

EL DELITO INFORMÁTICO

(Ley N°27309, de 17 de julio de 2000)

Luis Bramont Arias T.

Profesor de Derecho Penal de la PUCP

I.- INTRODUCCIÓN

No existe una definición aceptada unánimemente sobre lo que es el delito informático; pero, de modo general, es aquél en el que, para su comisión, se emplea un sistema automático de procesamiento de datos o de transmisión de datos; no obstante, es indudable que en esa definición no hay una descripción de las conductas que se enmarcan bajo esta definición, función que le corresponde al legislador.

En la actualidad, el delito informático es una realidad incuestionable y parece que también irreversible, la informática se ha instalado entre nosotros.

El problema se centra en buscar fórmulas efectivas de control, respecto a las cuales el Derecho ha de tener un marcado protagonismo en su papel de regulador de las relaciones y mecanismos sociales para el mantenimiento de un orden social.

En un primer momento, las figuras delictivas tradicionales, en particular, los delitos patrimoniales, han tenido que hacer frente a esta nueva forma de criminalidad, pero éstas no ofrecen una delimitación típica completa frente a las nuevas conductas delictivas, razón por la cual se tiende en varias legislaciones a crear tipos penales especiales.

Así, por ejemplo, se ha intentado sancionar estas conductas con los delitos de estafa, falsificación de documentos, daños.

A primera vista, el delito de estafa, -art. 196° del Código Penal-, tiene cierta afinidad con los delitos informáticos, pero cuando se analiza más detenidamente los elementos de este delito, se acaba concluyendo que el delito informático y el delito de estafa sólo tienen en común el perjuicio patrimonial que provocan. Los problemas se centran en cuanto

al engaño y error, elementos que se dan en una persona natural y no en una computadora, puesto que ésta lo único que hace es acatar los mandatos dados por la persona, pero no se puede afirmar que la computadora ha sido engañada o se encuentra en error, desde una perspectiva de un estado psíquico.

En relación con el delito de daños, -art. 205° del Código Penal-, éste podría configurarse cuando usuarios, carentes de autorización, alteran o destruyen archivos o bancos de datos a propósito. Estos hechos se conocen como sabotaje, y su comisión se ve favorecida gracias a la concentración de información en un mínimo espacio. Si se realizara de forma negligente, el hecho sería atípico, así, por ejemplo, si por la falta de conocimiento, el sujeto aprieta teclas incorrectas causando un daño en la base de datos.

En cuanto a la relación con el delito de falsedad documental, art. 427° del Código Penal, el problema fundamental es la concepción de documento que se asume en Derecho Penal, anclada en un papel escrito, y que se acepten nuevas formas de expresión documental, sobre la base de diskets, discos duros, en cuanto a sistemas actuales de expresión de información. Concepto que sí es manejado en materia civil, así el art. 234° del Código Procesal Civil considera como documento las microformas, tanto en la modalidad de microfilm como en la modalidad soportes informáticos, la telemática en general, y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado. Por ende, los tipos penales comprendidos en los delitos contra la fe pública son inaplicables por el momento, mientras se mantenga la concepción de documento señalada.

Todos estos problemas han llevado a que el legislador haya tenido que crear un delito informático, el cual ha sido publicado en la Ley N° 27309, de fecha 17 de julio del presente año.

II. ANÁLISIS DE LA LEY N° 27309, DE 17 DE JULIO DEL 2000

El dispositivo mencionado incorpora en el Título V, Delitos contra el Patrimonio, el Capítulo X, Delitos Informáticos, el cual contempla los artículos 207°-A, 207°-B y 207°-C.

1.- Bien Jurídico protegido

Desde un punto de vista sistemático, tendría que afirmarse que el bien jurídico protegido es el patrimonio, al incorporarse en dicho título.

Pero, si se realiza un análisis de la redacción de los tipos penales se llega a conclusiones distintas.

En referencia al art. 207°-A CP, el bien jurídico protegido estará referido a la seguridad del tráfico de información. Si bien existirán, dependiendo del caso, otros bienes jurídicos afectados como puede ser, en algunos casos, el patrimonio.

Hay que tener en cuenta que en el tipo penal no se exige que el sujeto tenga la finalidad de obtener un beneficio económico, este requisito es constitutivo de la agravante prevista en el segundo párrafo, pero no de la conducta delictiva.

En el art. 207°-B CP sí es admisible establecer que el bien jurídico protegido es el patrimonio, puesto que la finalidad en el tipo penal es la de dañar el objeto material, esto es, base de datos, sistema, red o programa de computadoras o cualquier parte de la misma. Pero está estructurado como un delito de peligro puesto que para su configuración no se requiere la afectación real del patrimonio, basta la puesta en peligro.

