

DELITOS INFORMÁTICOS

Dr. Luis Alberto Bramont-Arias Torres

**Publicado en Revista Peruana de Derecho de la Empresa
"DERECHO INFORMATICO Y TELEINFORMÁTICA JURÍDICA" N° 51**

SUMARIO

1. *El Delito Informático como reto a una concepción clásica del Derecho Penal.*
2. *El Concepto de Delito Informático y relación con otras figuras delictivas.*
3. *El Delito Informático en el Código Penal Peruano: Artículo 186, inciso 3, 2 párrafo.*
4. *Conclusiones*

El fenómeno informático es una realidad incuestionable e irreversible; definitivamente, la informática se ha instalado entre nosotros para no marcharse jamás. Ello es consecuencia del continuo y progresivo desarrollo del campo de la informática aplicada en la actualidad a todos los aspectos de la vida cotidiana; así, por ejemplo, la utilización de computadoras en la industria, el comercio, la administración pública, en instituciones bancarias y financieras.

Esta verdadera invasión de la computadora en todos los ámbitos de las relaciones socioeconómicas ha motivado que muchos hablen ya de una auténtica "era informática". En efecto, pocas dimensiones de nuestra vida no se ven afectadas, dirigidas o controladas por la computadora, ya sea de manera directa o indirecta; incluso, en determinados casos, las computadoras no sólo son utilizadas como medios de archivo y procesamiento de información, sino que, además, se les concede la capacidad de adoptar automáticamente decisionesⁱ.

1. EL DELITO INFORMÁTICO COMO RETO A UNA CONCEPCIÓN CLÁSICA DEL DERECHO PENAL

La importancia del fenómeno informático es algo aceptado. El problema en cuanto a este fenómeno se traduce 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.

Nadie duda que el fenómeno informático produce en distintas ramas del Ordenamiento jurídico, -civil, procesal civil, mercantil, etc...-, un cierto trastorno a la hora de enfrentar tales hechos.

Tal es la problemática generada por este fenómeno que ha motivado en la actualidad la necesidad de recurrir al Derecho Penal a fin de disuadir del uso abusivo al que lleva el empleo de computadoras, lo cual se ha plasmado ya en varias legislaciones extranjeras.

No obstante, ante estas situaciones no puede olvidarse el principio del Derecho Penal como ultima ratio, según el cual la intervención penal sólo está justificada cuando otras ramas del Ordenamiento jurídico ya no pueden resolver los problemas que genera el fenómeno informático en la sociedad, de ahí que el Derecho Penal actúe como última instancia de control 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, como veremos más adelante, éstas no ofrecen una delimitación típica completa frente a las nuevas conductas delictivas, razón por la cual en muchas legislaciones se tiende a crear tipos penales especiales referidos al delito informático; siguiendo esta misma línea se encuentra nuestro Código Penal de 1991, donde, no obstante, aún resulta difícil precisar jurídicamente tales conductas.

2. EL CONCEPTO DE DELITO INFORMÁTICO Y RELACIÓN CON OTRAS FIGURAS DELICTIVAS

No existe un concepto unánimemente aceptado de lo que sea el delito informático debido a que la delincuencia informática comprende una serie de comportamientos difícilmente reducibles o agrupables en una sola definición.

De manera general, se puede definir el delito informático como aquél en el que, para su comisión, se emplea un sistema automático de procesamiento de datos o de transmisión de datosⁱⁱ.

En nuestra legislación esta figura se encuentra descrita en el artículo 186°, inciso 3, segundo párrafo, del Código Penal. Este hecho merece ser resaltado puesto que en otros países se habla de delito informático en sentido de lege ferenda ya que carecen de una tipificación expresa de estos comportamientos.

La aparición de estas nuevas conductas merece, no obstante, determinar si las figuras delictivas tradicionales contenidas en el Código Penal son suficientes para dar acogida al delito informático.

2.1 Delito de Estafa

Entre las conductas defraudatorias cometidas mediante computadora y las defraudaciones en general, -dentro de las cuales se encuentra la estafa- existe una

afinidad o proximidad en los conceptos. Pero al examinar más exhaustivamente los elementos típicos de la estafa, se acaba concluyendo que el fraude informático y el delito de estafa prácticamente sólo tienen en común el perjuicio patrimonial que provocanⁱⁱⁱ.

