

4. DELITO DEL ARTÍCULO 4° DE LA LEY N° 19.223 - DIFUNDIR MALICIOSAMENTE DATOS CONTENIDOS EN UN SISTEMA DE INFORMACIÓN. VULNERACIÓN DE SOFTWARE E INFORMACIÓN CONFIDENCIAL ALMACENADA EN UN COMPUTADOR. DIVULGACIÓN DE DATOS SENSIBLES.

PROTECCIÓN PENAL DE INFORMACIÓN ÍNTIMA ALMACENADA EN COMPUTADORES Y DISPOSITIVOS PORTÁTILES.

CAROLINA SUAZO SCHWENCKE*

La habitualidad con que utilizamos, almacenamos y difundimos información a través de nuevas tecnologías, en constante y rápido avance y perfeccionamiento, no es ajena al Derecho penal, especialmente en relación a la protección de la esfera de la intimidad de toda persona, como garantía fundamental inherente a todo ser humano.

La sentencia que se comenta plantea una serie de cuestiones relacionadas con los denominados delitos informáticos.¹ Se aprecia que todas aquellas cuestiones giran en torno a la protección jurídica de la intimidad, punto al que nos avocaremos en este comentario.

Los dispositivos portátiles de almacenamiento o *pendrive* constituyen actualmente la forma más común y utilizada de transporte y de depósito de datos personales, cuyo uso se ha masificado en nuestro país en los últimos años desde que se inició su comercialización en el año 2000. Este dato resulta particularmente relevante si consideramos que la Ley N° 19.223 que tipifica figuras penales relativas a la informática fue publicada el 07 de junio de 1993, esto es, antes de la creación y comercialización del primer “pendrive”. Sin embargo, más allá de si la información o datos íntimos se encuentran

* Magister en Derecho Penal de la Universidad de Chile.

¹ Coincidimos con Juan Prías, quien señala que la criminalidad informática se aprecia como una categoría relativa a los delitos que cumplen con cualquiera de las siguientes características: o bien se valen de las altas tecnologías de la información como instrumento –high tech–; o tienen como objeto la información almacenada o procesada a través de los instrumentos de dicha tecnología. PRÍAS, Juan, Aproximación al estudio de los delitos informáticos, en Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional (2006), pp. 5-78, p. 24.

almacenados o contenidos en un computador o dispositivo portátil, aparece como necesidad imperiosa la regulación en el Código penal por una parte de las conductas que afectan la esfera de la intimidad independiente del medio empleado o el objeto sobre que recae; y por la otra, la actualización, también en el Código penal de nuevas tecnologías utilizadas para la comisión de delitos.²

Resulta fundamental la consideración que realiza la Corte Suprema respecto a que se dispensa una protección penal especial, entre otros, a los denominados datos sensibles o el llamado “núcleo duro” de la intimidad personal entre los que se encuentran aquellos que recaen en la vida sexual de las personas. Éste constituye el eje central del caso y, finalmente, de la decisión de rechazo del recurso interpuesto.

Debemos, entonces, preguntarnos ¿Qué es la intimidad? El concepto se vincula con el secreto y más ampliamente con el derecho a que no sean conocidos determinados hechos o datos privados sin la autorización de quien participa o es titular de ellos. El problema es que el derecho a la intimidad se configura como uno de los derechos de la personalidad más sutiles y más difíciles de delimitar y proteger por el Derecho penal.³ De acuerdo a la doctrina se distingue un aspecto negativo y otro positivo de la intimidad. El primero relacionado con el derecho a la exclusión de los demás de determinados aspectos de la vida privada, que pueden calificarse de secretos. En su aspecto positivo se entiende como intimidad el derecho de control sobre la información y datos de la propia persona, incluso sobre los ya conocidos, para que sólo puedan utilizarse conforme a la voluntad del titular.⁴

En Chile, la Constitución Política de la República establece como garantía fundamental en el artículo 19 N° 4 el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia. Por su parte, el Código penal contempla la figura del artículo 161-A que sanciona al que en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio, capte, intercepte, grabe o reproduzca conversacio-

²Sólo parcialmente aborda este planteamiento el Proyecto de Ley que modifica el Código Penal con el objeto de recepcionar, en los tipos penales tradicionales, nuevas formas delictivas surgidas a partir del desarrollo de la informática. Deroga la Ley N° 19.223. Boletín N° 3083-07 ingresado con fecha 02 de octubre de 2002.

³MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal Parte Especial, 14ª ed. (Valencia, 2002), p. 248.

⁴MUÑOZ CONDE, Francisco, ob. cit, p. 249, En el mismo sentido Mata, Ricardo, Delincuencia Informática y Derecho Penal, 1ª ed. (Madrid 2001), p. 125.

nes o comunicaciones de carácter privado; sustraiga, fotografíe, fotocopie o reproduzca documentos o instrumentos de carácter privado, o capte, grabe, filme o fotografíe hechos del mismo carácter. Sanciona, por último, a quien difunda las referidas conversaciones, comunicaciones, documentos, instrumentos, imágenes o hechos.

El artículo 4° de la Ley N° 19.223 castiga al que maliciosamente revele o difunda datos contenidos en un sistema de información.

El voto disidente de la sentencia que se analiza razona también en torno al bien jurídico que el señalado artículo 4° protegería, concluyendo que aquél concierne a la seguridad de los sistemas de información o sus partes, su funcionamiento, su indemnidad o el uso indebido de la información. Efectivamente, de la historia de la Ley N° 19.223 se desprende que durante la tramitación de la ley se indicó que el bien jurídico protegido correspondería a la seriedad de la información tratada en forma automatizada, mediante soporte computacional.⁵ Sin embargo, aquello constituye claramente una confusión entre la forma de ejecutar la conducta típica, que puede revestir diversas formas y cambiar efectivamente de acuerdo al uso de nuevas tecnologías, y el bien jurídico que se protege pudiendo éste corresponder a la propiedad, la fe pública o la intimidad o privacidad como el caso que nos ocupa.⁶

En efecto, el Anteproyecto de Código penal chileno de 2005 en el Título VII de los Delitos contra la Intimidad, párrafo primero “De la violación de morada, de correspondencia y otras formas de intromisión en la esfera de la intimidad”, sanciona en el artículo 135 N°4 al que acceda a la información contenida en soportes informáticos de otros, sin su voluntad. De la misma forma el artículo 137 sanciona la divulgación de aquella información.⁷ Aquella regulación resulta importante porque castiga también al que sólo accede a la información, sin copiarla o difundirla, justamente por existir afectación al bien jurídico que se protege.

En relación a si los hechos podrían haber sido constitutivos del delito previsto en el artículo 161-A, –tal como lo planteó una de las defensas e implícita-

⁵ Historia de la Ley N° 19.223. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 24.

⁶ En relación con las críticas a la Ley N° 19.223, vid. IJENA, Renato, Delito, Pena y Proceso Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta, Delitos Informáticos, Internet y Derecho, 1ª ed. (Santiago, 2008) pp. 145-162, p. 157.

⁷ Anteproyecto de Código Penal chileno de 2005, elaborado por la Comisión Foro Penal, en *Política Criminal* 1 (2006), pp. 1-92, pp. 30 y 31.

mente el informe de la Fiscalía judicial— si bien la Corte Suprema ni en la decisión de mayoría ni en el voto disidente hacen referencia a ello, estimamos que queda claro que tanto el computador como el *pendrive* corresponden a sistemas de información, siendo lo relevante para la decisión de mayoría la vulneración de la intimidad de la víctima, sin que exista duda alguna acerca del carácter íntimo de la información, al tratarse precisamente de la vida sexual de aquélla, ámbito por esencia reservado y no público. Y, por otra parte, la aplicación del principio de especialidad por el medio o forma de comisión del ilícito, referido en este caso a la utilización de un computador y un *pendrive*. Todo ello con el alcance de las esperables modificaciones al Código penal planteadas al inicio de este comentario.