2.- Análisis del Art. 207°-A C.P.

En el art. 207°-A CP se señala que "El que utiliza o ingresa indebidamente a una base de datos, sistema o red de computadoras o cualquier parte de la misma, para diseñar, ejecutar o alterar un esquema u otro similar, o para interferir, interceptar, acceder o copiar información en tránsito o contenida en una base de datos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas.

Si el agente actuó con el fin de obtener un beneficio económico, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con prestación de servicios comunitarios no menor de ciento cuatro jornadas".

2.1 Conducta Típica

La conducta consiste en utilizar o ingresar indebidamente a una base de datos, sistema o red de computadoras o cualquier parte de la misma.

El verbo ingresar está referido a entrar a una base de datos, sistema o red de computadoras. Aquí se establece un elemento normativo referido al ingreso "indebido", esto es, sin autorización.

El verbo utilizar hace referencia al uso de la base de datos, sistema o red de computadoras. Este caso se aplicará cuando el sujeto activo ingresa indebidamente a la base de datos o red de computadoras, -en estos casos, se aplicará el supuesto anterior-, sino cuando el sujeto activo ya se encuentra dentro de la base de datos o red y comienza a utilizar sin autorización, por ejemplo la persona, en un descuido de un trabajador de la empresa que ha dejado encendida su computadora porque se ha ido a su refrigerio, se aprovecha para utilizar la base de datos o el sistema, o el caso de la persona que tiene autorización para utilizar la base de datos hasta cierto nivel de información, y de forma irregular accede a información no permitida en función del cargo que desempeña.

Es indudable que en este caso también se requiere que sea acceso indebido, esto es, que la persona no tenga autorización.

2.2. Sujetos

En cuanto al sujeto activo, en un primer momento, se creó un estereotipo consistente en un adolescente, de clase social media, inofensivo, con ausencia de toda conciencia de estar obrando mal, inteligente, casi siempre varón, con un coeficiente intelectual próximo a la genialidad y con gran dominio del complejo mundo de las computadoras.

Actualmente, se establece que cualquier persona puede cometer este ilícito penal, y que no requiere tener grandes conocimientos de informática.

Además, en otros países se afirmaba que el sujeto activo, en la mayoría de los casos, tenía algún tipo de relación laboral con la empresa en la cual realizaba su conducta; esta afirmación también está siendo desvirtuada como regla general, puesto que actualmente cualquier persona puede tener acceso al sistema, no sólo del trabajo, sino de su propio domicilio, la universidad o de cualquier cabina.

Por tanto, el sujeto activo puede ser cualquier persona. Se establece como agravante si la persona se aprovecha de información que obtiene por la función que desempeña, -art. 207° -C, inciso 1 CP.

Sujeto pasivo puede ser cualquier persona, natural o jurídica.

2.3 Objeto material

La conducta recae sobre la base de datos, sistema o red de computadoras o cualquier parte de la misma.

2.4 Aspecto subjetivo

Es un delito doloso, el sujeto realiza su conducta con conciencia y voluntad. Además del dolo, se exige un elemento subjetivo del tipo, es decir, el sujeto tiene que tener una finalidad adicional referida a la intención de diseñar, ejecutar o alterar un esquema u otro similar; o la de interferir, interceptar, acceder o copiar información en tránsito o contenida en una base de datos.

2.5 Consumación

Este delito queda consumado con la utilización o el ingreso indebido a la base de datos, sistema o red de computadoras, por ende, es un delito de mera actividad, lo cual significa que con la realización de la conducta se consume el delito, no exigiéndose resultado alguno.

Es admisible la tentativa, la cual se configuraría, por ejemplo, cuando el sujeto está tratando de ingresar a la base de datos y en ese momento es detenido.

Es necesario precisar que no se requiere que el sujeto ejecute un esquema o similar, o que haya copiado información, puesto que estos son elementos subjetivos, es decir, lo único que exige la ley es que la persona actúe con esa finalidad.

2.6 Agravante

Se establece como agravante el que el sujeto actúe con el fin de obtener un beneficio económico. Esto trae diversas consecuencias:

- Queda claro que en el tipo de base no se exige la finalidad de obtener un provecho económico que es característico de los delitos contra el patrimonio.

- Esta agravante está constituida como un elemento subjetivo, esto es, basta que haya tenido esa finalidad para aplicarla, no exigiéndose que haya obtenido en la realidad el beneficio económico; por ejemplo, el sujeto copia información de una base de datos de una empresa con la finalidad de venderla posteriormente, a la competencia, ya en ese momento el delito agravado está consumado, aun cuando todavía no ha obtenido el provecho económico.

