

DEBATE PARLAMENTARIO EN EL AMBITO DEL DERECHO INFORMATICO. ANALISIS DE LA LEY Nº 19.223, DE JUNIO DE 1993, QUE TIPIFICA DELITOS EN MATERIA DE SISTEMAS DE INFORMACION

RENATO JAVIER JIJENA LEIVA
Universidad Católica de Valparaíso

CONSIDERACIONES PRELIMINARES Y PLAN DE TRABAJO

En julio de 1991 el diputado José Viera-Gallo presentó a trámite parlamentario una moción para tipificar el *delito informático*, contenida en el Boletín Nº 412-07. Finalizado el debate legislativo en ambas ramas del Congreso, el proyecto fue promulgado y publicado como ley bajo el Nº 19.223 en el Diario Oficial del 7 de junio de 1993, ...pero con un alcance nunca vislumbrado por su autor.

En agosto del mismo año los diputados Hernán Bosselin y Sergio Pizarro presentaron otra moción, contenida en el Boletín Nº 452-07, en la que recogieron un proyecto de ley elaborado en la pasada Administración por una comisión ad hoc, sobre *protección del tratamiento de datos*¹ personales y criminalidad informática.

¹ *Dato* es un hecho que describe sucesos y entidades; según la Comisión redactora del proyecto recogido por Bosselin y Pizarro, es todo hecho representado bajo una fórmula convencional apropiada para su comunicación, interpretación o tratamiento, sea por el hombre, sea por medios automáticos. El conjunto organizado de aquéllos,

En diciembre de 1992 el senador Eugenio Cantuarias presentó una moción sobre protección de la vida privada, contenida en el Boletín N° 896-07 y en cuyo Título II se abordan algunos *principios básicos que deben regir en la manipulación de datos personales mediante la informática*.²

Los tres proyectos obedecieron a iniciativas aisladas de cada uno de los parlamentarios patrocinantes. Ellos no han aludido -al fundamentarlos- a la necesidad de que el ordenamiento positivo regule, previa definición de políticas informáticas, una serie de consecuencias de índole social, económica y jurídica que, en nuestro país, se han derivado del acelerado desarrollo experimentado por las tecnologías de la información y las telecomunicaciones, en particular, de su uso abusivo o ilícito. Son mociones que *abordan determinados tópicos del Derecho Informático*.

Jamás he sostenido que deba promulgarse "una sola gran legislación", una suerte de Código de Derecho Informático que aborde diversas materias.³ Con lo dicho en el párrafo anterior hago presente que -al no existir un espíritu real de solucionar problemas- no se ha entendido la necesidad de regular conjuntamente, por la interrelación que existe entre ellos, v.gr. los siguientes temas: la recopilación, procesamiento, almacenamiento y difusión de determinados datos; la

ordenados y reordenados de forma utilizable, constituyen *información* y se caracterizan por ser significativos y pertinentes para la organización que los percibe.

² Además de los proyectos y la ley indicados cabe citar otras iniciativas. El diputado Aldo Cornejo dio a conocer por la prensa, en marzo de 1992, que había sometido a trámite una moción sobre legislación informática para conciliar el derecho a la información con la protección de la intimidad de las personas; pero tal presentación nunca se formalizó. Por su parte el Ejecutivo, al formular indicaciones a la moción sobre delito informático, anunció que se enviaría al Parlamento un proyecto para regular ámbitos que conciernen "a la informática jurídica" (un error conceptual), garantizando el derecho de intimidad y estableciendo normas sobre los procedimientos judiciales y medios de prueba informáticos.

³ La posición contraria me fue atribuida por el diputado Viera-Gallo cuando en una entrevista, al serle formulados diversos reparos de mi autoría, desautorizó los mismos señalando que no creía oportuno que se esperase una sola gran legislación o se pusiera como prerrequisito el tener que legislar en los datos. Véase la *Revista Informática*, N° 1, Volumen 15, de enero de 1993, p. 20.

conveniencia de que los titulares posean garantías para acceder a la información tratada electrónicamente, máxime si ella es "nominativa"; la importancia de sancionar -no sólo pero sobre todo penalmente- las conductas dolosas que se cometan contra el soporte lógico y durante el ciclo operativo de algunos bancos de datos o ficheros computacionales; la consideración de la transmisión -vía redes- que se hace de ellos; y la necesidad de que existan normas expresas para acreditar jurídicamente estas operaciones.⁴

El presente estudio analiza las mociones -en especial aquella que ya se incorporó a nuestro ordenamiento positivo- de forma interrelacionada, sistemática o dentro de un contexto, proponiendo soluciones a determinados conflictos. *Porque si se entienden la trascendencia e implicancias de las materias involucradas, en particular de la regulación del procesamiento electrónico de datos personales y la criminalidad informática, ...resulta evidente que no pueden ser analizados en abstracto e independientemente, salvo que alguien se contente con un estudio y una reglamentación no apuntados a obtener soluciones de fondo.*⁵

Para alcanzar el objetivo propuesto el trabajo se divide en tres partes. En la primera intento dar a conocer algo de "mi verdad" sobre el estado del arte, respaldada por la opinión de autores nacio-

4 La cuestión probatoria no es tan relevante para los eventuales procesos penales, por cuanto, en virtud de lo que disponen los artículos 113 y 113 bis del Código de Procedimiento Penal, para la comprobación del hecho punible y la averiguación del delincuente la ley admite el uso de nuevos medios: el sentenciador puede valerse de resultados obtenidos por medio de la computación y admitir como prueba cualquier medio apto para producir fe.

5 En este orden de ideas, la página editorial de la *Revista Derecho y Humanidades* de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, fundamentaba a fines de 1992 el espíritu crítico de los artículos de su segundo número en "un diagnóstico del ambiente que se respira en los espacios de decisiones de poder en Chile" -políticos, legislativos y judiciales-, percibiendo "una generalizada sensación de autocomplacencia, una carencia extendida de ánimo inquisitivo al enfrentarse a posiciones distintas, una inclinación poderosa a mantenerse en las fronteras más próximas de todo". Sostenía además el editorial, que la existencia en Chile de un exceso de ánimo conciliador ha repercutido en la mantención de problemas latentes, los que, por displicencia, no han sido enfrentados con un espíritu real de darles solución...

nales y extranjeros, por las opciones del Derecho Comparado y por la constatación de situaciones que reflejan su vigencia en nuestra sociedad; porque en derecho todo es opinable, ella no tiene por qué ser necesariamente, "la verdad" Tomo como base fundamental un trabajo de investigación de seis años cuyas ideas principales están contenidas en mi libro "Chile, la protección penal de la intimidad y el delito informático", que en marzo de 1992 publicó la Editorial Jurídica Andrés Bello⁶⁻⁷. En *la segunda* se analizan las iniciativas legales aludidas, con la esperanza de que, a esas alturas, los reparos formulados se evidencien casi por sí mismos; y en *la tercera* propongo, en un plano de *lege ferenda* o de ideas sobre cómo legislar, el contenido que, sobre todo pero no exclusivamente para Chile, debe tener una ley reguladora del procesamiento de datos.

PARTE PRIMERA

I. Categorías conceptuales y fundamentos doctrinarios

I.A. Sobre la *informática*: cuatro ideas indispensables

Puede definirse como la ciencia del procesamiento o del tratamiento automatizado de información y está llamada a solucionar fenómenos como "la explosión informativa" del mundo moderno. Del maridaje con las telecomunicaciones, para efectos de transmitir datos a distancia -incluso vía satélite- surge la *telemática*.

6 El libro fue citado en los informes de las Comisiones de Constitución, Legislación y Justicia, tanto de la Cámara de Diputados como del Senado; por el tenor del debate creo que los parlamentarios no lograron entender el contenido, la exposición sistemática de temas relacionados, los alcances y la trascendencia de mi trabajo; tampoco se hicieron cargo de los reparos expresamente formulados a la moción de Viera-Gallo -contemplados en la (n.143) del libro-.

7 Este estudio retoma algunas propuestas del trabajo que publiqué en el número anterior de esta Revista, N° XIV, correspondiente al período 1991-1992, pp. 389 ss.

En todo ordenador (el término resulta de la traducción del vocablo francés "ordinateur"), en todo computador o sistema informático, siempre se distinguen dos elementos copulativos que funcionan o actúan complementariamente: una cosa es el *soporte físico*, "hardware" o "hard", los equipos, las partes o componentes, las pantallas, teclados, impresoras, etc. y otra cosa es el *soporte lógico*, el "software" o "soft", los *programas* o instrucciones que permiten el manejo de *datos*, mismos que se caracterizan por ser inmateriales, por estar constituidos por una serie de impulsos eléctricos o flujos electromagnéticos.

Una computadora es un automatismo, que mientras esté energizada cumplirá rigurosamente su ciclo de máquina, sin que posea conciencia sobre la naturaleza de la información con que opera. La ejecución de instrucciones -de una serie de secuencias o pasos lógico formales- requiere del uso adecuado y normal del programa que las contiene; *el funcionamiento del ordenador está gobernado por el programa, pero el primero no depende exclusivamente del segundo.*

Enfrentados al problema de interpretar términos o palabras técnicas de toda ciencia o arte, hay que tener presente el artículo 21 del Código Civil, cuando señala que aquéllos se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte. Así, *un sistema de información, de tratamiento o de procesamiento de la misma* no necesariamente debe ser automatizado u operar con auxilio de la computación: aunque menos ventajoso, puede ser manual o mecánico y los datos de entrada recibirse en forma visual (a través de papeles) o audible; es decir, la noción es mucho más amplia y comprende a todos aquellos sistemas que recogen, elaboran y transmiten datos con un fin determinado⁸⁻⁹.

⁸ La distinción entre sistemas automatizados y manuales concuerda con el concepto de dato recogido más arriba -en la (n. 1)- y fue tomada en cuenta por el Senado cuando expresamente incluyó a ambos como objeto material de los delitos tipificados en la ley N° 19.223.

⁹ La ciencia o arte, la disciplina científica que está a la base de nuestro trabajo -y de la informática y del Derecho Informático- es la Teoría General de Sistemas (TGS); éstos se definen como un conjunto de elementos interrelacionados entre sí, con

I.B. Derecho Informático e Informática Jurídica.

1 *Derecho Informático*¹⁰ es la disciplina que surge -reclamando autonomía- al considerar a la ciencia del tratamiento automatizado de datos como objeto de su análisis, y que aborda la regulación del uso y el eventual abuso de la computación. Hay quienes distinguen entre un derecho privado y un derecho público de la informática; yo formulo la propuesta de concebirlo por sobre la tradicional dicotomía. Serían tópicos en los que predomina el enfoque privativista la contratación informática y la protección legal de los programas; serían materias de derecho público la criminalidad informática, los medios de prueba de la actividad computacional, el flujo de datos transfronterizas, la protección de datos personales y nuevos principios como la libertad informática, la autodeterminación informativa y el derecho de acceso.

Esta nueva rama jurídica plantea un desafío,¹¹ cuyo discurso debe ser científico o ajeno a intereses de ciertos sectores y que consiste, sobre todo, en tener que volver a un derecho sobre lo inmaterial o abocado a la regulación de valores inmateriales -v.gr. determinadas especies de información, la propiedad intelectual sobre los programas computacionales, la intimidad, etc.-; y al asumirlo, al responder al desafío, las intervenciones legislativas deben partir, con profundidad y claridad, por definir qué es lo que realmente requiere de tutela.

2. *Informática jurídica* es una expresión que no presenta límites determinados y es difícil de definir; cubre a las posibles aplicaciones del procesamiento de datos en la actividad de los juristas. Se la llama

características comunes y que comparten un objetivo definido; así, v.gr., pueden ser ecológicos, económicos, políticos y de información.

10 El desarrollo de mis ideas sobre las características, la relativa autonomía y los tópicos relevantes de esta rama del saber jurídico, puede consultarse en el Capítulo I del libro citado al inicio, pp. 19 ss.

11 El tema del desafío a que debe responder esta nueva disciplina ha sido desarrollado por Michel Vivant, profesor del IRETIJ de la Universidad de Montpellier, en una publicación titulada "Diálogos sobre la informática jurídica", de junio de 1989, editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-México.

documental o de las fuentes del derecho, para aludir a la sistematización y recuperación automática de datos legales, jurisprudenciales y doctrinarios. Se denomina *de gestión*, para referirse al tratamiento electrónico de información en oficinas jurídicas, subdistinguiéndose tres tipos: *operacional*, cuando se implementa en los juzgados; *registral*, pensando en la retención y actualización permanente de información histórica; y *decisional*, para analizar la posible aplicación de ordenadores en el proceso de razonamiento jurídico, no sólo judicial. A la sazón, estas materias están siendo profundamente investigadas en la Escuela de Derecho de la UCV.¹²

I.C. Sobre el *procesamiento de datos* y su regulación. Reseña del actual marco de tutela a la privacidad

1. Porque no todo conjunto organizado de datos tiene la misma relevancia, se debe determinar cuál es la información cuyo control posibilita una forma de poder, cuál es transada en el mercado y constituye un bien económico, cuál influye en la toma de decisiones, cuál eventualmente será manipulada, alterada, hurtada o sabotada y cuál puede llegar a ser utilizada por un Estado para oprimir a sus nacionales. Precisados estos puntos se entiende qué bienes jurídicos requieren de protección legal.

2. Reiteradamente he afirmado que el abuso de las posibilidades computacionales constituye la amenaza por excelencia contra la privacidad; porque la masificación en el uso de ordenadores enfatiza un problema preexistente: que la recopilación, procesamiento, almacenamiento y transmisión de datos nominativos permite obtener una imagen inmaterial de aquellos cuyos antecedentes son tratados.