Dentro de las manipulaciones informáticas se distingue:

a) La fase input o entrada de datos en la cual se introducen datos falsos o se modifican los reales añadiendo otros, o bien se omiten o suprimen datos.

b) Las manipulaciones en el programa que contiene las órdenes precisas para el tratamiento informático.

c) La fase output o salida de datos, donde no se afecta el tratamiento informático, sino la salida de los datos procesados al exterior, cuando van a ser visualizados en la pantalla, se van a imprimir o registrar.

d) Las manipulaciones a distancia, en las cuales se opera desde una computadora fuera de las instalaciones informáticas afectadas, a las que se accede tecleando el código secreto de acceso, con la ayuda de un modem y de las líneas telefónicas.

El punto medular de la delincuencia informática es la manipulación de la computadora. La conducta consiste en modificaciones de datos, practicados especialmente por empleados de las empresas perjudicadas, con el fin de obtener un enriquecimiento personal, por ejemplo, el pago de sueldos, pagos injustificados de subsidios, manipulaciones en el balance, etc.

El delito de estafa, previsto en el art. 196° CP, se define como el perjuicio patrimonial ajeno, causado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, induciendo o manteniendo prendida por el delito de estafa.

En primer lugar, y en cuanto al engaño que se requiere en la estafa, éste se refiere de manera directa a una persona física, aunque últimamente algunos autores indican que puede estar dirigido a una persona jurídica. Sin embargo, el problema principal estriba en si la introducción de datos falsos en una máquina equivale al engaño sobre una persona. La opinión unánime de la doctrina, -y a la que nos adherimos-, rechaza tal identificación, puesto que, mientras en un extremo se encuentra el delincuente informático, en el otro existe una computadora. En realidad, para que exista engaño, es requisito la participación de dos personas.

Es indudable que en algunas conductas de manipulación fraudulenta sí se podrá configurar el delito de estafa, por ejemplo, cuando el delincuente informático engaña mediante una computadora a otra persona que se encuentra en el otro terminal; en este caso, al haber dos personas, podrá sustentarse el engaño, en donde el medio empleado para conseguirlo es una computadora.

También en la actualidad se puede plantear el engaño a una persona jurídica, como en el caso en que se solicita un préstamo al banco, falseando la situación económica real, o en el que ante una compañía de seguros se miente sobre el verdadero estado de salud de la persona.

Desde el punto de vista del Derecho Penal, se niega la posibilidad de engañar a una máquina. En este sentido, la computadora es sólo una máquina, un instrumento creado por el hombre.

En cuanto al error, como elemento de la estafa, se requiere la concurrencia de dos personas, lo cual se deduce de la descripción del tipo en el art. 196° CP, donde se indica "induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño". Además, el error es entendido como el estado psíquico que padece el agraviado como consecuencia del engaño. Por estas razones es que en la manipulación de computadoras, tal y como está concebida y establecida en el Código Penal, no es posible sustentar que existe un engaño. De otro lado, no puede sostenerse que la computadora incurre en un error, dado que actúa conforme a los mandatos o datos de las instrucciones manipuladas^{iv}.

Por tanto, no hay estafa en los casos de manipulación de máquinas automáticas, pues no se puede hablar ni de error ni de engaño; sólo podrá plantearse hurto en el caso que se obtenga un bien mueble, pero será un hecho impune cuando se trata de prestación de servicios. Un problema semejante tiene lugar con la manipulación de computadoras a través de la introducción y alteración de programas^v.

En referencia al acto de disposición patrimonial en el delito de estafa, éste ha de realizarlo la persona engañada, quien se encuentra en una situación de error, de ahí que siempre se entienda en la estafa que el acto de disposición es un acto humano, es decir, realizado por una persona. En el caso de las manipulaciones informáticas fraudulentas el acto de disposición lo realiza la computadora, con lo cual se rompe el esquema planteado en el delito de estafa.

Finalmente, en cuanto al perjuicio en el delito de estafa, éste no ofrece mayor problema para comprenderlo dentro de la manipulación de una computadora, puesto que en ambos casos normalmente se causa un perjuicio a la persona.

En conclusión, en la legislación peruana, la casi totalidad de supuestos de manipulación de computadoras no puede acogerse dentro del delito de estafa. La única manera sería creando un tipo especial defraudatorio donde se prescindiera de los elementos básicos de la estafa, -el engaño a una persona y la subsiguiente provocación del error-, tal como sucedió en Alemania con la creación del parágrafo 263 a) del Código Penal alemán.