CORTE SUPREMA

Santiago, veinte de marzo de dos mil trece.

VISTOS:

En estos autos Rol N° 2.734–2007, del Segundo Juzgado Militar de Santiago, por sentencia de 28 de julio de 2011, escrita a fojas 1002, se condenó a Sergio Andrés Valenzuela Cruz y a Sebastián Andrés Campos Bustos como autores del delito descrito y sancionado en el artículo 4° de la Ley N° 19.223, imponiéndose al primero la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio y al segundo trescientos días de presidio menor en su grado mínimo. Enseguida se sancionó a Viviana Ximena Cartagena Docmac a sesenta días de prisión en su grado máximo, como autora del delito descrito y sancionado en el artículo 2° de la Ley N° 19.223. A los tres sentenciados se impuso además la pena accesoria de suspensión de cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena.

Apelado este fallo, por sentencia de dos de mayo de dos mil doce, la Corte Marcial lo revocó sólo en cuanto sancionaba a Viviana Cartagena Docmac decidiendo, en cambio, absolverla del cargo formulado. En lo demás se confirmó el referido pronunciamiento.

Contra esa última sentencia las defensas de los enjuiciados Valenzuela Cruz y Campos Bustos dedujeron sendos recursos de casación en el fondo los que se ordenaron traer en relación por decreto de fojas 1176.

CONSIDERANDO:

Primero: Que en lo principal de fojas 1131 el mandatario judicial del acusado Sebastián Campos Bustos dedujo recurso de casación en el fondo fundado en las causales 3ª y 7ª del artículo 546 del Código Procedimiento Penal. Estima el recurrente que el fallo ha calificado como delito un hecho que la ley penal no considera como tal, y, además, ha violado las leyes reguladoras de la prueba.

En lo que atañe a la primera causal esgrimida explica que la conducta de

difusión que contempla el artículo 4º de la Ley Nº 19.223 se fundamenta en la sustracción de la información que se encontraba archivada en un pendrive, en circunstancias que esa imputación que fue atribuida en el auto de procesamiento fue revocada por la Corte Marcial. Además, para constituir ese delito, la difusión necesariamente debía vincularse con el hecho de la sustracción o copiado de la información, lo que no se logró acreditar.

En este entendimiento considera que se infringió el artículo 424 del Código de Procedimiento Penal pues la acusación y la sentencia han establecido un hecho por el cual no fue sometido a proceso. Enseguida reclama la falta de tipicidad de la conducta por cuanto el sentido final de la ley es sancionar el espionaje y el sabotaje informático. Revelar o difundir se ha entendido como la emisión de datos o de información por medios al alcance de un número importante e indeterminado de personas, pero en el caso de la especie se trata de unas fotos personales de la ofendida que fueron conocidas por un número reducido de personas, de manera que no se cumple el requisito de publicidad previsto en la norma.

Al mismo tiempo sostiene que falta el objeto material del delito, es decir, los datos contenidos en un sistema de información, pues un pendrive sólo es un dispositivo portátil, mero contenedor de datos que no cumple las tareas básicas de todo sistema de tratamiento de información. Es así como el bien jurídico consiste en la calidad, pureza e idoneidad de la información contenida en un

sistema de tratamiento de la misma y de los productos que de su operación se obtengan, no obstante lo cual los hechos investigados en la causa dicen relación con la afectación de intereses distintos, sin que la actividad informática como tal haya sido puesta en peligro, por lo que no hay antijuridicidad material por falta de afectación del bien jurídico. Para eventos como el de autos existen otros tipos penales que amparan el respeto y protección de la vida privada y pública de una persona y su familia, como acontece con el artículo 161 A del Código Penal.