¹² En una Tesis de Licenciatura elaborada por el egresado de la Escuela de Derecho Samir Suez S. y guiada por el Doctor Alejandro Guzmán B., por primera vez en Chile se han estudiado metodológicamente las posibles aplicaciones de la ciencia informática a la labor del razonamiento jurídico; además de perfilar claramente conceptos hasta ahora difusos en la doctrina, con elementos de lógica formal Samir Suez replantea dogmáticamente y hace resurgir para el derecho a la *iuscibernética*.

3 Pensemos en los siguientes datos: nombres y apellidos, fecha de nacimiento -edad-, sexo, origen étnico (ser mapuche) y nacionalidad, religión, estado civil, estudios, profesión, domicilio, número de teléfono, rol único nacional y tributario, número de registro electoral, militancia política, situación militar, situación laboral, afiliación sindical, antecedentes patrimoniales, comerciales y tributarios (solvencia), prontuario, enfermedades, viajes, etc. Preguntémosnos luego cuáles conforman la esfera social o pública (porque vinculan a una persona con la sociedad) y cuáles la esfera íntima o privada de un sujeto (a quien le interesa que sean confidenciales); si es posible distinguir entre datos nominativos y estadísticos (cuando no permiten individualizar a persona alguna); y cuáles, por ser especialmente importantes o sensibles, quizás habría que mantenerlos al margen del procesamiento electrónico.

4 La intimidad, reflejada en la información nominativa de un sistema informático, constituye el núcleo esencial de la personalidad y es preciso defenderlo de la manipulación por parte de los grupos de poder que emergen en nuestra sociedad de masas. La respuesta del Derecho Comparado ha sido la promulgación de específicas *leyes de protección de datos*, *data protection act* o *datenschutz*,¹³ las que buscan armonizar dos intereses en conflicto: la necesaria confidencialidad para determinada información y la posible accesibilidad a la misma, requerida por un legítimo ejercicio del derecho a darla y recibirla, como es el del Estado que intenta cumplir sus fines promocionales, asistenciales o de bien común. Derivadas del *habeas data* o derecho de acceso articulan una serie de garantías, crean órganos fiscalizadores y establecen obligaciones y responsabilidades, porque la privacidad hoy no puede ser individualista y absoluta (el "right to be let alone"), ella se traduce, legalmente, en la facultad de toda persona para controlar el uso que se haga de información que le concierna.

¹³ Sobre este tema véase el acápite D del Capítulo II de mi libro citado, pp. 45 ss.

5. En casi todos los cuerpos legales se consagran penas para la violación de sus preceptos, porque se ha entendido que *es en el ámbito de las limitaciones al uso de la informática donde deben tipificarse delitos, para sancionar atentados contra bienes jurídicos valiosos.*

6. Me preocupa¹⁴ el tema de la confidencialidad y resguardo legal de datos personales, ...en definitiva, el problema del respeto y protección de la privacidad de las personas, cuyos antecedentes -aquellos que permiten conocer su realidad de vida e individualizarlos- son recopilados, procesados, almacenados y transmitidos o cruzados (para elaborar perfiles de personalidad),¹⁵ arbitraria, injusta y abusivamente, la mayor de las veces con fines de lucro o comerciales y no para satisfacer necesidades de orden público o bien común. Planteo pues dos interrogantes: ¿cuál es la protección que actualmente otorga el derecho positivo al bien jurídico privacidad?; ...y en un plano de *lege ferenda*, ¿qué mecanismos deberían contemplarse?

6.a) En sede constitucional existe *el recurso o la acción de protección*, consagrada en el artículo 20 de la Constitución Política de 1980, en cuya virtud -y en relación con el 19 N° 4- la víctima de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, que le ocasionen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio del derecho al respeto y protección de la vida privada, personal y familiar, puede accionar directa y judicialmente. Este mecanismo permitirá, *cuando las acciones sean correctamente fundamentadas*, que los Tribunales Superiores de Justicia ejerzan la jurisdicción conservadora que les compete, resguardando así la intimidad de millones de chilenos, que actualmente conocen, recopilan, administran y comercializan diversas empresas privadas y órganos del Estado, en la forma que en el

14 La inquietud es compartida; en otro libro publicado en Chile por la Editorial Andrés Bello, "Informática Jurídica" de Marie Claude Mayo, se señala expresamente -p. 95- que por su trascendencia, la protección de la privacidad es el tema que jurídicamente se debe analizar en primer término.

15 Es un error conceptual considerar que se invade la intimidad "si uno recoge mucha información pública de una persona y la pone toda junta"; así lo declaró el diputado Viera-Gallo, a la *Revista Informática*, N° 1, Volumen 15, de enero de 1993, p. 20.

acápito II se señala. Para lograrlo *los magistrados deberán interpretar, en forma distinta a la realizada hasta la fecha,*¹⁶ *una garantía constitucional consagrada en términos muy amplios* (aunque además se vulneran otras dos), cumpliendo así con la intención original del Constituyente: que sin perjuicio de la necesaria regulación legal, en cada caso y según las circunstancias la concretización de la privacidad quedase entregada al criterio de la jurisprudencia, misma que debería ir configurado zonas que no deben ser invadidas.

6.b) En sede civil tiene plena aplicación el ámbito de la responsabilidad extracontractual, que se traduce en la necesidad de indemnizar a la víctima los perjuicios que se le causen mediante hechos jurídicos ilícitos, culpables o dolosos, cometidos contra la información nominativa de un sistema. Esto en conformidad a las reglas generales, aunque nada obsta a que se expliciten acciones específicas, se establezca imperativamente la obligación de indemnizar daños morales y se consagre su tramitación conforme a un procedimiento breve o sumario.¹⁷

16 Al menos cinco recursos de protección se han deducido en contra de DICOM S.A. Uno fue acogido por la I. C. de Apelaciones de Concepción y ratificado por la E. Corte Suprema (véase Revista Fallos del Mes, N° 352, de 1988), pero se interpuso en resguardo de la honra de una persona a la cual se le hacía aparecer, indebidamente, como deudora. Los otros cuatro habrían sido rechazados sobre la base de que, según las Actas Constitucionales, la CPE, distingue entre un patrimonio "moral" y otro "económico" de las personas; ciertos datos que conformarían el primero serían reservados y, el segundo, comprendería información comercial cuya naturaleza sería pública, teniendo la sociedad derecho a conocerla -y DICOM a procesarla, cruzarla y negociarla-. Esta tesis es en su base y por varias razones refutable; estimo que tal distinción, con el tenor aludido, nunca estuvo presente en el debate los planteamientos del Constituyente.

17 Tales opciones se contemplan en la moción del senador Cantuarias, más abajo analizada.

6.c) En sede del Derecho Penal vigente¹⁸⁻¹⁹, reitero como el ámbito de protección que nuestro ordenamiento jurídico punitivo dispensa a la intimidad es mínimo y frente a la informática, inexistente. Más ampliamente, el Código se muestra particularmente arcaico en la tutela de bienes jurídicos que se han decantado con el desarrollo de la tecnología y, en cuanto al resguardo de objetos jurídicos inmateriales (intimidad, honor u honra, secreto) sólo contiene manifestaciones muy parciales. No puede ser de otra forma porque data de 1874.

Así, v.gr., para sancionar los abusos contra datos nominativos no es posible aplicar los delitos genéricamente denominados de *violación de secretos*, que asistemáticamente contempla el Código (v.gr. artículos 109, 146, 155, 156, 224, 231, 246, 284, 337). Aquéllos deben estar resguardados expresamente por un ámbito de conocimiento reservado, es decir, deben poder ser calificados como secretos dignos de protección penal, lo que en Chile aún no se hace -en una ley ad hoc que establezca esta especial obligación-. De lo contrario resultaría atípico el apoderarse de datos personales, porque que ellos permitan individualizar a alguien -que sean nominativos- no necesariamente implica que su conocimiento deba ser reservado a un

18 Una referencia a los posibles tipos aplicables a la tutela de la intimidad, tanto en Chile como en Derecho Comparado, está formulada en las páginas 53, 56, 59 ss. de mi libro citado, y repetida en parte en las páginas 401 y 401 del número anterior de esta Revista; la conclusión es que sólo subsumen atentados contra datos nominativos si son objeto de una interpretación demasiado extensiva.

19 Aunque aún no es derecho vigente, actualmente se debate en el Parlamento una moción del senador Miguel Otero que, a diferencia de la Ley de Telecomunicaciones (donde se protege la inviolabilidad y el secreto de las telecomunicaciones) incorpora dos nuevos artículos al Código Penal -161A y 161B- para tutelar la privacidad de las personas sancionando, grosso modo, a quienes sin autorización del afectado capten, graben, intercepten, fotografíen, fotocopien o reproduzcan conversaciones, documentos, imágenes o cualquier otro hecho de carácter privado, así como su divulgación. Por la configuración de los tipos, en principio parece difícil que ellos penalicen conductas atentatorias contra la intimidad realizadas informáticamente; quizás dentro de la "captación o interceptación de comunicaciones privadas" podrían subsumirse los "pinchazos" de redes telemáticas.

grupo restringido, atendido un legítimo interés en mantener su confidencialidad: intimidad y secreto son bienes jurídicos distintos

6.d) En sede del Derecho Informático debiera existir una ley de protección de datos,²⁰ que contemplase en particular sanciones administrativas y penales. Frente a conductas en que dolosamente y sin derecho se atente contra el contenido lógico de un sistema (manipulando o alterando, "hurtando" o dañando datos y programas), existe unanimidad en que la tutela requerida pasa por la tipificación de delitos informáticos. La *ley N° 19.223* no ha solucionado el problema; anticipo la siguiente consideración: por la ambigüedad y generalidad del ámbito de aplicación de los tipos consagrados, a priori si subsumirían algunas conductas contra datos nominativos; sin embargo, durante el debate en Comisión el autor de la moción excluyó expresamente tal posibilidad.

I.D. Sobre la *criminalidad informática*

1 Surgen inevitablemente algunas interrogantes: ¿cuáles son los actos que deben ser reprochados penalmente o sancionados con privación de libertad?; ¿cuáles son los bienes jurídicos involucrados, valiosos, relevantes, o vitales para el individuo y la sociedad?; ¿cuáles son las especies de información que requieren de tutela?; ¿en qué contexto deben tipificarse delitos informáticos: en el Código del ramo, en una ley de protección de datos o aisladamente?; ¿es conveniente simplemente configurar ilícitos, dejando de lado principios y características tan esenciales al Derecho Penal como son los de mínima intervención, *ultima ratio* y su carácter fragmentario,²¹ es

20 La moción del senador Cantuarias también alude a la necesidad de que en Chile se promulgue una ley de protección de datos; la misma inquietud es compartida por el Ejecutivo -véase la (n. 2)-

21 El carácter fragmentario significa que entre la amplia variedad de hechos punibles, atentatorios contra un bien jurídico, obligadamente hay que seleccionar algunos -los de mayor gravedad- para ser tipificados; por eso que el Derecho Penal es calificado como "un sistema discontinuo de ilicitudes" o "un archipiélago de hechos punibles"

decir, sin previamente haber considerado otros mecanismos menos drásticos, v. gr., sanciones administrativas?

Aún hoy considero necesario propugnar una corriente legislativa de *lege ferenda*, en cuanto a la necesidad de crear tipos penales que salgan al paso de los abusos que se cometen en el ámbito de la informática, porque realmente estamos en presencia de un fenómeno tecnológico que requiere la intervención del *ius puniendi* del Estado. Ocurre que las nuevas tecnologías constituyen una variable cada vez más presente en los delitos, situación que se agrava, porque por regla general el ordenamiento penal vigente no subsume -no puede hacerlo- a los *illicitos realizados mediante el computador y contra los datos o programas de un sistema de tratamiento automatizado de información*²²

2 Una idea es esencial y ya veremos que no ha sido entendida en el debate parlamentario sobre la moción del diputado Viera-Gallo: *no hay criminalidad informática en los atentados o abusos contra la totalidad de un sistema computacional, objeto directo y material*²³ *del ilícito*. Sólo es necesario tipificar para sancionar conductas que afecten al soporte lógico, al software, a sus *datos* (v. gr. cuando son manipulados, hurtados o atisbados) o a los *programas* con que se opere (v. gr. cuando son copiados ilegalmente o modificados), que son dígitos binarios o impulsos eléctricos, que son bienes inmateriales, intangibles, no apropiables o no aprehensibles físicamente, que no son cosas corporales muebles para los efectos de recurrir a los tipos contemplados en el Código Penal

22 Sin entrar aún al análisis de la Ley N° 19.223, todos los comentarios de este acápite siguen siendo plenamente válidos para los tipos contemplados en el Código Penal, en cuyo catálogo no se incorporaron las nuevas conductas consideradas constitutivas de delitos contra cualquier especie de sistema de tratamiento de información.

23 En Derecho Penal la expresión *objeto material* alude a la entidad, persona o cosa - hasta ahora corporal- sobre la cual recae la conducta reprochable; porque integra un determinado delito es un elemento del tipo o forma parte de la descripción de una concreta figura punible; pertenece al mundo fáctico y no existe en delitos formales.

Comentario especial requiere el delito de daños de los artículos 484 y ss., porque la concepción del objeto material por él afectado permitiría considerar punible la destrucción del soporte lógico. En efecto, el tipo requiere que se cause daño en propiedad ajena; es decir, para la especificación legal resulta indiferente la naturaleza corporal o incorporeal del objeto, siendo lo determinante que sea susceptible de ser dañado y que pueda ser amparado por el derecho de propiedad. Así es posible considerar que datos y programas, en cuanto cosas dotadas de valor autónomo (v.gr. el valor de uso a que esté destinada la información), capaces de integrar una relación jurídica de dominio y susceptibles de ser dañados... pueden ser objeto material del tipo.