Este es un argumento que nos lleva a considerar que el presente delito no es patrimonial, puesto que no es el bien jurídico protegido, por lo menos de forma directa.

3.- ANÁLISIS DEL ART. 207°-B C.P.

En el art. 207°-B CP se indica lo siguiente: "El que utiliza, ingresa o interfiere indebidamente una base de datos, sistema, red o programa de computadoras o cualquier parte de la misma con el fin de alterarlos, dañarlos o destruirlos, será reprimido con pena de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años y con setenta a noventa días multa".

3.1 Conducta típica

La conducta consiste en utilizar, ingresar o interferir indebidamente una base de datos, sistema, red o programa de computadoras o cualquier parte de la misma con el fin de alterarlos, dañarlos o destruirlos.

El utilizar, como ya señalamos, es el ingreso indebido; el utilizar presupone que ya se encuentra dentro de la base de datos, sistema o red de computadoras, y la persona usa indebidamente dichos programas o sistemas.

El verbo que se adiciona al tipo anterior es el de interferir, esto es, la persona no permite una utilización o comunicación adecuada dentro del programa o sistema informático.

Se establece un elemento normativo que estaría referido a que el ingreso, utilización o interferencia se realice indebidamente, esto es, sin autorización.

3.2 Sujetos

Sujeto activo puede ser cualquier persona. Sujeto pasivo puede ser una persona, natural o jurídica.

3.3 Objeto material del delito

Es aquello sobre lo que recae la conducta del sujeto activo, esto es, la base de datos, sistema red o programa de computadoras.

3.4 Aspecto subjetivo

Es un delito doloso; el sujeto con conciencia y voluntad, utiliza, ingresa o interfiere la base de datos. Además, se exige un elemento subjetivo del tipo referido a la intención de alterar, dañar o destruir la base de datos o sistema informático.

Si esto se causa de forma culposa, por ejemplo, por la falta de conocimiento del sujeto, el hecho no se sancionará.

3.5 Consumación

El delito se consuma con el ingreso, utilización o interferencia de la base de datos o sistema informático. No se exige que se produzca la alteración, daño o destrucción de la base de datos o sistema informático, ya que esto es un elemento subjetivo. Por lo tanto, estamos ante un delito de mera actividad.

Es admisible la tentativa, si por ejemplo, al sujeto lo detienen antes de ingresar a la base de datos.

4. RELACIÓN Y DIFERENCIA ENTRE EL ART. 207°-A Y 207°-B C.P.

Existen muchas semejanzas entre ambos tipos penales, puesto que la conducta, desde un punto de vista objetivo, es la misma, esto es, consiste

en utilizar, ingresar indebidamente a una base de datos, sistema o red de computadoras. Salvo, el caso del art. 207°-B CP, que incluye, además de esto, los casos de interferencia.

La diferencia entre ambos tipos penales, gira en torno al aspecto subjetivo, esto es, la finalidad que tiene el sujeto activo al momento de realizar su conducta.

Esto es sumamente criticable, puesto que si, por ejemplo, una persona, sin autorización, es detenida en el momento que está utilizando la base de datos, para determinar qué tipo penal se aplicaría hubiese que preguntarse cuál es su intención en ese instante, es decir, si la persona quiere destruir, aun cuando todavía no lo haya hecho se aplicará el art. 207°-B, en caso contrario, habría que demostrar algunas de las finalidades previstas en el art. 207°-A.

Esto es algo que siempre va a generar dudas, salvo que se haya producido un resultado, esto es, haya por ejemplo copiado o destruido información, es esos casos se podrá determinar más claramente el tipo penal.

5. AGRAVANTES GENÉRICAS DEL ART. 207°-C C.P.

Se establecen dos agravantes:

1.- Si el sujeto accede a la base de datos, sistema o red de computadora, haciendo uso de información privilegiada, obtenida en función a su cargo.

En ese caso la agravante gira en torno a un deber de lealtad que debe existir por parte de la persona en relación a la empresa en la que labora. Criticable es que se utilice el término "información privilegiada", puesto que en el Código Penal existe ya un delito al respecto, -art. 251°-A CP-, el cual hace referencia a otro supuesto, básicamente a la bolsa de valores, conforme la ley del mercado de valores.

2.- Si se pone en peligro la seguridad nacional.

6.- RELACIÓN DEL DELITO INFORMÁTICO CON EL DELITO DE HURTO AGRAVADO

Es de extrañar que el legislador, por un lado, crea un capítulo referido al delito informático, y por otro lado, mantiene vigente el art. 186°, segundo párrafo, inciso tercero del Código Penal.