2.2 El delito de Daños

El delito de daños se encuentra tipificado en el art. 205° CP. El comportamiento consiste en dañar, destruir o inutilizar un bien.

En el sistema informático, el delito de daños existirá si usuarios, carentes de autorización, alteran o destruyen archivos o bancos de datos a propósito.

Es importante precisar que, si los daños se producen de manera negligente, quedarán impunes dado que el delito de daños sólo puede cometerse de manera dolosa.

Estos hechos se conocen como “sabotaje”, hechos que resultan ser favorecidos gracias a la concentración de información en un mínimo espacio. La destrucción total de programas y datos puede poner en peligro la estabilidad de una empresa e incluso de la economía nacional^{vi}.

El modus operandi de estos actos se viene perfeccionando con el tiempo^{vii}; en primer lugar, se realizaban con la causación de incendios, posteriormente, con la introducción de los denominados “programas crasch”, virus, time bombs (la actividad destructiva comienza luego de un plazo), cancer roudtine (los programas destructivos tienen la particularidad de que se reproducen por sí mismos), que borran grandes cantidades de datos en un cortísimo espacio de tiempo.

Es indudable que estos comportamientos producen un daño en el patrimonio de las personas, por lo que no hay inconveniente en sancionar penalmente dichas conductas. Pero es necesario indicar que con el delito de daños sólo se protege un determinado grupo de conductas que están comprendidas en el delito informático, quedando fuera otras, como por ejemplo, el acceso a una información reservada sin dañar la base de datos. De ahí que el delito de daños será de aplicación siempre que la conducta del autor del hecho limite la capacidad de funcionamiento de la base de datos.

2.3 El delito de falsedad documental

El delito de falsedad documental se encuentra tipificado en el art. 427° CP. La conducta consiste en hacer, en todo o en parte, un documento falso o adulterar uno verdadero que pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho.

El objeto material del delito es el documento. Se entiende por documento toda declaración materializada procedente de una persona que figura como su autor, cuyo contenido tiene eficacia probatoria en el ámbito del tráfico jurídico.

Para que exista documento, por tanto, es preciso la materialización de un pensamiento humano, entendida como la existencia de un soporte corporal estable, reconocible visualmente, atribuible a una persona e individualizable en cuanto su autor. Esto sí se puede predicar de los datos y programas de las computadoras^{viii}, en tanto la información se encuentre contenida en discos, siempre y cuando sea posible tener acceso a ésta. De ahí que el documento informático goce, al igual que el

documento tradicional, de suficiente capacidad como medio probatorio, característica principal en función de la cual se justifica la tipificación de conductas tales como la falsedad documental^X. Al respecto, es necesario indicar que el art. 234° del Código Procesal Civil expresamente reconoce como documento las microformas tanto en la modalidad de microfilm como en la modalidad de soportes informáticos, haciendo referencia a la telemática en general, siempre y cuando recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado.

Sin embargo, desde el punto de vista práctico, plantea problemas la posibilidad de determinar al autor del documento informático, dado que se exige normalmente que el documento sea la expresión de un pensamiento humano, situación que a veces es difícil reconocer por cuanto incluso existen computadoras capaces de crear nuevos mensajes a partir de los datos introducidos por el sujeto. En estos casos, la cuestión sería determinar hasta dónde llega la autonomía de la máquina para crear su propia fuente de información.

Por tanto, esta modalidad delictiva puede aplicarse al delincuente informático siempre y cuando se supere la concepción tradicional de documento que mantiene la legislación penal peruana, anclada básicamente en un papel escrito, y que se acepten nuevas formas de expresión documental, sobre la base de disquetes, CD, discos duros, en cuanto sistemas actuales de expresión de información.

2.4 Los delitos contra la propiedad intelectual

Los delitos contra la propiedad intelectual están tipificados en el art. 216° CP. El comportamiento consiste en copiar, reproducir, exhibir o difundir al público, en todo o en parte, por impresión, grabación, fonograma, videograma, fijación u otro medio, una obra o producción literaria, artística, científica o técnica, sin la autorización escrita del autor o productor o titular de los derechos.

Según esto, el sujeto se aprovecha de la creación intelectual de una persona, reproduciéndola, por lo que se afecta tanto al derecho del autor sobre su obra, como a los posibles titulares de este derecho, si es que ha sido cedido a otra persona.