Los delitos patrimoniales (hurto, robo, apropiación indebida, daños) subsumen sin dificultad los atentados dolosos contra el hardware, contra las partes o componentes de un sistema, los que reciben el mismo tratamiento que cualquier cosa corporal mueble susceptible de apoderamiento o destrucción. Así, v.gr., los ilícitos no serán informáticos cuando se afecten pantallas, teclados, modems o periféricos, cuando se hurte un terminal, se introduzca un "clip" por la unidad de diskette o se cometa un "compucidio".²⁴

3. Generalmente los delitos informáticos son *perpetrados con medios computacionales*, manipulándose información, atisbando datos en pantalla, "pinchando" líneas telemáticas, introduciendo bombas lógicas -o programas virus- a un sistema o a una red, violando las *passwords* los *hackers* que ingresan a bancos de datos de acceso restringido, etc. Sin embargo algunos, quizás más burdos, se cometen *sin recurrir a la computación como instrumento de ejecución*, v.gr. borrándose magnéticamente la información con un imán o apropiándose materialmente de un diskette con datos valiosos. El segundo ejemplo, en mi opinión también constituye un delito informático y debiera tipificarse, no obstante atentarse al mismo tiempo

24 La expresión "compucidio" fue acuñada por una publicación nacional, para aludir al hecho de que un ciudadano norteamericano había descargado -a sangre fría- 8 rondas de balas sobre un computador.

contra un soporte físico: porque éste no tiene una función de único o principal objeto del ilícito, ya que lo perseguido es el apoderamiento de la información almacenada y destinada a ser procesada.²⁵

4. Sobre el siguiente tema debe existir claridad absoluta: *las conductas, en el ámbito de los sistemas informáticos, sólo pueden ser objeto de regulación penal cuando lesionen bienes jurídicos valiosos, vitales, de trascendencia e importancia para la persona o la sociedad toda.*²⁶

Tengamos nuevamente presente la distinción entre el soporte físico y el lógico. Tratándose del primero, a no dudar el bien jurídico tutelado es el patrimonio de aquel que sea el propietario de *los equipos*; sobre el punto no estimo necesario hacer mayores comentarios. La cuestión se torna más complicada e interesante, cuando se intenta precisarlos ante los ilícitos cometidos contra el segundo.²⁷

En lo que hace a *los programas*, mediante la copia ilegal o uso sin licencia de ellos se atenta contra la propiedad intelectual, de programadores o propietarios, infracción que -por lo general- se ha traducido en el pago de una indemnización de perjuicios demandada en sede civil. *En Chile sólo constituye delito el "pirateo" de software, esto es, la reproducción realizada con fines de venta o comerciali-*

25 Actualmente la cuantía de la apropiación de un diskette -cualquiera que sea la naturaleza de los archivos que él contenga (de datos o ejecutables)- será de \$ 300 o \$ 600, según la magnitud -5.1/4 o 3.5 pulgadas- del mismo.

26 Sobre el tema de los *objetos jurídicos* lesionados o puestos en peligro por la conducta del sujeto activo y que se conciben o entienden en virtud de la abstracción, puede verse el acápite E del Capítulo III de mi libro citado al inicio, pp. 90 ss. Allí se mencionan, desde distintas perspectivas: la intimidad, la intimidad nacional, la propiedad de la información (nominativa), la información personal registrada, la información, "la pureza de la técnica que supone la informática", el patrimonio y el orden económico; habría que agregar la fe pública, el secreto, la seguridad del tráfico comercial y resaltar la propiedad "intelectual".

27 Ya es equivocado considerar que todo un sistema informático sea el objeto material de los tipos en estudio, pero *más grave resulta concebirlo como el bien jurídico o valor esencial afectado*; y así se hizo durante el debate de la moción del diputado Viera-Gallo.

zación posterior;²⁸ si la copia ilegal no persigue dichos objetivos la conducta no está sancionada penalmente, porque no son aplicables los tipos, v.gr., para fundar una querrela por hurto o apropiación indebida de un conjunto de instrucciones electrónica y lógicamente dadas.

Tratándose de *los datos*, de la información recopilada, procesada, almacenada o transmitida vía redes, ...los bienes jurídicos a tutelar surgen al considerar o dependen de su naturaleza o importancia; porque no creo que deban castigarse -con penas privativas de libertad- los atentados cometidos contra todo tipo de datos, cualquiera sea su especie; porque no tiene sentido hablar de la información por la información solamente; burdamente dicho, porque no revisten la misma importancia una base de datos con recetas de cocina que las del Banco Central o las de las Superintendencias.

Hasta ahora y desde 1989 siempre abordé el tema de los bienes jurídicos en dos etapas. Parto por afirmar que lo que requiere de una nueva y específica protección legal es la información en sí misma, sin apellidos, ...que será objeto de tratamiento automatizado, que está siendo procesada o que está almacenada en bancos de datos: la concibo pues, genéricamente. Pero luego hay que precisar; hay que dar un nuevo paso; hay que darle contenido y atender a la naturaleza, a la importancia o a la finalidad en virtud de la cual ella es tratada computacionalmente y, *proyectando la concepción genérica inicial a los valores en definitiva afectados, sostengo que se debe determinar cuáles son las especies de información que reclaman una tutela del ordenamiento jurídico en general y penal en particular*. Así, por ejemplo, si es nominativa o relacionada con las personas se atenta contra la intimidad; si es económica o representativa de valores contra el patrimonio; y si es estratégica o relacionada con la seguridad o la soberanía de un Estado, contra la denominada intimidad nacional.

28 El artículo 80 letra b) de la Ley N° 17.336, tipifica el ilícito señalando que cometen delitos contra la propiedad intelectual los que, en contravención a las disposiciones de la ley o a los derechos que ella protege, intervengan, con ánimo de lucro, en la reproducción, distribución al público o introducción al país y a los que adquieran o tengan con fines de venta: ...programas computacionales.

Considero que la determinación sobre si la naturaleza de ciertos datos es relevante o no, al momento de optar por sancionar penalmente los abusos que contra ellos se cometan, *no es una cuestión de hecho que sólo deba quedar entregada al criterio de los jueces del crimen*. Porque tratándose de datos nominativos la protección es impuesta por el artículo 19 N° 4 de la Constitución, previamente es necesario establecer por ley cuáles son confidenciales por formar parte de la esfera íntima de una persona y cuáles, quizás, deberían quedar excluidos de la posibilidad de procesamiento; por razones de técnica legislativa, en ese mismo cuerpo legal deben tipificarse como delitos las conductas abusivas y dolosas que vulneren sus preceptos.

En Chile, un abogado que participó en la revisión del proyecto recogido por Bosselin y Pizarro descarta la tutela de la intimidad -via delitos informáticos- y concede mayor relevancia al patrimonio, porque en este ámbito los perjuicios económicos suelen ser considerables.²⁹ No obstante ser importante la criminalidad patrimonial, es una opción que por formación y convicción no puedo compartir: cuando se viola computacionalmente una garantía de rango constitucional, primordial para la dignidad, seguridad y libertad de las personas, deben poder aplicarse las sanciones más drásticas de un ordenamiento jurídico, las penales; y ellas deben tipificarse.³⁰

29 La afirmación corresponde al abogado Hernando Morales Ríos y la formuló en su artículo "El delito informático en la doctrina penal", publicado en la Revista Vigencia, N° 3, de 1991, teniendo en consideración que -en su opinión- los bienes jurídicos más frecuentemente lesionados serían el patrimonio y el orden económico; en el N° 4 de la misma revista insiste en la idea, agregando que los atentados contra la propiedad tienen "estadísticamente" gran frecuencia. Véanse además sus opiniones consignadas en la página 177 de mi libro citado.

30 En el artículo citado (n.29), agrega Morales que existirá una supuesta discusión doctrinaria sobre si los atentados contra la intimidad deben ser ilícitos civiles o penales; aquélla no es tal. Hay quienes señalan que las *conductas negligentes o culposas* debieran ser sancionadas en sede de responsabilidad civil, descartando la tipificación de cuasidelitos informáticos; pero no sabemos de nadie, después de años de investigación en Chile y en el extranjero, que afirme que las *conductas dolosas* no deban ser sancionadas penalmente: así, para el resarcimiento por la intromisión o manipulación dolosa en la intimidad de una persona se requiere que el hecho sea constitutivo de delito.

5. Una de las principales trabas para configurar un tipo específico, es lo difícil que resulta contar con una definición que comprenda todas las posibles modalidades de criminalidad informática. Retomando los elementos del concepto clásico de delito, entiendo por tal a *toda conducta típica, antijurídica y culpable cometida contra el soporte lógico de un sistema de tratamiento automatizado de información (programas y datos de determinada naturaleza o importancia), generalmente a través de medios computacionales.*

6. En el terreno de las clasificaciones, siempre importantes metodológicamente, algunos autores distinguen diversos ilícitos, según sea la modalidad de comisión empleada: el *fraude informático*, para aludir a las alteraciones o manipulaciones de datos y programas, sobre todo de los primeros mediante el uso normal de los segundos, al recopilarlos, procesarlos o estando almacenados y sin que exista, necesariamente, una connotación pecuniaria o ánimo de lucro; el *espionaje informático*, entendiéndolo por tal la obtención ilícita de datos y programas, dolosamente y sin autorización; y llaman *sabotaje informático* a la destrucción o inutilización del sistema, más específicamente, a los atentados contra el soporte lógico del mismo. Suele agregarse el *hurto de horas de computador*, que alude a su uso no autorizado, con fines y en tiempos distintos de los preceptuados, sin ánimo de apoderamiento.

7. Otra clasificación me parece interesante. Se ha propuesto distinguir entre los delitos informáticos propiamente tales -aquellos que buscan sancionar los nuevos atentados contra programas y datos- y los *delitos computacionales*; esta segunda categoría fue consagrada en el proyecto de ley que, elaborado durante la pasada Administración, han recogido los diputados Bosselin y Pizarro. En efecto, el primer artículo del Título sobre la materia dice que la comisión de los delitos previstos en el Código Penal o en leyes especiales, ejecutados por medios informáticos, tendrá la penalidad que se establece para cada caso aumentada en un grado.

Esta figura, busca solucionar el problema de atipicidad que surge al pretender subsumir abusos informáticos en los tipos tradicionales, derivado aquél de la intangibilidad del objeto material afectado (el

soporte lógico), ...cuando los medios computacionales constituyen una específica herramienta de comisión -de la cual podría prescindirse- y se atenta contra bienes jurídicos ya amparados. Con su consagración legal se conseguiría además un aumento de la penalidad ordinaria (precisamente se trata de una agravante especial, específica y material -relativa a la ejecución misma del delito-), por el hecho de estar involucradas las nuevas tecnologías. A modo de ejemplo, pensemos en un hurto o apropiación indebida de valores, tanto en cuanto información patrimonial o datos representativos de cantidades de dinero, cometido mediante el sistema de transferencia electrónica de fondos de una entidad financiera. A no dudar, en definitiva el bien u objeto jurídico afectado es el patrimonio. Y actualmente sería una hipótesis atípica, no subsumida por delitos como la apropiación indebida o la estafa.³¹ *Esta podría ser la vía para sancionar todo el tema de la criminalidad patrimonial informática.*

II. Vigencia en Chile de los tópicos en estudio

No me muevo en el ámbito del "derecho ficción". No abordo temas del futuro sino realidades del presente. El ordenamiento jurídico debe contemplar soluciones para problemas de hoy, no "subdesarrollados" -como se les ha calificado- y que empecen a todos los ciudadanos, sin distinción de clases.

II.A. Tratamiento automatizado de datos

En nuestro país existe información nominativa procesada por el Estado; igual actividad desarrollan los particulares. ¿Tienen derecho diversas empresas para recopilar, procesar, almacenar y transmitir

³¹ No obstante los reparos que me merece la Ley N° 19.223, por ser norma vigente debe considerarse -enfrentados a la imperiosa necesidad de fundamentar una acción penal- el hecho de que la conducta en comento puede no ser atípica a la luz del artículo 3°, que sanciona a quien maliciosamente altere... los datos contenidos en un sistema de tratamiento de información. Quizás también podría recurrirse al ambiguo artículo 1°, donde se habla de maliciosamente modificar el funcionamiento de un sistema y, consecuencialmente, afectar los datos contenidos en el mismo.

determinados datos, ...para lucrar, sectorizando o clasificando arbitrariamente a los chilenos y comercializando sus antecedentes? ¿Existen actualmente en Chile un "Hermano Mayor" o "Big Brother"? de hecho y sin regulación legal específica la respuesta es afirmativa; y existe tanto en el sector público como en el privado.

Es fundamental regular el uso y sancionar el eventual abuso que se haga de información relevante sobre los chilenos, evitándose así que el poder informático sea, ...o un posible instrumento de opresión del Estado (cruzándose información almacenada en diversas bases de datos distribuidas, construyéndose un perfil y ejerciendo control sobre las personas), ...o una fuente de lucro para algunos sectores: *porque la vida privada puede ser violada, tanto por particulares como por agentes de la Administración.*

II.A.1. Situación del sector privado

1. Cada vez hay mayor recelo ante el uso arbitrario que empresas comerciales realizan de nuestros antecedentes personales, los que, procesados computacionalmente, originan valiosos bancos de datos. Pensemos, a modo de ejemplo, en la información que se entrega al llenar una solicitud de crédito en una multitienda o un formulario para ser socio de un club de video, en la magnitud del listado de suscriptores del diario El Mercurio, en los archivos del Servicio de Registro Electoral,³² etc. Los antecedentes son recopilados por proveedores o corredores de información ("list brokers"), casi siempre contra la voluntad de la persona a que aluden y sin que se pueda saber el fin perseguido y a quién le son entregados; y los datos pueden no ser fidedignos por estar errónea o maliciosamente alterados.