Por la causal de infracción a las leyes reguladoras de la prueba se denuncian como vulneradas las normas de los artículos 459 y 464 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que la participación que le atribuye el fallo se funda en las declaraciones de dos testigos –Núñez e Hiriart– que no están contestes, pues mientras uno se refiere a la sustracción de información el otro depone sobre su difusión. Por su parte la difusión se tiene por acreditada con la declaración de otro testigo –Ilabaca– y las versiones de los demás acusados, en circunstancias que aquél sólo se refiere a la sustracción y respecto de los demás acusados erradamente sus versiones se valoran de acuerdo a lo que dispone el artículo 464 del Código de Procedimiento Penal, precepto que atañe únicamente a testigos, sin perjuicio de que sus declaraciones resultan inconexas con el hecho.

Con estos argumentos solicita se acoja el recurso, se invalide el fallo y se absuelva a Campos Bustos.

Segundo: Que a fojas 1152 la defensa del sentenciado Sergio Valenzuela Cruz dedujo recurso de casación en el fondo sustentado en la causal 3ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal. Considera infringido el artículo 4º de la Ley N° 19.223 por errónea interpretación, por cuanto el objeto material del delito corresponde a sistemas de información o de tratamiento de información en circunstancias que la imputación formulada a su mandante sólo consiste en haber tomado conocimiento de las fotografías de la víctima a través de su pendrive personal, contenedor de datos que no tiene el carácter requerido. Respecto de los verbos rectores contenidos en la norma sancionatoria, revelar y difundir, explica el compareciente que Valenzuela Cruz no tuvo ninguna participación en esas conductas, pues no tuvo acceso al computador personal de la ofendida y que sólo tomó conocimiento de las imágenes de manera accidental al usar su pendrive que antes habría sido utilizado por un compañero de funciones. En lo que concierne a la difusión, supone un acto en que se revela algo que es secreto, circunstancia que no concurre porque su representado tuvo acceso a las fotos cuando ya eran conocidas por los demás involucrados. En todo caso las imágenes no fueron divulgadas a través de internet y tampoco se probó el dolo directo que exige el tipo penal.

Los hechos por los que fue sancionado no se conforman con el tipo del artículo 4º de la ley, figura que protege datos que se manejan en sistemas de información de carácter masivo, acumulados en archivos computacionales

o bancos de datos, de manera que la obtención de fotos íntimas que la denunciante mantenía en un computador de su propiedad pero destinado a su trabajo, y exhibirlas luego a un grupo reducido de oficiales, no satisface las exigencias del delito porque tales fotografías no son objeto de protección específica por la Ley N° 19.223, ya que no se trata de datos de carácter masivo.

Estima que se conculcó el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal pues la sentencia condenó a su mandante por un hecho que no cumple los presupuestos de tipicidad establecidos en el artículo 4º de la ley. Afirma que también se desconoció el artículo 19 N° 3 inciso final de la Constitución Política de la República, por cuanto se aplicó una norma que no sanciona expresamente la conducta perpetrada por Valenzuela Cruz.

Finaliza solicitando se anule el fallo y en su reemplazo se absuelva a su defendido de la acusación formulada.

Tercero: Que a fojas 1180 se agregó a los autos el informe de la Fiscalía Judicial. Respecto de la denuncia de infracción a las leyes reguladoras de la prueba contenidas en los artículos 459 y 464 del Código de Procedimiento Penal, considera que se trata de disposiciones que no establecen obligación alguna para los jueces del fondo a efectos de atribuir a los medios de convicción un valor determinado, y teniendo en cuenta que se trata de facultades en torno a su apreciación unido a la multiplicidad de elementos invocados por la sentencia, propone rechazar esta causal de casación.