A esta conducta los autores asimilan lo que se conoce como “piratería de software” frente a la copia lícita. Estos hechos han alcanzado en la realidad una especial gravedad dada la frecuencia con la que abundan copias piratas de todo tipo de programas de computadoras. Inclusive, en nuestro país ello ha obligado a la creación de una fiscalía especializada en la persecución de todas las conductas relativas a la defraudación del derecho de autor. Estas conductas representan un considerable perjuicio económico al autor, quien deja de percibir sus correspondientes derechos por la información y venta del software, que es elaborado con un considerable esfuerzo, en el cual, a menudo, se encierra un valioso know how comercial^X.

Por tanto, el delito contra la propiedad intelectual sólo comprenderá un grupo de comportamientos incluidos en el delito informático, básicamente, los referidos a la defraudación del derecho de autor por su creación científica en el campo del software.

3. EL DELITO INFORMÁTICO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO: ART. 186°, INCISO 3, 2 PÁRRAFO

La criminalidad informática en el Código Penal peruano se encuentra recogida de manera expresa como una agravante del delito de hurto en el art. 186°, inciso 3, segundo párrafo. De esta manera, el legislador penal opta por tipificar esta modalidad delictiva como una forma de ataque contra el patrimonio, por cuanto éste se configura en el bien jurídico protegido en el delito de hurto, entendiéndose el patrimonio en un sentido jurídico-económico. Por tanto, cabe concluir que se protege un bien jurídico individual.

Si bien, es posible que en algunos casos las referidas conductas afecten, además del patrimonio, a la intimidad de las personas, al orden económico, etc.

3.1 Análisis de la conducta típica en el delito de Hurto

El comportamiento típico del delito de hurto se encuentra tipificado en el art. 185° CP. La conducta consiste en apoderarse ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra.

En esta conducta estaremos ante un delito informático si el sujeto activo, para apoderarse del bien mueble, emplea la utilización de sistemas de transferencia electrónica de fondos, de la telemática en general, o la violación del empleo de claves secretas.

3.2 Características particulares del delito de hurto desde el punto de vista de la criminalidad informática

3.2.1. El objeto material del delito

El objeto material del delito de hurto ha de ser un bien mueble, y por tal interpreta la doctrina un bien corporal o material, aprehensible, tangible, entre otras cosas, porque sólo así es posible la sustracción.

Si se parte de la base de que en el uso de computadoras en realidad se trabaja con datos archivados y se maneja únicamente información, se suscita un grave problema a la hora de poder definir dicha información con las mismas características que tradicionalmente se exigen en el bien mueble a los efectos del delito de hurto.

Es evidente que la información en sí misma no es algo tangible; esto no impide que pueda llegar a adquirir corporeidad en aquellos casos en los que se archiva o grava

en medios tangibles como puede ser una cinta, un disco, disquete, etc..., en cuyo caso no se plantearía problema alguno puesto que ya habría un concreto bien mueble corpóreo susceptible de ser aprehendido.

Por tanto, en cuanto al concepto de bien mueble, se requiere una ampliación de los estrictos límites marcados por un concepto materialista de bien mueble. En base a esto, no habría inconveniente en admitir a la información computarizada como bien mueble y, por lo tanto, objeto material del delito de hurto, en cuanto sea susceptible de gozar de un determinado valor económico en el mercado.

3.2.2. La Conducta Típica

En el delito de hurto, el comportamiento típico consiste en apoderarse de un bien mueble mediante sustracción del lugar en el que se encuentra. Por lo tanto, y según esta descripción, sería preciso la concurrencia de un desplazamiento físico del bien mueble.

En el ámbito de la criminalidad informática es posible, sin embargo, sustraer información sin necesidad de proceder a un desplazamiento físico o material. Es por ello que la noción de desplazamiento físico se ha espiritualizado, bastando con que el bien quede de alguna forma bajo el control del sujeto activo. Sin embargo, en la sustracción de información, el apoderamiento puede realizarse con una simple lectura o memorización de datos, de cuya utilización, por lo demás, no queda excluido el titular; de ahí que muchos autores consideren que en este delito, lo que se lesiona es el derecho al secreto de los datos almacenados, el derecho exclusivo al control, o un hipotético derecho a negar el acceso a terceros fuera de los que él decida^{xi}.

