del artículo 197 del Código Penal. Como es sabido que –desgraciadamente– este tipo de ilícitos raramente se persiguen o detectan antes de que se cause perjuicio (concreto) a alguien, la *cláusula de subsidiariedad* garantizaría una escasa aplicación del tipo especial en comento. Ello no es culpa, por cierto, de la cláusula de subsidiariedad –la que sólo viene a resolver un problema de *concurso aparente* en favor del delito de mayor pena–, sino de nuestra realidad criminológica y persecutoria.

En fin, pudiendo existir ciertas razones para avanzar en la senda marcada por la indicación –al menos reconociendo que el punto es discutible y que merece mayor reflexión–, no creemos que una reforma a los delitos informáticos sea el escenario idóneo para adoptar semejante decisión legislativa.