³² En nuestro país el Servicio Electoral comercializa parte de la información contenida en sus bancos de datos, ya que en virtud del artículo 25 de la Ley N° 18.556 se considera pública la contenida en los Registros Electorales, sobre los ciudadanos chilenos y extranjeros con derecho sufragio; la norma debe ser modificada, para lo cual bastaría suprimir dos palabras de su inciso tercero. Recuérdese además como, desde agosto de 1989, el artículo 19 N° 15 de la Constitución consagra que el órgano aludido debe -por regla general- guardar reserva sobre la nómina de los militantes de los partidos políticos.

sin que su titular posea algún mecanismo directo, específico y efectivo de resguardo. Es sobre la base de esta información que muchas empresas y entidades financieras realizan *publicidad o marketing, a través del sistema de mailing o correo directo*.³³

2. Otra variante del problema es la existencia de *un mercado de empresas de servicios dedicadas a asesorar en la contratación de personal*, las que manipulan datos personales con fines de lucro y sin afán de servicio público. Una posee registros sobre 40.000 personas (todos ejecutivos potenciales), con antecedentes curriculares como los cargos y empresas en que trabajan pero además con algunos más íntimos, como sus calificaciones durante sus estudios superiores de ingeniería comercial o civil; incluso reconocen que obtienen "datos adicionales" o "referencias personales", al punto de afirmar que es tal la cantidad de información que poseen que es difícil encontrarse con "sorpresas". Con un software "filtro" especialmente diseñado realizan perfiles de personalidad y clasifican profesionales, evaluando su rendimiento académico, situación laboral y condiciones personales.³⁴ Vuelvo a plantear interrogantes: ¿quién garantiza la fidelidad, idoneidad y confidencialidad de la información que manejan?; ¿qué ocurre si los datos adicionales le son entregados dolosamente?; si le solicitan la búsqueda de un profesional de determinada religión o filiación política, ¿también averiguan estos antecedentes

33 Para comparar, consignemos que en España el tema cobró gran vigencia en enero de 1992, país en que más de 8 mil millones de datos sobre 40 millones de españoles son almacenados en 7 grandes ficheros por la Administración. Se descubrió que una red de empresas dedicadas a la publicidad a través del "marketing" directo, habrían traficado y vendido datos íntimos y confidenciales -hipótesis de espionaje informático- obtenidos mediante cohecho a funcionarios de los Ministerios de Interior, Economía, Hacienda, Trabajo y Seguridad Social.

34 Todo lo dicho sobre esta empresa está contenido en un artículo publicado en la Revista Economía y Negocios del diario El Mercurio, correspondiente al 1 de abril de 1992.

sensibles, o se autolimitan para no discriminar ni violentar el artículo 19 N° 16 de la Constitución?³⁵

3. *Dicom* es la sigla que individualiza a la *Central de Documentación e Informes Comerciales S.A.*, empresa privada que no es entidad financiera y que posee un banco de datos con información sobre 300 mil empresas y 8 millones de chilenos. Ella realiza y vende como servicio, después de analizar sus antecedentes, perfiles económicos o verdaderos informes de moralidad o credibilidad comercial. Esto es posible porque administran -junto a otros antecedentes- los datos del Boletín Comercial de la Cámara de Comercio de Santiago (al igual que app. 50 empresas que lo reproducen), ...pero sin que les afecte su regulación, así por ejemplo, una ley que disponga la cancelación o "blanqueo" de anotaciones -sobre todo de los protestos de documentos- no obliga a *Dicom* a borrar de sus registros tal información, respecto de aquellas personas naturales o jurídicas que acrediten el cumplimiento o extinción de la obligación y estén anotadas por más de cinco años.

4. En cuanto a las redes -telemáticas- de transmisión de datos hacia y desde el exterior, la última iniciativa del mercado chileno la constituye la implementación, entre diversas empresas, del *sistema computacional de transacción de información comercial en el lenguaje internacional EDI/FACT* (electronic data interchange/for administration, commerce and transport), eliminándose así la necesidad de extender facturas, órdenes de compra, guías de despacho, manifiestos de carga, conocimientos de embarque y otros instrumentos mercantiles.

II. A.2 Situación del sector público

Por cierto que un Estado moderno requiere información sobre sus nacionales, para cumplir sus fines promocionales y asistenciales y

³⁵ La norma señala que la Constitución asegura a todas las personas la libertad de trabajo y su protección, prohibiéndose, por regla general, cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal.

con miras a alcanzar el bien común de la sociedad. Pero al derecho le corresponde regular y sancionar, para evitar que esta fuente de poder en manos del gobierno de turno e incrementada notablemente en Chile después del último censo,³⁶ se revierta contra aquéllos.³⁷

1. En nuestro país es factible que exista, de hecho, de facto y no en forma centralizada, un banco nacional integrado de datos: basta que se interconecten, telefónicamente y vía modem, los sistemas de algunos órganos públicos. En este sentido, el Servicio Nacional de Aduanas cuenta con una nueva red computacional para optimizar la denominada fiscalización a posteriori (esto es, después de realizada una operación de exportación o importación) y para evitar la evasión de impuestos; para "redondear la fiscalización", se contempló la interconexión con el Servicio de Impuestos Internos, la Tesorería General de la República y el Instituto Nacional de Estadísticas: estamos frente a un gran banco integrado de datos nominativos (económicos, comerciales, tributarios y patrimoniales en general), lo que por falta de garantías el Congreso Federal de EE.UU. prohibió expresamente.³⁸

36 Frente al problema de la recopilación censal de antecedentes sobre los ciudadanos, en sentencia de diciembre de 1983 el Tribunal Constitucional alemán llegó a bloquear un censo de población, advirtiendo sobre el peligro del uso de información para fines distintos a los meramente estadísticos. Repárese en que no se trataba de datos "sensibles" a diferencia de la encuesta chilena de 1992, donde se consignó incluso la creencia religiosa de las personas debidamente individualizadas.

37 A la Universidad le corresponde iluminar, desde su especial perspectiva, la sociedad en que está inmersa. Estimo importante volver a ocupar instancias académicas para recalcar que lo comentado no es sólo teoría. Analizando el fenómeno de las Administraciones Estatales automatizadas, en épocas recientes la acumulación de información personal en Estados autocráticos ha sido base para realizar acciones violatorias de las garantías fundamentales de las personas. Sobre el tema la directora del Servicio de Registro Civil había denunciado, en abril de 1990, que organismos como la Central Nacional de Informaciones tenían acceso al banco de datos y a los terminales del Servicio, denuncia que fue reiterada por el diario *La Nación* en septiembre de 1992.

38 La información y las razones del Congreso norteamericano están contenidas en el suplemento *El Mundo* del diario *El Mercurio* de Santiago, de julio de 1986. Los

2. El 30 de abril de 1993 se publicó la Ley N° 19.212, que creó la *Dirección de Seguridad Pública e Informaciones*, un órgano centralizado de carácter directivo, técnico y especializado dependiente del Ministerio del Interior. En el artículo 3° se contempla que sea un ente coordinador de informaciones, mismas que puede recabar, recibir, procesar e intercambiar con distintos organismos públicos, creando al efecto un banco de datos centralizado;³⁹ según el artículo 11, a la División de Análisis y Planificación le corresponde recibir y procesar datos, antecedentes e informaciones...; y el artículo 14 señala que una División de Informática elaborará y desarrollará programas, destinados a almacenar y procesar el conjunto de la información reunida.

No es suficiente resguardo: la declaración de principios del *artículo 4°*, en cuya virtud la Dirección deberá actuar con estricta sujeción y respeto a las garantías y derechos consagrados en la Constitución; que en materia de responsabilidad penal el *artículo 20* consagre como agravante calificada, para su personal, la comisión de un delito con ocasión del ejercicio de sus funciones; que el *artículo 23* consagre una obligación de reserva y confiera el carácter de secretos a todos los asuntos, datos, antecedentes e informaciones que obren en poder de la Dirección o su personal, o de que éstos tomen conocimiento en el desempeño de sus funciones o con ocasión de ellas, así como a los informes que emita el Servicio; ni que el *artículo 25* establezca que la información obtenida, elaborada, recopilada o intercambiada se utilizará, exclusivamente, para el cumplimiento de sus cometidos legales.

En un comienzo el Ejecutivo contempló la redacción conjunta de una ley para proteger la privacidad, por cuanto debían regularse

Congresales constataron la existencia de un banco nacional de datos con información personal, sin que se haya implementado un archivo central al estilo de "Orwell" (iniciativa también rechazada hace más de una década), desarrollado sobre la base de haber autorizado al Gobierno a utilizar programas de confrontación y verificación computacional de información entre cientos de registros computarizados.

39 La letra f del artículo en comento señala que puede hacerlo "en asuntos propios del ámbito de su competencia", fórmula, al tenor de los artículos 2° y 3°, en mi opinión demasiado amplia.

prácticas propias y frecuentes de estos organismos como el ingreso a archivos informáticos;⁴⁰ afirmó que existirían normas claras y precisas para garantizar la vida privada y las garantías individuales consagradas en la Constitución;⁴¹ en la Cámara de Diputados se habló de establecer una amplia red legal protectora de la privacidad, considerándose en particular la existencia de una Comisión fiscalizadora permanente y la posibilidad de recurrir a la justicia del crimen;⁴² *pero ninguna de estas declaraciones de buenas intenciones prosperó*. Formulo sólo una interrogante: ¿cómo podrán saber los titulares de los datos nominativos procesados, v. gr., si son exactos, si están actualizados, si se están utilizando en su contexto o si han sido cruzados con la información de otros sistemas para elaborar perfiles de personalidad?

II.B. Criminalidad informática⁴³

1 La realidad chilena ha demostrado que la falta de tipificación puede dejar prácticamente impunes hipótesis que serían delitos si existiera la legislación adecuada. El caso que más se recuerda, de 1986, es el denominado "*Fraude a la Polla Gol*", en que dos ex-funcionarios de la empresa adulteraron previamente los instrumentos de juego (información destinada a ser procesada) y alimentaron dolosamente los equipos. En definitiva, fueron procesados y condenados por un tipo residual del fraude por engaño, cuya penalidad es mínima.

2 También se han cometido *delitos via canales telemáticos*: en 1985 quedó al descubierto en Santiago una cuantiosa estafa a varias líneas

40 Véase el diario *El Mercurio* de Santiago, del 22 de octubre de 1991

41 En el mismo diario anterior, a fines de abril de 1992

42 Véase las declaraciones de los diputados Bosselin y Elgueta, en el diario *El Mercurio* de Santiago, del 5 de julio y también del 5 de septiembre de 1992

43 Véase más abajo otro delito -no publicado-, en la (n. 59)

aéreas, perpetrada por un argentino que, vía satélite, hurtó y alteró información de la red internacional (SITA) utilizada para la reserva y comercialización de pasajes.

3. En cuanto al *hurto de información destinada a ser procesada, mediante apoderamiento del soporte físico que la contiene*, consigno dos situaciones. En octubre de 1992 fueron asaltadas las oficinas de una revista dedicada a informar sobre la realización de actividades culturales, sólo para sustraerles una cantidad indeterminada de disquettes con datos de 500 instituciones. En julio de 1991 ocurrió lo mismo en las oficinas del Partido por la Democracia (PPD), para apropiarse de información personal sobre sus militantes.

4. Constituyó un caso clásico de sustracción mediante redondeo de activos de cuentas, una situación detectada hace poco tiempo en Santiago:⁴⁴ la comisión de un ilícito en el Swiss Bank Corporation, perpetrado por uno de sus empleados de confianza y ascendente a US\$ 76.000. Un contador auditor ideó un mecanismo para la captación de moneda extranjera, utilizando el sistema computacional del banco; él desviaba o transfería electrónicamente dólares a cuentas de acceso restringido. Se le acusó de estafa (a pesar de la imposibilidad de configurarse el engaño de otra persona, exigido por el tipo) y de apropiación indebida de dinero (a pesar de no existir apoderamiento de cosa corporal mueble). Si estuviese tipificada una figura que ordenase aumentar la pena para casos como éste, que se trata de un delito cometido por medio de la computación y en que el bien jurídico afectado en definitiva fue el patrimonio, la sentencia podría sancionar la conducta⁴⁵ y aplicar, por estar envuelta la tecnología computacional, una pena mayor que la establecida por el Código.

⁴⁴ En España hizo historia el caso ocurrido en un conocido banco, donde uno de los expertos del departamento de métodos y sistemas alteró el flujo de valores, de manera que los saldos "muertos" de todas las sucursales del país iban a parar a una cuenta puente, desde donde luego los transfería a su cuenta corriente.

⁴⁵ Sobre la posibilidad de que la conducta no sea atípica, a la luz de la Ley N° 19.223, recuérdese lo dicho en la (n.31) de este trabajo.

5. También han tenido gran difusión los analógicamente llamados *virus computacionales*, esto es, subprogramas que constituyen hipótesis de sabotaje informático. Se les denomina *trojan horse* porque mediante un programa aparentemente inofensivo introducen a un sistema instrucciones que pueden ser nocivas; éstas constituirán una bomba lógica cuando sean programadas para que operen en un momento determinado, hasta el cual permanecen inactivas. Sólo un alcance: siempre se insiste en que la causa de su propagación es la adquisición de programas "piratas", olvidándose mencionar que el desarrollo de los virus ha sido alentado por las propias empresas afectadas, para tutelar su propiedad intelectual y como una forma de ponerle freno a la copia no autorizada -al obtener que sólo se compren originales-; *esta práctica es ilegal*.⁴⁶

6. En cuanto al *pirateo de software*, inicialmente la Asociación de Distribuidores de Software ha demandado en sede civil la indemnización de perjuicio por uso de programas sin licencia; a partir de noviembre de 1991 las acciones legales tomaron otro rumbo: se detuvo a la propietaria de un local comercial, por su participación en la comercialización de equipos computacionales con programas "piratas" incorporados: fue puesta a disposición del VI Juzgado del Crimen de Santiago por la comisión de un delito contemplado en el artículo 80 de la Ley de Propiedad Intelectual.