3.2.3. Formas de Ejecución de la Conducta Típica

Como hemos indicado anteriormente, el delito informático en el Código Penal es un delito de hurto agravado, y se configura como tal en base a los medios que emplea el sujeto activo. Tales son:

a) Utilización de sistemas de transferencia electrónica de fondos: La transferencia electrónica de fondos queda definida como aquella que es iniciada a través de un terminal electrónico, instrumento telefónico o computadora, para autorizar un crédito, -o un débito-, contra una cuenta o institución financiera^{xii}. Según esta definición, este sistema está referido a la colocación de sumas de dinero de una cuenta en otra, ya sea dentro de la misma entidad bancaria, ya a una cuenta de otra entidad, o entidad de otro tipo, sea pública o privada.

b) Utilización de sistemas telemáticos: La telemática es definida como la información a distancia, entendiéndose por informática el tratamiento de información. A este tipo de conductas se les denomina "hurto de información", que se produciría mediante la

sustracción de información de una empresa con la finalidad de obtener un beneficio económico.

Si en estos casos, la sustracción se produce con la intención de demostrar una simple habilidad, podría constituirse un delito de hurto de uso (art. 187° CP). Si se destruyen los datos contenidos en el sistema, habría un delito de daños (art. 205° CP).

c) Violación de claves secretas: En la violación de claves secretas se protege la obtención de claves por medios informáticos, para su posterior empleo accediendo a estos sistemas.

Este es un medio que normalmente concurrirá cuando una persona tiene acceso al password de otro, con lo cual logra ingresar a la base de datos correspondiente y realizar transferencia de dinero o sustraer información. Por tanto, es un medio que mayormente se empleará para configurar las conductas anteriores, sea de transferencia electrónica de fondos o la utilización de la telemática. Si bien, habrá conductas que no emplearán la violación de claves secretas, como los casos del empleado de la empresa que valiéndose de su password accede al sistema realizando las conductas anteriormente señaladas.

4. CONCLUSIONES

El delito informático en el Código Penal peruano ha sido previsto como una modalidad de hurto agravado, lo cual trae inconvenientes, teniendo en cuenta la forma tradicional de comprender los elementos del delito de hurto.

Asimismo, existen conductas vinculadas a los delitos informáticos que, en algunos casos, pueden configurar otro tipo de delitos, como por ejemplo, el delito de daños. A manera de recomendación, sería conveniente la creación de un tipo autónomo que sancione las conductas vinculadas al delito informático.

ⁱ Sieber, *Criminalidad informática: Peligro y prevención*, en : *Delincuencia informática*, Ed. PPU, Barcelona, 1992, p. 13.

ⁱⁱ Tiedemann, *Poder económico y delito*, primera edición, Ed. Ariel, Barcelona, 1985, ps. 121-122; Salt, *Delitos informáticos de carácter económico*, en : *Delitos no convencionales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1994, ps. 225-226.

ⁱⁱⁱ Sieber, *Criminalidad informática*, op. cit., ps. 15-21; Möhrenschrager, *Tendencias de política jurídica en la lucha contra la delincuencia relacionada con la informática*, en: *Delincuencia informática*, op. cit., ps. 53-56; Tiedemann, *Poder económico y delito*, op. cit., ps. 123-126; Gutiérrez Francés, *Fraude informático y Estafa*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1992, p. 30.

^{iv} Bajo Fernández; Pérez Manzano, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, segunda edición, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 300; Gutiérrez Francés, *Fraude Informático*, op. cit, ps. 410 y ss.

^v Bustos Ramírez, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., p. 192; Antón Oneca, *Estafa*, Nueva Enciclopedia Jurídica IX, p. 61; Romero, *Los elementos del delito de estafa*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1985, p. 171.

^{vi} Salt, *Delitos informáticos de carácter económico*, en: *Delitos no convencionales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1994, ps. 229-230.

^{vii} Sieber, *Criminalidad informática*, op. cit., p. 25.

^{viii} García Cantizano, *Falsedades documentales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, ps. 178-179.

^{ix} García Cantizano, o.u.c., ps. 163 y ss.

^x Tiedemann, *Poder económico y delito*, op. cit, p. 126-127.

^{xi} Gutiérrez Francés, *Fraude informático y estafa*, op. cit., p. 134.

^{xii} Gutiérrez Francés, o.u.c., p. 125.