Respecto de la causal 3ª del 546 del Código de Procedimiento Penal que es común a los dos recursos, considera que atendiendo a los hechos que han quedado establecidos es claro que las conductas no tenían la finalidad de afectar el sistema de tratamiento de datos o de información contenidos en el equipo computacional de la ofendida, por ende, no pueden ser encuadradas en la disposición que se ha invocado en el fallo. Las imágenes que se encontraban archivadas o contenidas en el computador personal no revisten el carácter de datos destinados a ser procesados, u objeto de tratamientos, ni importan información como lo requiere la legislación aludida, de modo que el acceso indebido a ella y/o su difusión que pueda afectar a una persona en particular, encuentra protección a través de otras disposiciones legales. Por ello concluye que concurre la causal de casación esgrimida en relación al artículo 4º de la Ley N° 19.223, pues se han calificado erróneamente como ilícito los hechos en que tuvieron participación los sentenciados, vulnerándose el artículo 19 N° 3 inciso final de la Constitución Política, dejándose sin aplicación el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal que permite la absolucón de los involucrados cuando no se adquiere convicción acerca de la comisión de un hecho punible.

Cuarto: Que es más conveniente abocarse primero a la denuncia de infracción a las leyes reguladoras de la prueba reclamada por la defensa de Campos Bustos, para mayor claridad de lo que será resuelto.

Al respecto debe destacarse que la sentencia, en su razonamiento 3º, declaró la ocurrencia de varios hechos, en lo sustancial que: a fines de mayo o primeros días de junio de 2007 en el interior del Regimiento Logístico N° 3 Limache un oficial del grado de Capitán le pidió a otro Capitán que le facilitase un pendrive ya que tenía que obtener unos antecedentes. Obtenido el pendrive fue hasta su oficina y sin autorización accedió al computador personal de la Subteniente Vargas que ocupaba un escritorio al lado del suyo, pero que en ese momento no estaba en el lugar. Una vez que ingresó accedió a un archivo oculto y copió en el pendrive unas fotografías íntimas de la mencionada Subteniente. Acto seguido se reunió con el oficial que le había prestado el pendrive, y junto a otros tres oficiales fueron hasta la oficina del Capitán Soto Acuña en donde instaló en su computador el pendrive, procediendo todos a ver las fotografías. Posteriormente el dueño del pendrive, quien también ostentaba el grado de Capitán, en su domicilio particular colocó el mismo dispositivo extraíble en su computador personal y accedió a otro archivo oculto que tenía el nombre de “porno”; vio otras fotografías de la Subteniente en las cuales mantenía relaciones sexuales con su novio. Al día siguiente se reunieron los mismos oficiales y el Capitán dueño del pendrive, utilizando este dispositivo, mostró las nuevas fotografías. El día 12 de julio de 2007 una Oficial del mismo regimiento que tenía el grado de Teniente, informó acerca de las fotografías al Segundo Comandante de la Unidad

luego de ingresar sin autorización a la oficina del Capitán dueño del pendrive donde copió en un pendrive las fotografías de la Subteniente para entregarlo a sus superiores jerárquicos.

Quinto: Que en lo tocante a la infracción relacionada con la acreditación de los hechos de participación, debe tenerse presente que el artículo 459 del Código de Procedimiento Penal no autoriza a sustentar el motivo de nulidad en examen, toda vez que sólo faculta al tribunal para otorgar a la declaración de testigos el valor de demostración suficiente del hecho sobre el cual atestiguan, es decir es una norma que faculta a atribuir valor de convicción a los dichos de los deponentes, cual es lo obrado por los sentenciadores.

Lo que deriva del recurso es sólo una discrepancia de la valoración efectuada por los jueces del fondo, cuestión ajena a éste, de naturaleza sustantiva cuyo presupuesto no comprende cuestiones de valoración, pues se trata de yerros en la aplicación de las leyes. En la especie, la sentencia aplicó las normas legales que facultan la apreciación de las probanzas, ejercicio que no es controlable por esta vía que únicamente considera las leyes reguladoras de la prueba, esto es a las que prescriben la estructura del sistema de ponderación. Por estas razones se rechazará este primer motivo de nulidad.