PARTE SEGUNDA: Análisis particular de las iniciativas.

Frente al orden en el cual abordarlas, descarto hacerlo de acuerdo a la época en que fueron presentadas y opto por seguir un criterio cualitativo, es decir, empezando por reseñar someramente la que estimo más adecuada y terminando con una revisión más profunda de la que me parece más defectuosa; adelanto una conclusión: en atención a

⁴⁶ Evitar la copia de programas a través de subprogramas virus es ilícito, entre otras razones, porque se trata de una conducta de autotutela reñida con un Estado de Derecho.

sus errores y ambigüedades, creo que el único destino posible de la Ley N° 19.223 es que sea derogada y reemplazada por una normativa reguladora del procesamiento de datos, en cuyo "corpus" se contemplen sanciones penales

Me parece criticable, como lo hice presente al Parlamento en marzo de 1992, que las mociones de Viera-Gallo y de Bosselin y Pizarro no fuesen debatidas conjuntamente por la Cámara de Diputados.⁴⁷

I. Moción de los diputados Bosselin y Pizarro

I En agosto de 1991 los parlamentarios Hernán Bosselin y Sergio Pizarro presentaron una moción recogiendo un proyecto de ley elaborado durante la Administración del Gobierno de las FF.AA., *sobre protección del tratamiento automatizado de datos personales y criminalidad informática*. Lo hicieron por la trascendencia de las materias en él contenidas y buscando abrir cauce a un debate que culminara en una nueva legislación. Es elogiable la actitud de los diputados, porque dejaron de lado la costumbre de sólo criticar y hacer tabla rasa de lo elaborado anteriormente,⁴⁸ demostrando que

⁴⁷ La mayoría de los comentarios y observaciones contenidas en este estudio los he formulado oportunamente, y se le remitieron a quienes pudieron haber obtenido provecho de los mismos. En efecto en *diciembre de 1991* se les envió a los miembros de la Comisión un informe sobre la moción del diputado Viera-Gallo, en representación del Centro de Estudios y Asistencia Legislativa -CEAL- de mi Universidad Católica de Valparaíso; en *marzo de 1992* y en representación de la misma entidad, elaboré un segundo informe, esta vez sobre la moción de los diputados Bosselin y Pizarro, en el cual volvía comentar la moción sobre el delito informático; por último, en *abril de 1993* le remití a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, copia de un trabajo publicado en el segundo número la *Revista Derecho y Humanidades*, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, donde recogí el contenido de los dos informes anteriores y reparé los términos del debate en la Cámara

⁴⁸ Durante la tramitación de su moción el diputado Viera-Gallo criticó continuamente el proyecto. Al presentarla lo calificó como muy ambicioso y complejo; en declaraciones a la prensa lo tildó de general y nacionalista; al concurrir al debate en Comisión y en una entrevista concedida a la *Revista Informática* (de enero de 1993), señaló que abarcaba el tema de la computación en su globalidad (tarea

en Chile no estamos "a fojas cero" en lo que a las investigaciones del Derecho Informático respecta.

2. Un estudio del proyecto recogido y del que resultó de su posterior revisión está contenido en el Capítulo V de mi libro citado al inicio; me remito a las consideraciones allí realizadas.

3. Se trata de un ley de protección de datos, en la que mediante 35 artículos se desarrolla el principio de la *libertad informática* (Título I) y se consagran para sus titulares las garantías que emanan del derecho de acceso (Título II), mecanismos procesales para acudir ante los tribunales civiles (Título III), normas sobre valor probatorio de los medios computacionales (Título IV) y, en particular, en la que se tipifican delitos específicamente informáticos (Título V). El artículo 1º se extiende en la descripción de los datos protegidos, aludiendo específicamente a los personales, los de familia y los concernientes a los derechos y deberes garantizados por la Constitución. Para despejar cualquier duda, un informe técnico de marzo de 1987 consignó que el proyecto se refería a la recolección y difusión informática de datos personales, quedando los demás al margen de esta legislación; agregaba que era la aplicación de la informática la que hacía necesaria la promulgación de una ley que cautelara la vida privada.

4. *El proyecto recogido adolece de graves errores de fondo*, por cierto, que obedecen a una política informática concordante con las de gobierno imperantes al ser elaborado, defectos que demuestran como se tendió a favorecer a los administradores de bancos de datos en desmedro de los titulares de la información. Así por ejemplo: no se aplica a los órganos de la Administración Pública, suprimiéndose la posibilidad de que rijan normas protectoras donde precisamente

imposible e innecesaria) y que su alto grado de complejidad se debía a la inclusión de materias que iban desde la protección de la privacidad hasta la tutela de la propiedad intelectual de los programas, afirmación absolutamente errada, como se constata con la sola lectura de la moción de Bosselin y Pizarro, porque nunca se pretendió normar en conjunto ambos temas (la inquietud por abordar la regulación legal de los programas cristalizó en una serie de modificaciones a la Ley de Propiedad Intelectual, realizadas en marzo de 1990).

los riesgos de atentados a las libertades son, por su naturaleza, los más graves (esto, que se deduce de relacionar los artículos 5º y 12º, fue expresamente ratificado por la Comisión Revisora); no se contempla la existencia de un órgano de control y fiscalización; la libertad informática se concibe desde la perspectiva de los administradores de bancos de datos, sin considerar un procedimiento previo de autorización o registro (según el informe técnico, para no contravenir "los principios libertarios del Supremo Gobierno"); no se consagra la obligación de dar a conocer la finalidad de la recolección; en fin, no se establece qué especie de información nominativa es parte de la esfera social, cuál de la esfera íntima y cuál, por ser sensible, eventualmente debería ser excluida de la actividad de procesamiento (... y, para este efecto, no basta descansar en la configuración genérica que de la vida privada hace el artículo 19 Nº 4 de la Constitución).

5. *El mayor logro fue haber contemplado en una ley ad hoc delitos informáticos, percibiendo claramente que el objeto material a ser considerado por los tipos debe ser el soporte lógico de un sistema computacional, sobre todo la información destinada a ser procesada, tratada automatizadamente o contenida en el mismo.*

5.a) El artículo 30 alude a lo que en la Parte Primera analicé como "delitos computacionales". La norma supone la comisión con medios informáticos -específicas herramientas de ejecución- de los delitos ya contemplados en la legislación penal, agravándose su sanción. Esta figura, que de consagrarse tácitamente modificaría el Código, aparece como un complemento del artículo 31, porque evita posibles dudas de interpretación y amplía la protección de los bienes jurídicos que pueden conculcarse.

5.b) Señala el tipo alternativo del artículo 31:

"Comete delito informático el que maliciosamente y sin derecho o autorización realice cualquier acto con la finalidad de obtener acceso, de apoderarse, de destruir o inutilizar, transformar o desfigurar la información contenida o destinada a ser procesada, en todo o en parte, en un sistema automatizado de tratamiento de

la misma; o con la finalidad de impedir u obstaculizar el normal procesamiento de los datos contenidos en un sistema automatizado; o con la finalidad de revelar o transmitir indebidamente información".

Agrega que el culpable será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio o presidio mayor en su grado mínimo, según la extensión o cuantía del daño causado.

Brevemente consigno: se consideran tres posibles fines ilícitos; se formulan diversos verbos rectores, lo cual técnicamente no sería correcto ya que en la primera parte se alude a la realización de "cualquier acto", expresión comprensiva de una pluralidad de hipótesis; para la determinación de la pena se considera el elemento perjuicio; se trata de una figura suficientemente amplia para subsumir las diversas modalidades de criminalidad informática (fraude, espionaje y sabotaje), quedando pendiente el uso no autorizado de equipos; y al exigirse un dolo específico no se sancionan penalmente conductas negligentes, cuya reparación deberá hacerse en sede civil.

5.c) Muy cuestionable, por inconstitucionalidad derivada de su falta de tipicidad, es el artículo 32, el que señala que igualmente comete delito informático el que organice o utilice un sistema de tratamiento automatizado de información "con un propósito ilícito", quien sufrirá las penas del artículo 293 del Código.

II. *Moción del senador Cantuarias*

1. Después de constatar "un vacío manifiesto en nuestro ordenamiento jurídico" ...el senador buscó proteger la privacidad de las personas en el ámbito del Derecho Civil y ante eventuales intromisiones ilegítimas; aunque no los precisa, alude a "casos concretos que diariamente se producen en la vida cotidiana"⁴⁹ Su proyecto consta de 26 artículos distribuidos en cinco Títulos: el I sobre disposiciones generales; el II sobre la protección de datos; el III, de las intromi-

⁴⁹ En lo que hace al ámbito del procesamiento de datos me remito al acápite II de la Parte Primera.

siones ilegítimas; el IV, de las acciones civiles; y el V, del tribunal competente y del procedimiento.

2. En dos oportunidades se citan como fuentes tres leyes de protección de datos personales, a saber: la francesa sobre informática, ficheros y libertades, de 1978; la de Gran Bretaña, de 1984;⁵⁰ y la de Noruega, también de 1978. Pero ellas no apuntan a la protección "civil" de la intimidad como la moción, sino que su contenido es específico, ad hoc y mucho más amplio: las *data protection act* consagran garantías derivadas del derecho de acceso, fijan requisitos para la constitución de bancos de datos, contemplan la existencia de órganos de control y fiscalización y establecen responsabilidades en sede administrativa y penal; casi todas consideran la tutela punitiva de la vida privada (la francesa en su Capítulo VI y la de Noruega en el X).

3. El Título II aborda los principios que deben regir la manipulación computacional de datos personales, siendo, al decir del autor, "apenas una aproximación a lo que nuestro derecho positivo debe expresar en esta materia". El senador consigna que el tema debe ser objeto de una ley específica, estableciendo un plazo para su promulgación: "no más allá del tiempo que requiera un estudio acabado y minucioso"

4. El artículo 8 señala que "la informática" debe estar al servicio de las personas y desarrollarse respetando su privacidad. Tal afirmación podría parecer demasiado amplia, pero es válida tanto en cuanto se refiere al procesamiento de información nominativa, a la luz de la definición que de aquélla hace el inciso 2°

5. El inciso 1° del artículo 9 dispone que, sin perjuicio de los *casos exceptuados en la ley*, nadie podrá utilizar la informática para el procesamiento de datos de índole personal sin el *consentimiento de*

⁵⁰ Sobre la situación de *lege data* en Gran Bretaña el diputado Viera-Gallo ha afirmado, para insistir en que es complejo el tema de la tutela de datos personales, que "basta observar lo que ocurre en Inglaterra, donde el punto no está resuelto en absoluto"; véase la *Revista Informática* N° 1, Volumen 15, de enero de 1993, p. 20.

su titular. Según la letra d, del artículo 17, en estos dos supuestos no se reputarán como intromisión ilegítima en la vida privada -presunción simplemente legal- las conductas de manipulación a que alude la letra h) del artículo 14, esto es, la recogida, utilización, transmisión, divulgación o conservación mediante procedimientos informáticos de datos personales.

El inciso 2º consagra una obligación relevante, cuando establece que las empresas que se dediquen al procesamiento de datos personales obtenidos de medios públicos y autorizados por ley, deberán comunicar la tenencia de tal información mediante carta certificada a su titular. Caben aquí, v.gr., los registros del Servicio Electoral, del Conservador de Bienes Raíces -en especial el de Comercio- los archivos de marcas comerciales y patentes, el Boletín de Informaciones Comerciales de la Cámara de Comercio, las bases de datos del Banco Central, de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, de las AFP y de la Dirección del Trabajo, etc.

6. Aludiendo a los administradores o responsables de bancos de datos, a los que la moción denomina "usuarios", el *artículo 10*: los obliga a usar la información para el fin con que fueron recopilados y revelarla sólo a las personas que la ley o sus titulares autoricen; les prohíbe el procesamiento de datos sensibles -orígenes raciales, convicciones filosóficas y políticas, creencias religiosas y antecedentes penales-, salvo autorización de la ley o consentimiento del titular; y los obliga a "tomar precauciones necesarias" para mantener la seguridad de la información.

7. El *artículo 11* consagra el derecho de acceso, otorgando a los titulares por regla general la facultad de solicitar que los usuarios le suministren -en un plazo de cinco días hábiles- copia de los antecedentes personales que tengan en su poder, con indicación de la fuente de donde se obtuvieron, el uso que se les confiere y sus destinatarios.

8. El *artículo 12* establece las garantías que se derivan del *habeas data*: derecho de *exigir* al usuario que se rectifiquen, completen, aclaren o actualicen los datos inexactos, incompletos, equívocos o

atrasados; *solicitar* que se supriman los caducados o recogidos, conservados, utilizados, transmitidos o divulgados fuera de los casos autorizados por ley o consentidos por el afectado; y *solicitar* copia del registro una vez modificado. El inciso 2º consagra para el usuario el deber de acceder a lo requerido cuando ello esté respaldado por antecedentes fidedignos.

9. Bajo dos condiciones, el *artículo 13* consagra el derecho del titular a indemnización por uso de datos que sean inexactos, incompletos, equívocos, atrasados o caducos; la primera, perjuicio; la segunda, acreditar el ejercicio del derecho conferido en el artículo 11 con anterioridad al uso. Se presumen legalmente los perjuicios si el usuario no acredita haber cumplido, antes del uso, la obligación del inciso 2º del artículo 12.

10. El artículo 20 (Título IV) consagra, para el caso de intromisiones ilegítimas, *el derecho de ejercer dos tipos de acciones civiles: de protección y de indemnización de perjuicios*.

El *artículo 21* no hace otra cosa que repetir, otorgándole rango legal, dos normas constitucionales -los artículos 20 y parte del 19 Nº 4-. Creo que esta norma huelga, no aporta un nuevo instrumento específico de tutela y por ende debe ser suprimida; no olvidemos que con la Constitución de 1980 se consagró el principio de la vinculación directa e inmediata de sus normas y que los aspectos procesales están regulados por un nuevo Auto acordado, de junio de 1992.

En virtud del inciso 1º del *artículo 22* puede demandarse la indemnización de los perjuicios causados, lo que en conformidad a las reglas generales también es factible. El aporte radica: en la segunda parte del inciso, cuando imperativamente señala que constando en autos la intromisión "se dará lugar a la indemnización de *perjuicios morales*", los que a diferencia de los materiales no siempre son acogidos por los tribunales; y en que, según el artículo 25 (Título V), la acción se tramita conforme a las reglas del procedimiento sumario y no del juicio ordinario.

III. *Moción del diputado Viera-Gallo. Ley N° 19.223, de junio de 1993, tipificadora de delitos contra cualquier especie de sistema de información.*

Ya adelanté que debiera ser derogada la ley; corresponde ahora fundamentar el porqué de mi parecer adverso. Pretendo refutar opiniones como las siguientes: que el proyecto poseía una razonable idoneidad para cubrir las conductas generalmente aceptadas como típicas;⁵¹ que en él se definía acertadamente el bien jurídico que requiere de tutela;⁵² que se protege fundamentalmente la intimidad "de cualquier base de datos";⁵³ que los jueces podrán contar con los instrumentos adecuados para reprimir delitos que son de extrema peligrosidad económica;⁵⁴ que el país cuenta con una legislación adecuada para sancionar las distintas conductas delictivas en el campo de la informática;⁵⁵ y que se ha llenado el vacío legislativo en este campo específico⁵⁶ y respecto de la protección de la privacidad frente al marketing directo y la actividad de los list brokers.⁵⁷

51 La opinión es de Hernando Morales Ríos, en un artículo publicado en la *Revista Vigencia*, N° 4, de 1991; por cierto que su parecer lo formuló "conforme a un análisis preliminar"

52 La observación corresponde a la página editorial de la Revista citada en la nota anterior.

53 Véase la publicación *El Diario*, p. 24, del 26 de julio de 1991. Sólo figuradamente puede hablarse de la "intimidad de un banco de datos", pensando en una idea de confidencialidad; la privacidad es una garantía constitucional de las personas, por cierto no resguardada por la Ley N° 19.223.

54 Véase la crónica nacional de la *Revista Computerworld Chile*, N° 29, de junio de 1993, p. 4.

55 Véase la p. 3 de la Revista citada en la nota anterior.

56 Véase la publicación *El Diario*, p. 24, del 26 de julio de 1991.

57 Véase la crónica del diario *La Nación* del martes 8 de junio de 1993, p. 11.

Aspectos positivos me parecen la preocupación por abordar el tema de la criminalidad informática y la contemplación de penas altas.

III.A. Comentarios a la presentación de la moción, al articulado y al debate en la Cámara.

1. Los 5 artículos propuestos como *delitos informáticos* fueron los siguientes:

Artículo 1. El que indebidamente destruya, inutilice, obstaculice, impida o modifique el funcionamiento de un sistema de tratamiento automatizado de información, sufrirá la pena de presidio menor en su grado máximo.

Si como consecuencia de estas conductas se afectasen los datos contenidos en el sistema, en alguna de las formas señaladas en el artículo 4º, la pena será la indicada en éste aumentada en un grado.

Artículo 2. El que sin derecho intercepte, interfiera o acceda a un sistema de tratamiento automatizado de información, será castigado con presidio menor en su grado medio.

Artículo 3. El que revele, transmita o se apodere indebidamente de la información contenida en un sistema de tratamiento automatizado de la misma incurrirá en la pena de presidio mayor en su grado mínimo.

Si quien realiza estas conductas es el responsable del sistema de la pena se incrementará en un grado

Artículo 4. El que indebidamente introduzca, transforme, desfigure, altere, dañe o destruya los datos contenidos en un sistema automatizado de tratamiento de información, será castigado con presidio mayor en su grado medio.

Artículo 5. Si las conductas de los artículos anteriores son efectuadas con ánimo de lucro la pena se aumentará en un grado.

2 Viera-Gallo sostuvo que en Chile todavía la criminalidad informática es subdesarrollada y que él se anticipó a situaciones que se presentarían en el futuro.⁵⁸ Por lo comentado en el acápite II de la Primera Parte queda en evidencia lo errado de su percepción, porque no ha entendido cuáles son los problemas de la sociedad chilena. ...porque no ha comprendido que el abuso que se hace del soporte lógico de un sistema, en particular de la información almacenada, es una realidad cotidiana. Téngase presente además la zona oscura o cifra negra que rodea estos ilícitos: pocos son descubiertos y menos aún son denunciados, para proteger la imagen de los afectados.⁵⁹

3. En relación a los bienes jurídicos: si en la moción hubo *parcialidad y confusión* sobre el tema, el problema se mantuvo durante el debate en la Cámara. Como no existió claridad en la percepción de los objetos jurídicos que requieren de tutela, la consecuencia lógica fue que la actividad legislativa desarrollada, tanto al prepararse la moción como en la posterior discusión, nunca obedeció a una política criminal determinada y definida de antemano. Al presentar el proyecto se afirmó que él tenía por finalidad "*proteger este nuevo bien jurídico que ha surgido con el uso de las modernas tecnologías computacionales: la calidad, pureza e idoneidad de la información en cuanto tal, contenida en un sistema de tratamiento automatizado de la misma y de los productos que de su operación se obtengan*"

3.a) Hablo de *parcialidad o ambigüedad*, por cuanto no se distinguió la naturaleza específica o la especie de datos que pueden ser afectados. Desde un principio me pareció inadecuado aludir a "*la información en cuanto tal*", sin otorgarle una carga o contenido valorativo, sin reparar en que no todo conjunto organizado de datos

⁵⁸ Así lo afirmó en una entrevista concedida al matutino El Diario, el 26 de julio de 1991.

⁵⁹ "Para muestra un botón": en el ambiente de las empresas informáticas se comentó, durante mucho tiempo, la copia (o hurto) que una línea aérea nacional había realizado de un software de otra empresa del mismo rubro; incluso más, se agregaba que la reproducción había sido defectuosa.

reviste igual importancia.⁶⁰ Para la ley promulgada son iguales un fichero con recetas de cocina que el del Registro Civil, el del Banco Central o cualquier otro de tanta trascendencia. En el error la Comisión fue sumamente clara en su segundo informe, cuando señaló que al legislar "no debe importar el tipo de información sino las acciones delictuales para obtenerla".⁶¹

¿Y qué ocurre con los datos nominativos o personales? ¿se buscó tutelar la privacidad? En primer lugar, la presentación de la moción no alude al tema; en segundo lugar, durante el debate en la Cámara -como consta del informe de la Comisión- Viera-Gallo expresamente dejó de lado la posibilidad de ampararlos, al aclarar que él no buscaba sancionar los delitos que pudieran ser cometidos utilizando la información que contienen los sistemas informáticos,⁶² especialmente en cuanto afectasen la vida privada de las personas; y en tercer lugar, se omitió un análisis conjunto con la moción de Bosselin y Pizarro, no obstante haberse constatado -en una nota a pie de página- su directa relación. *La conclusión es clara: no se buscó tutelar la intimidad de las personas, ...nunca se pensó en resguardar garantías relacionadas con su libertad, seguridad y dignidad.*⁶³

60 Porque sé que el Sr. diputado consultó la que fue mi tesis de licenciatura -aprobada en mayo de 1990-, asesorado por tres alumnos de la Escuela de Derecho de la U.C.V., me atrevo a afirmar que lisa y llanamente no consideró lo expuesto en la Parte Primera, *sobre lo esencial de considerar las distintas especies de información para perfilar los bienes jurídicos afectados.*

61 Para seguir demostrando la confusión, consigno como en el mismo informe y tan sólo 4 párrafos después, al comentar una modificación al artículo 2º se habla de una idea de "proteger sistemas de informaciones complejos y de gran incidencia o relevancia, como los que manejan algunos servicios públicos o entidades financieras y de seguridad social". La idea, por lo genérico de los tipos, no pasó de ser tal.

62 Esta afirmación, obviar la sanción de los delitos cometidos utilizando la información almacenada en un banco de datos, se contradice con haber propuesto en el artículo 2º una hipótesis de espionaje informático.

63 Para ratificar mi impresión de que intencionalmente se dejó de lado un punto fundamental, llamo la atención sobre la nota a pie de página Nº 2 del segundo informe de la Comisión, en la que se alude a una propuesta de directiva del Consejo de la CEE, sobre el tratamiento de datos personales, la que para una efectiva protección de la

En otro orden de ideas, ni la moción ni el debate se plantearon desde la perspectiva de *amparar una eventual titularidad dominical sobre los datos*; nunca se habló o se concluyó en que había que proteger la propiedad de quienes serían dueños de la información.⁶⁴ Este es un debate de fondo y que cuestiona derechos reales -y garantías constitucionales- importantes. No creo que una persona pueda afirmarse dueña absoluta y exclusiva, al punto de no compartir los datos incluso nominativos, lo que no significa -al extremo- que sean patrimonio común; pero frente a una justa y eventual preeminencia del derecho a la información o ante necesidades de tráfico comercial la solución pasaría por otorgar su mayor control posible, sobre la base del *principio de la autodeterminación informativa* y consagrando legalmente el derecho de acceso. Queda en evidencia como frente a las necesidades de las sociedades de la información, no basta con recurrir a instituciones tradicionales del derecho, de gran enjundia jurídica pero de difícil conexión con los problemas reales.

3.b) Siempre en materia de bienes jurídicos, reparo una *doble confusión*:

3.b.i) Es erróneo creer que mediante la tipificación de delitos se busca que un conjunto organizado de datos sean "*idóneos, puros y de calidad*"; también se equivoca el primer informe de la Comisión cuando considera que así se minimizan los riesgos asociados con el procesamiento de datos, relativos a la calidad, confiabilidad y oportunidad de la información. Estas características se resguardan con la consagración de las garantías que emanan del derecho de acceso, entre otras, corregir, actualizar, suprimir y conocer la finalidad de la recolección de los datos, ...todas las cuales son contempladas en leyes ad hoc. Lo que debe tutelarse penalmente es el tratamiento

intimidad recomienda la aplicación de sanciones disuasivas (¡administrativas, civiles y penales!).

⁶⁴ Estos alcances tienen actual proyección práctica, porque gerentes de importantes empresas enmarcan a la Ley N° 19.223 en el ámbito de la regulación del intercambio de información (EDI) y afirman que se ha resguardado la propiedad de la misma; véase la *Revista Computerworld* N° 32, de julio de 1993, en su página 13.

computacional de información de contenidos especiales y relevantes, de datos idóneos, puros y fidedignos

3.b.ii) La opción constató el surgimiento de un nuevo bien jurídico, la información, en los términos abstractos y equívocos recién expuestos. En el primer informe de la Comisión, cuando se formula una minuta de las ideas matrices o esenciales del proyecto, se ratifica la misma propuesta. Los reparos surgen de la lectura del segundo informe de la Comisión, emitido a propósito de *las indicaciones* del Ejecutivo; en su página cinco vuelve a referirse al bien jurídico información; sin embargo, al final de la misma se contienen dos afirmaciones: primero, que en su interior hubo consenso en cuanto a que *las indicaciones* apuntaban en un sentido diferente y que obedecían a una concepción distinta de los bienes jurídicos a proteger (lo que es efectivo, porque en atención a la naturaleza de la información percibieron claramente dos); y segundo -y esto es grave- que "*para ella*" (la Comisión) "*el sistema informático es un nuevo bien jurídico que se quiere proteger, el cual difícilmente puede asimilarse a otros penalmente protegidos*"

Tal criterio de los parlamentarios sólo puede ser fruto de la incompreensión conceptual y del desconocimiento de la razón de ser de la criminalidad informática; no encuentro otra explicación para la afirmación citada textualmente. Ya es equivocado sancionar los atentados contra la totalidad del objeto material "sistema informático", incluido el soporte físico o hardware, olvidando que lo que remece y complica al derecho son los abusos contra los intangibles e incorpóreos "datos y programas"; pero más grave resulta concebirlo como uno de los bienes jurídicos o valores esenciales, vitales y trascendentes conculcados.

La cuestión es importante de aclarar. Porque mediante la interpretación jurisprudencial puede presentarse un situación similar a la ocurrida con la Ley N° 18.168, de Telecomunicaciones, respecto de la cual *se ha considerado como bien jurídico protegido el normal funcionamiento de los servicios respectivos*, es decir, que sólo se regula -técnica y conceptualmente- la conducción de la información, dejándose de lado la preocupación por la confidencialidad de la

comunicación que se realiza por su intermedio, en definitiva, obviándose la protección de derechos fundamentales como la privacidad. Tuvo que ocurrir un caso de gran publicidad y trascendencia política,⁶⁵ para que el Parlamento modificara los delitos tipificados en la ley (sancionando las conductas de interceptar, grabar y difundir maliciosamente una conversación telefónica privada) y propusiera agregar un nuevo párrafo al título III del Libro II del Código Penal.⁶⁶

4. La presentación de la moción afirma que el proyecto se hizo eco de la tendencia existente en el Derecho Comparado -específicamente "del camino que han seguido" cinco países- y de las recomendaciones de organismos internacionales especializados en el tema. El informe de la Comisión dejó constancia de que, en particular, la forma como estaba propuesto tuvo su antecedente en la legislación francesa, que contendría 8 artículos sobre la materia

4.a) En cuanto a la situación de *lege lata* en EE.UU., Alemania, Francia, Austria y Suiza, países a los que alude Viera-Gallo y que son los mismos ordenamientos analizados en mi libro citado, *en todos ellos el primer paso ha sido la promulgación de leyes de protección de datos*, en cuyo seno se consagraron tipos penales; luego, tan sólo en Alemania (1986), Austria (1987) y Francia (1988), se han incorporado a los Códigos -en forma complementaria- ilícitos informáticos.