Sexto: Que desestimada la motivación anterior, corresponde el análisis de la causal 3ª que es común a los recursos de ambos condenados.

El artículo 4º de la Ley N° 19.223 sanciona al que maliciosamente revele

o difunda los datos contenidos en un sistema de información.

Lo que se sanciona es el empleo de procedimientos dolosos destinados a afectar no sólo el sistema de tratamiento y almacenamiento de datos como erróneamente postulan las defensas, sino también difundir la información ilícitamente obtenida, de manera que sea conocida por terceras personas, lo que a su turno incrementa las posibilidades de que nuevamente sean utilizados y difundidos, como en la especie ocurrió. En el caso de autos quedó establecido que los sentenciados de un modo subrepticio o con un conocimiento no autorizado de la clave de acceso a un computador, vulneraron un software e información confidencial allí almacenada, la que se extrajo a través de un dispositivo externo de almacenamiento para efectos de exhibirse y difundirse a terceros.

En lo que respecta al bien jurídico, el legislador dispensa en este caso una protección penal especial entre otros, a los denominados datos sensibles o el llamado “núcleo duro” de la intimidad personal, entre los que se encuentran aquellos que recaen en la vida sexual de las personas, carácter que tenía la información a la que los sentenciados accedieron y compartieron con otros sujetos.

Así las cosas, en el caso de autos debe concluirse que al hacerse aplicación de la norma sancionatoria que se estima conculcada no se ha incurrido en infracción de ley, pues en la sentencia atacada han sido declarados aquellos hechos señalados en la disposición y que constituyen el acto típico, lo que

hace que los recursos no puedan ser acogidos.

Séptimo: Que la alegación de la defensa de Campos Bustos acerca de la falta de procesamiento respecto de la conducta de sustracción de datos no es atendible, pues la figura penal por la que ha sido condenado sanciona hechos diversos y no exige como condición previa que sea el mismo agente quien acceda al sistema de almacenamiento de información que posteriormente se divulga.

Octavo: Que de esta forma no se comparte el parecer de la Fiscalía Judicial expresado en su informe de fojas 1180, el que en todo caso contiene una antinomia entre la motivación que propone sea acogida, esto es a consecuencia de la calificación como delito de un hecho que para la ley no ostenta ese carácter, con la posterior sugerencia de un probable encasillamiento de los hechos en otro tipo penal, pues en un recurso de naturaleza formal y rigurosa como el que nos ocupa, para el cual los vicios denunciados existen o no en la sentencia, no es dable subordinar la efectividad de unos a posibles inexistencias de otros, como sería el caso de la no esgrimida equivocada calificación del delito.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 535, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal, se rechazan los recursos de casación en el fondo deducidos a fojas 1131 y 1152 por los condenados Sebastián Campos Bustos y Sergio Valenzuela Cruz contra la sentencia de dos de mayo de dos mil doce, escrita a

fojas 1127, la que en consecuencia no es nula.

Acordada contra el voto del Ministro Sr. Brito, quien fue del parecer de acoger los recursos de casación en el fondo fundados en la causal 3ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por estimar que el hecho de haberse copiado una información contenida en un registro computacional para, luego, mostrarla a terceros, no importa el ilícito del artículo 4º de la Ley N° 19.223, por cuanto del examen de su artículo 1º deriva que el bien jurídico protegido dice relación con la seguridad de los sistemas de información o sus partes, su funcionamiento, su indemnidad o el uso indebido de la información, lo cual no ha sido lesionado en modo alguno, en su entendimiento, el fallo impugnado incurre en la infracción de ley denunciada.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., el Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos G. y el Auditor General del Ejército Sr. Waldo Martínez C. No firma el Abogado Integrante Sr. Lagos, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

Rol N° 3.951-12.