En cuanto al ordenamiento jurídico francés,⁶⁷ el primer informe de la Comisión incurre en un error cuando afirma que tendría sólo ocho artículos en el Código Penal. La remisión es parcial, porque desde enero de 1978 en Francia existe una ley de protección de datos

65 Me refiero al denominado "Piñera Gate", en que se interceptó una comunicación privada del senador realizada por medio de su teléfono celular

66 Véase la (n. 19).

67 Un análisis de la situación de *lege lata* del ordenamiento jurídico francés puede consultarse en mi libro citado, pp. 136 y ss.

("sobre la informática, los ficheros y las libertades"), en la que se tipifican delitos propiamente informáticos;⁶⁸ de hecho, la modificación al Código fue un complemento de aquella y, para entenderla, no puede ser sacada de su contexto (hay que considerar lo que el informe de la Comisión denomina -para excluirlas- como "ideas afines" al delito informático): se introdujo un Capítulo III, en el Título II del Libro III, sobre los crímenes y delitos contra los particulares; el Capítulo I alude a los ilícitos contra las personas, el II a los que se cometen contra los propietarios y el nuevo Capítulo III se titula "de ciertas infracciones en materia informática", ...pero siempre contra los particulares.

En consecuencia:

4.a.i) Es inexacta la moción, cuando afirma que "la protección de un sistema de información automatizado *se realiza* mediante la creación de figuras penales especiales". es decir, que el resguardo legal desarrollado en el Derecho Comparado ha consistido en el sólo establecimiento de delitos.

4.a.ii) En ningún país se ha optado por presentar un proyecto que conste de cinco artículos aislados. Para consagrar responsabilidad penal se propusieron (y se aprobaron) parcial e independientemente algunos supuestos específicos, fuera de cualquier contexto, lo que no constituye una legislación especial, no es "menos pretencioso pero más realista" (como afirmó su autor durante el debate) y no soluciona el problema de la criminalidad informática. No se consideró su inserción, ni en el Código Penal vigente -de lo cual me alegro, porque al ser de 1874 se le habría desnaturalizado- ni en el "corpus" de una ley de protección de datos -lo cual lamento-, que es la tendencia mayoritaria del Derecho Comparado y la opción más conveniente por razones de técnica legislativa. Está muy equivocado el diputado cuando afirma "que la experiencia ha demostrado... que hacer una legislación más orgánica y completa... no produce resulta-

⁶⁸ Recordemos que el senador Cantuarias la cita como una de las bases fundamentales que tuvo en cuenta para elaborar su proyecto.

dos".⁶⁹ Requerido durante el debate en Comisión Viera-Gallo declinó pronunciarse sobre la inclusión de los artículos en el Código, a la espera de las indicaciones del Ejecutivo; y

4.a.iii) No se optó por regular orgánicamente el uso de la informática sino sólo por sancionar los abusos cometidos contra la misma, olvidándose principios fundamentales como que el ordenamiento penal es de ultima ratio y que existen otras vías para castigar conductas ilícitas. Únicamente se contemplaron sanciones penales, las más drásticas de un ordenamiento jurídico, sin consagrar previamente cuáles son los principios que deben guardarse -v.gr. la confidencialidad de determinados datos, las obligaciones que deben cumplirse y las prohibiciones que deben respetarse-. Incluso la moción, luego de constatar la gravedad que puede revestir la revelación de información almacenada en un sistema informático, aludió a la posibilidad de que por excepción la ley lo autorice expresamente; la duda surge fuerte: ¿en qué tipo de norma se pensó, ...en una que regule el procesamiento de datos o en alguna vigente en Chile?

4.b) En cuanto a los *criterios o recomendaciones de organismos internacionales en el ámbito de la criminalidad informática*, con sólo considerar entidades como el Consejo de Europa, algunas Comisiones especializadas de la ONU, la CEE y el ILANUD (Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento del delincuente), se observa que todas se han abocado, principalmente: al estudio de la situación de los derechos humanos en el campo tecnológico; al análisis de las repercusiones de la informática "en el ámbito de los derechos individuales más significativos", porque es en éste contexto que "los parámetros del Derecho Penal clásico parecen no colmar las expectativas de su adecuada protección"; y a la elaboración de un marco jurídico específico para proteger los derechos de las personas frente a determinadas conduc-

⁶⁹ Es errada su reiterada insistencia en afirmar que una ley de protección de datos busca "abarcar el tema de la informática en su globalidad"; recuérdese lo dicho más arriba en la (n.48).

tas antisociales, relacionadas con los sistemas informáticos y mercedoras de reproche jurídico penal por su gravedad y generalidad.

5. Un punto importante no fue considerado: procesalmente debe entenderse que se trata de delitos de acción penal pública o perseguibles de oficio, pudiendo denunciarlos cualquier persona. Porque lo que se busca tutelar es información relevante y para proteger la reputación de los afectados, existe unanimidad en el Derecho Comparado para consagrarlos como delitos de acción penal mixta, que sólo pueden ser denunciados a requerimiento del ofendido o su representante legal.

6. Por ser muy casuística la regulación surgen lagunas de punibilidad, como la copia ilegal o apropiación de software, los ilícitos operados en la etapa de recopilación de datos (que afectan a la información destinada a ser procesada) y el uso no autorizado de equipos computacionales.

7. En los tipos alternativos elaborados no se contempló un dolo específico. No se utilizaron elementos subjetivos, con lo cual y conforme a la regla del inciso segundo del artículo 1º del Código penal, legalmente todas las conductas contempladas se presumían dolosas (dolo genérico). ¿Y qué ocurría con las culposas que quedaban sin sanción?: ¿era conveniente consagrar un cuasidelito informático, para sancionar la negligencia de aquellos que generalmente son personal calificado, ¿o bastaba hacerlo en sede de responsabilidad civil?, por cierto que algunos autores se inclinan, tímidamente, por la segunda opción. Durante el debate en Comisión se agregó a los artículos 1º, 3º y 4º la expresión "maliciosamente", exigiéndose un dolo específico a pesar de las dificultades de prueba que él presenta.

8. En la moción había una reiterada alusión a conductas "indebidas" o "sin derecho" -elementos de antijuridicidad o justificación que invierten el peso de la prueba- sin que se establecieran o se haya pretendido hacerlo en una ley especial, cuáles son los actos que debidamente o con derecho podía realizar el responsable de un sistema, v.gr. en qué casos revelar información. Luego el debate en la Cámara

la expresión sólo se mantuvo en el artículo 2º; posteriormente sería suprimida en el Senado.

9.a) La parte preliminar de la moción señala que el primer inciso del artículo 1º se refiere a los atentados contra los programas o soportes lógicos (a los datos alude el inciso segundo). Si esa fue la intención, me parece errada y muy amplia la expresión "*funcionamiento de un sistema de tratamiento automatizado de información*", mismo que -según la norma- debía ser indebidamente destruido, inutilizado, obstaculizado, impedido o modificado.

Que el sistema funcione o no es una circunstancia o una situación de hecho, que dependerá de que operen conjunta y adecuadamente sus componentes lógicos (las instrucciones) y físicos (los equipos), pero no es un *objeto material* conveniente de ser descrito en un tipo de delito informático. Un sistema funcionando equivale a un auto andando, a una máquina escribiendo o a un teléfono transmitiendo, donde los objetos materiales serán el sistema, el auto, la máquina o el teléfono. Ahora bien: si a estas alturas existe claridad en cuando a que el componente informático que requiere de una nueva y específica tutela es el soporte lógico del computador o de una red, ...para aludir a los programas sería necesario referirse a los atentados contra *las instrucciones u órdenes lógicas que permiten el funcionamiento de un ordenador*. El tipo propuesto subsume atentados contra el hardware y su apropiación o destrucción son conductas ya cubiertas por los delitos vigentes, porque el funcionamiento de un sistema puede ser inutilizado, obstaculizado, impedido o modificado, v. gr. con la introducción de un "clip" por la unidad de diskette o con la desconexión de los modem que permitan la transmisión de datos por red.

El alcance de la expresión en comento se torna más confusa a la luz del debate en Comisión. En efecto, en el informe posterior al primer trámite reglamentario la nota a pie de página N° 1 señala que la opción sólo se refiere el software -programas y datos-; ¡pero lo anterior es desvirtuado o se contradice con lo dicho en la página 14 del mismo informe!, cuando se afirma que el proyecto "busca proteger los activos informáticos (hardware y software) ante agresiones,

dar seguridad al procesamiento de datos (instalaciones de computadoras, redes de comunicaciones, ...bases de datos)...". Por último y reafirmando el error de considerar como delito informático los atentados contra los equipos, durante el debate se acordó una nueva redacción del artículo 1º, para distinguir las acciones que atacan contra "las partes o componentes" del sistema, de las que afectan su funcionamiento; me parece absolutamente redundante lo agregado porque, precisamente, las partes o componentes siempre serán físicas y lógicas y, dinámicamente hablando, son las que permiten la operatividad de un sistema informático.

9.b) Si bien la amplia expresión del artículo 1º "modificar el funcionamiento de un sistema" permitía subsumir la manipulación o alteración de programas (así se aclaró durante el debate posterior en el Senado), ...cosa muy distinta es pretender que alguno de los tipos - en particular el artículo 2º- castigue las hipótesis de copia ilegal o de pirateo de software. Al hacerlo Viera-Gallo demuestra no comprender la temática: ha sostenido que indirectamente su moción sancionaría la sustracción fraudulenta o la copia de programas;⁷⁰ y a fines de 1991 declaró que él buscó sancionar la reproducción con fines de comercialización o pirateo.⁷¹

10. La presentación de la moción afirmó que en el inciso 2º del artículo 1º se buscaba establecer una causal de agravamiento cuando como resultado del daño a los programas se produjese además el de los datos, "*siguiendo la tendencia de la doctrina contemporánea*". No conozco autores que perfilen tal criterio; además que es irrelevante, porque para atacar contra la información o manipular datos generalmente se requiere el uso normal y correcto de las instrucciones, no destruir las, inutilizarlas u obstaculizarlas.

70 Véase en la página 3 de la *Revista Computerworld*, N° 8, del 12 al 26 de agosto de 1992.

71 La afirmación la hizo en el Simposium "Informática y Legislación", realizado en Santiago los días 5 y 6 de diciembre de 1991; la idea fue publicada además en el diario *La Tercera* del día 9 del mismo mes.

11. El artículo 2º era una hipótesis de espionaje informático. Puede hacerse el mismo reparo que al 1º, en el sentido de que se subsumen interferencias materiales o atentados contra el hardware -v.gr. el daño al modem de una red-. Según el primer informe de la Comisión sería un delito de menor relevancia que el anterior, simplemente "porque no se destruye nada"...; tal afirmación desconoce la trascendencia que puede revestir el hurto de datos.

12. El artículo 3º sancionaba la revelación indebida de información, estableciendo una nueva agravante en el evento que fuese realizada por el responsable del sistema, abusando de la confianza depositada en él. Cuestión compleja iba a ser determinar quién detentaba tal calidad, al no contemplarse, por ejemplo, la obligación de inscribirse en un registro nacional.

13. El artículo 4º constituyó al mismo tiempo una hipótesis de manipulación o fraude informático -por el uso de los verbos rectores "introducir, transformar, desfigurar y alterar"- y una segunda modalidad de sabotaje a los datos (reiterándose el inciso 2º del artículo 1º) -por el uso de los verbos "dañar o destruir"- . Durante el debate en Comisión se reemplazó el término "indebidamente" por "maliciosamente" -para exigir un dolo específico-.

14. El artículo 5º establecía otra agravante, para cuando cualquiera de las conductas anteriores fuese realizada con ánimo de enriquecimiento.

15. Durante el primer trámite reglamentario el autor de la moción presentó dos indicaciones, que fueron acogidas: *i)* para retirar los artículos 3º -por ser otra hipótesis de espionaje informático- y 5º -en atención a que todas las conductas descritas en el proyecto tendrían incluido el ánimo de lucro (¿por qué se restringe el alcance de los tipos?)-; *ii)* para agregar un nuevo artículo final que pasó a ser el 4º, en virtud del cual se le permitió al tribunal cambiar las penas privativas de libertad por multas, cuando las consecuencias del delito no

fueran de especial gravedad⁷² (...pienso que esta norma contenía una fórmula poco definida, al otorgarse cierta discrecionalidad a los tribunales sin precisar empero, en el texto o en otra ley ad hoc, los criterios concretos que habrían de ponderarse para la determinación de dicha gravedad y el consiguiente cambio de la pena).

16. En julio de 1992, mediante el oficio N° 238-324 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia *el Ejecutivo presentó indicaciones al proyecto*, todas las cuales fueron rechazadas durante el segundo trámite reglamentario.

16.a) En general, apuntaron a sustituir los tipos propuestos por otros que, incorporados al Código Penal, consideraban a la computación como una específica herramienta de comisión. *Lo positivo*, en primer lugar, es que claramente se apuntó a la tutela de los dos bienes jurídicos más afectados por la criminalidad informática, el patrimonio y la intimidad, tanto en cuanto información patrimonial y nominativa; en segundo lugar, se percibió que la computación puede desempeñar solamente el rol de un especial instrumento de ejecución. *Lo negativo*, en mi opinión, fue: que se propuso incorporarlos dentro de las categorías ya existentes -conservando la penalidad de los mismos- y no una reforma del Código, con lo cual se desnaturaliza un corpus caracterizado por no tutelar objetos intangibles y bienes jurídicos inmateriales (...es de 1874); que se plantearon las indicaciones precisamente para sustituir y no para complementar otras hipótesis de delitos informáticos -a la manera del *delito computacional*-; que en la tipificación del sabotaje informático se aludió a elementos físicos, los que ya sabemos no requieren para su tutela de una nueva intervención del *ius puniendi*; y que el delito de fraude infor-

72 Esta norma es similar a una contenida en una proposición de ley presentada en España por el Grupo Parlamentario Centro Democrático y Social (CDS), en 1989, publicada en el Boletín Oficial de Las Cortes Generales número 141-1, de la serie B, del 10 de marzo de ese año; la proposición española -en definitiva rechazada- planteaba agregar un nuevo artículo 535 bis al Código Penal y señalaba que los hechos punibles en él contemplados serían castigados con la pena inmediatamente superior en grado cuando los hechos revistiesen especial gravedad a juicio del Tribunal.

mático propuesto se limitó a las manipulaciones de datos con fin de lucro.

16.b) La opción de incorporar nuevos tipos al Código fue adoptada siguiendo el ejemplo de España. La exposición de motivos de la Ley Orgánica de regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de carácter personal (LORTAD),⁷³ señaló que no se consagraban nuevos tipos delictivos ni se definían supuestos de responsabilidad penal para su eventual incumplimiento, porque se entendió que la sede lógica para ello era solamente el Código Penal. En principio tal criterio me pareció errado; hoy tiene sentido, porque al mismo tiempo que ella se presentó a trámite se estaba trabajando en la elaboración de un moderno Código, cuyo anteproyecto -de 1992- optó por incorporar delitos informáticos dentro de las categorías ya existentes y no por contemplar un título especial.

16.c) En particular, las indicaciones fueron del siguiente tenor: *i)* para sustituir el artículo 1º por la incorporación de un número 6º bis al artículo 485 del Código, en materia de delito de daños; *ii)* para sustituir el artículo 2º por un nuevo 468 bis, dentro de los tipos de estafas y otros engaños; *iii)* para sustituir el artículo 3º por la agregación de un inciso final al artículo 146, en materia de delitos contra los derechos garantizados por la Constitución, sancionando el apoderamiento sin derecho, realizado sólo por particulares, de "datos de carácter personal o familiar de otro, registrados en ficheros o soportes informáticos", con lo cual únicamente se aludía al espionaje informático; *iv)* para suprimir el artículo 4º

17 Durante el segundo trámite reglamentario formalmente sólo se modificó el artículo 2º, incorporando al mismo la idea contenida en el primitivo y retirado artículo 3º

18. El tenor de los artículos que por unanimidad aprobó la Cámara fue el siguiente:

⁷³ La Ley Orgánica referida fue promulgada el 29 de octubre de 1992.

Artículo 1. El que, maliciosamente, destruya o inutilice un sistema automatizado de tratamiento de información o sus partes o componentes, o impida, obstaculice o modifique su funcionamiento, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.

Si como consecuencia de estas conductas se afectaren los datos contenidos en el sistema, se aplicará la pena señalada en el inciso anterior, en su grado máximo.

Artículo 2. El que sin derecho y con el ánimo de apoderarse indebidamente de la información contenida en un sistema automatizado de tratamiento de la misma, lo intercepte, interfiera o acceda a él, será castigado con presidio menor en su grado medio.

Artículo 4. El tribunal podrá cambiar las penas establecidas en los artículos anteriores por penas pecuniarias de multa, de cinco a mil unidades tributarias mensuales, cuando las consecuencias del delito no fueren de especial gravedad.

III.B Comentario al debate en el Senado.

1. En la Cámara revisora el proyecto se discutió desde una perspectiva más bien formal, renitiéndose a "optimizar" los artículos. Sin embargo, un punto de fondo en el debate -en cuanto al objeto material afectado por una conducta, que es el que se describe en los tipos- ha sido de incalculada trascendencia y, estoy cierto, nunca vislumbrado por el autor de la moción ni los miembros de la Cámara de Diputados.

Con sólo eliminar la expresión "automatizado" de todos los tipos, los delitos, inicialmente propuestos como sanciones a las conductas dolosas y abusivas cometidas en el ámbito de los sistemas informáticos o computacionales, se ampliaron o se hicieron extensivos -intencional y expresamente- a todos los sistemas de tratamiento de información, ...cualquiera sea su naturaleza (automática o electrónica, mecánica o manual), ...o cualquiera sea el soporte físico en que residan (incluso papel). Las sanciones penales se aplican ade-

más a toda otra tecnología que, a futuro, permita el tratamiento de datos.

La Comisión dejó constancia que la palabra suprimida se estimó restrictiva -porque no tendría sentido discriminar según la cual sea el soporte físico en que resida un sistema de tratamiento de información- e incompatible con el progreso tecnológico. Por dos razones no comparto estas aseveraciones: *i)* porque las posibilidades de abusar de los sistemas computacionales, cualitativa y cuantitativamente hablando son -lejos- muy superiores a cualquiera otra modalidad de recopilación, procesamiento, almacenamiento y transmisión de datos; *ii)* y porque a futuro, investigaciones científicas y pronósticos tecnológicos no consideran la sustitución de la informática por otra tecnología sino, muy por el contrario, su progresiva optimización mediante el desarrollo de software.⁷⁴

Ya no puede caber duda alguna al momento de interpretar los tipos, porque técnicamente es claro el alcance de la amplia expresión "sistema de tratamiento de información": hay delito en la alteración, daño o destrucción de una hoja introducida para escribir a máquina, cuando contenga datos de cualquier especie... *"Juristas de Chile: debéis dedicaros al estudio de la Teoría General de Sistemas"*.

2. Porque una especie de sistema de información son los informáticos, siguen siendo válidos los reparos -no subsanados- realizados a la moción y al debate en la Cámara. Así, v.gr., en momento alguno se consideró la necesidad de atender a la naturaleza, especie o importancia de los datos; y tampoco se pensó en tutelar el bien jurídico privacidad o intimidad, tanto en cuanto información nominativa. Cito lo que se dijo durante el debate en sala del 11 de mayo de 1993, en que los senadores Pacheco y Vodanovic recordaron que una de las razones para rechazar una indicación -del senador Thayer- que tipificaba un cuasidelito o delito culposo, fue que tradicionalmente la legislación chilena sólo los castiga cuando se cometen contra las

⁷⁴ A la base de disciplinas como la inteligencia artificial, los sistemas expertos y la robótica sigue estando el tratamiento automatizado o electrónico de datos, con ordenadores de Quinta Generación.

personas y no en contra de *la propiedad*; durante la votación, el senador Otero agregaría que en ninguna parte se consagra el cuasi-delito en relación con *especies u objetos*

3. En relación al artículo 2° la Comisión suprimió la expresión "sin derecho", porque estimó que la idea estaba contenida en el adverbio "indebidamente" que se vincula al verbo rector "apoderarse".

4. Acogiendo una idea de la Asociación Chilena de Empresas de Informática, se incorporó un artículo nuevo para castigar una conducta que -se dijo- "no estaba definida en el proyecto original": la revelación o transmisión maliciosa de los datos contenidos en un sistema de información, aumentándose la pena para el evento que el autor del delito sea el responsable del sistema. Al parecer no se reparó en que la norma incorporada es muy similar al artículo 3° del proyecto inicial.

5. Se rechazó el artículo 4°, porque presentaba el peligro de que los infractores arriesgaran el pago de la multa ante la perspectiva de un mayor beneficio económico, lo que debilitaba los preceptos del proyecto.

6. En el debate en sala del martes 11 de mayo de 1993 (Sesión 50ª, ordinaria) se acogieron por unanimidad dos modificaciones propuestas por el senador Otero, a los artículos 2° (agregar los verbos "usar" y "conocer", para castigar a quien interfiere un sistema) y 4° (cambiar el vocablo "transmitir" por "difundir"); se rechazó la eliminación de la expresión "maliciosamente" propuesta por el senador Alessandri, en atención a la dificultad de probar el dolo específico; y se rechazó una indicación renovada por el senador Thayer, con el objeto de aplicar una pena menor a quien incurra negligentemente en las infracciones señaladas.

7. El tenor definitivo de la ley, que no "tipifica figuras penales relativas a *la informática*" -como señala el título que la encabeza en el Diario Oficial-, sino que lo hace en relación a *los sistemas de tratamiento de información, inclusive manuales*, es el siguiente:

"Artículo 1. El que maliciosamente destruya o inutilice un sistema de tratamiento de información o sus partes o componentes, o impida, obstaculice o modifique su funcionamiento, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.

Si como consecuencia de estas conductas se afectaren los datos contenidos en el sistema, se aplicará la pena señalada en el inciso anterior, en su grado máximo.

Artículo 2. El que 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, será castigado con presidio menor en su grado medio.

Artículo 3. El que maliciosamente altere, dañe o destruya los datos contenidos en un sistema de tratamiento de información, será castigado con presidio menor en su grado medio.

Artículo 4. El que maliciosamente revele o difunda los datos contenidos en un sistema de información, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio. Si quien incurre en estas conductas es el responsable del sistema de información, la pena se aumentará en un grado".

PARTE TERCERA: Proposición sobre el contenido de una ley de procesamiento de datos.

Ya manifesté mi particular mas no exclusiva preocupación por el tema de la confidencialidad, resguardo y protección legal de la información nominativa almacenada en bancos de datos, tanto en el sector público como en el privado; en definitiva, por el resguardo de la intimidad de las personas, cuyos datos son recopilados, procesados, almacenados y cruzados en forma arbitraria, injusta y abusiva. A modo de conclusión y para entrar en el plano del "anuncio" que inevitablemente debe seguir a toda "denuncia", propongo el que, en mi opinión, sobre la base del Derecho Comparado, en un plano de *lege ferenda* y sin abordar -por ahora- la redacción de artículos con-

cretos, ...debiera ser el contenido de una ley reguladora del procesamiento de datos y la criminalidad informática.

1. Debe existir una *parte dogmática*, que contenga definiciones conceptuales y que consagre principios como el derecho de acceso directo o habeas data del interesado o titular de los datos, la confidencialidad de los mismos o el secreto informático, la autodeterminación informativa, la libertad informática, la soberanía de la información, etc.; que fije su ámbito de aplicación (naturaleza pública o privada de los bancos de datos, tratamiento electrónico y/o manual); que distinga entre las especies de información tutelada (nominativa y estadística); que defina qué datos personales, por su sensibilidad, deben ser especialmente tutelados o eventualmente excluidos de registro; que regule la recolección, procesamiento, almacenamiento y difusión o la distribución de la información; que consagre, para los titulares de los datos, todas las garantías que emanan del derecho de acceso (apercibir judicial o administrativamente, corregir, actualizar, eliminar, etc.); que contemple deberes u obligaciones y prohibiciones para los administradores o responsables de un sistema.

Situación delicada es la relacionada con los bancos públicos de datos o administrados por órganos del Estado. A su respecto, los requisitos de constitución deben ser más rígidos -exigiéndose autorización y no mero registro, a diferencia de los bancos privados-; entre ellos debiera prohibirse la interconexión telemática o la existencia de bancos de datos integrados, salvo que el órgano de control y registro lo autorice fundadamente; que atendida su naturaleza y funciones, algunos organismos encargados de velar por la seguridad pública y la defensa nacional (v.gr. Carabineros, Investigaciones, la Dirección Nacional de Seguridad e Informaciones) deberían poseer bancos de datos de acceso restringido o prohibido a los particulares (titulares de los datos), quienes a su respecto sólo podrían ejercer el derecho de acceso indirectamente, a través del órgano ad hoc o de los tribunales y para la investigación de reclamos o ilícitos específicos.

2. Debe contemplarse una *parte orgánica*, que cree una entidad independiente de control y fiscalización, v.gr. una Superintendencia de Bancos de Datos, una Comisión Nacional de Informática y Liber-

tades, una Oficina de Inspección de Datos, etc... Ella debería, entre otras funciones, autorizar la creación de bancos de datos nominativos, llevar un registro nacional de los mismos y sus responsables, fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones y prohibiciones que establezca la ley, imponer sanciones administrativas en caso de inobservancia de aquéllas, etc.

3. Deben considerarse *instancias procesales*, de reclamo y control o fiscalización, para el adecuado ejercicio del derecho de acceso y las garantías que de él emanan y para obtener el respeto de las obligaciones y prohibiciones que contemple la ley; pienso en la coexistencia de acciones ante el órgano ad hoc con recursos judiciales, ante los tribunales de justicia y previo agotamiento de la vía administrativa.

4. Por último y sólo al final debe existir una *parte represiva*, en la que se consagren sanciones administrativas y penales para conductas indebidas, abusivas, sin derecho, no autorizadas, dolosas o maliciosas. Respecto de las *sanciones administrativas*, ellas pueden consistir -siempre a título ejemplar- en multas, cancelación del registro, etc. Respecto de las *sanciones penales*, pienso en la configuración de específicos delitos informáticos o ilícitos típicos, antijurídicos y culpables que atenten contra el soporte lógico de un sistema computacional (datos de especial naturaleza y programas); ellos deberían contemplar penas privativas de libertad, multas y otras como la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito. Las *sanciones civiles*, en particular de las conductas negligentes, pueden quedar entregadas a las reglas generales en materia de indemnización de perjuicios.