



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Procesal

“Delitos informáticos y las salidas alternativas posibles revisadas desde el análisis económico del derecho”

Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Autor:

Felipe Andrés Merino García

Profesor Guía:

Álvaro Aliaga Grez

Santiago, Chile

2017

Al metodo pomodoro, sin ti jamás me hubiera titulado.

Agradecimientos

A mi familia, por la paciencia y el apoyo en este largo proceso de titulación, dándome todas las facilidades para terminar esta tesis lo antes posible, no pateando el proceso de de titulación hasta el último año.

A mi amigo Pablo, fiel compañero de tesis a quien le agradezco su compañía de largas horas, sabios consejos aun cuando no estudiara derecho y a toda su familia quien siempre ha sido como mi segunda, en los últimos 20 años.

A mis amigos en general, quienes no siempre entendiendo porque este proceso era tan largo, les dieron ánimos para concluirlo.

A Francesco Cirilo, por inventar el método pomodoro

Abreviaturas utilizadas

Análisis Económico del Derecho.....	AED
Acuerdo Reparatorio.....	AR
Código Procesal Penal de Chile.....	CPP
Código Penal de Chile.....	CP
Código Orgánico de Tribunales.....	COT
Constitución Política de Chile.....	CPR
Ministerio Publico.....	MP
Pesos Chilenos.....	CLP
Suspensión Condicional del Procedimiento.....	SCP

Índice

Agradecimientos	3
Abreviaturas utilizadas	4
Índice	5
Resumen	7
Introducción.	8
Capítulo I, Historia de la Ley 19.223	10
1.1 Tres proyectos combinados de los Delitos Informáticos	10
1.3 Distinción entre los proyectos	13
1.4 Implicancias procesales.....	15
Capítulo II, Reforma del sistema Procesal y comparación entre “salidas alternativas” entre ambos Procesos.	17
2.1 Medios de resolución de conflictos	17
2.2 Las salidas alternativas en el Código de Procedimiento Penal.	21
2.3 Las salidas alternativas en el Código Procesal Penal.....	23
2.3.1 Los acuerdos reparatorios.....	24
2.3.2 La suspensión condicional del procedimiento	25
Capítulo III, Aplicación de la ley 19.223 y desarrollo de la ley en las salidas alternativas.....	29
3.1 Estadísticas	29
3.2 Problemas en la investigación por parte de los jueces en el antiguo proceso penal.	32
3.3. ¿Laguna del Fraude informático?	34
Capítulo IV, El Análisis Económico del Derecho	40
4.1 La importancia de la eficiencia.....	41
4.2 Acerca de el Análisis Económico del Derecho	44
4.3 Críticas a la escuela de Análisis Económico Del Derecho	56
Capítulo V, El Convenio de Cibercriminalidad de Budapest 2001	61
5.1 El fenómeno de la ciberdelincuencia	61
5.2. Alcances del convenio	64
5.2.1 Propósito del convenio (Preámbulo).....	64
5.2.2 Delitos tipificados en el convenio (Artículos 2 a 10 del Convenio)	64
5.2.3 Cooperación internacional.....	66
5.3 Cuestionamientos y desafíos con su entrada en vigencia.....	69

Capítulo VI, Revisión de casos emblemáticos.....	74
6.1 Jurisprudencia	74
6.2 Revisión de las salidas alternativas más eficientes en abstracto para los delitos informáticos de la ley 19223.....	86
6.2.1 Acuerdos reparatorios	86
6.2.2 Suspensión condicional del procedimiento.....	91
6.2.3 Salidas alternativas descartadas y poco satisfactorias	98
6.3 Aplicación de criterios de AED por parte de la Fiscalía.....	98
Conclusiones	100
Bibliografía.....	105
Libros, Tesis, Artículos y revistas	105
Leyes y otras normas	108
Paginas de Internet	108

Resumen

El objetivo de este trabajo es analizar una ley especial que ha cobrado nuevo valor mediante la incorporación de nuestro Estado al convenio de Budapest. También por los hechos delictivos recientes que han aumentado a medida que por la misma tecnología nos vamos transportando en nuevos aspectos de nuestras vidas a planos digitales, por lo que naturalmente el delito sigue la tendencia a este paso pero a mayor velocidad que la ley, aun así el foco de análisis no es en sí mismo a ley sino el proceso penal que se sigue con motivo de estos delitos mediante el análisis económico del derecho, el cual lejos de ser algo abstracto y sólo una herramienta eficientista nos permite guiar de mejor manera como se pueden plantear las salidas alternativas del acuerdo reparatorio y la suspensión condicional del procedimiento, porque es beneficioso y algunas propuestas de cómo se pueden concretar en los distintos casos teniendo presente las limitaciones legales, administrativas y económicas según sea la realidad de ellos.

El estudio se basará en una revisión bibliográfica de doctrina, jurisprudencia, legislación nacional como acuerdos internacionales para detectar las fallas de nuestra legislación, la aplicación de la ley, el estudio de como los jueces han resuelto estos casos, como también el análisis económico del derecho como una herramienta de apoyo, crítica y proposición para el futuro.

Introducción.

La legislación penal decimonónica difícilmente podría prever tipos penales que se circunscriban en un mundo virtual que es el Internet, sólo en la ciencia ficción podríamos tener una noción de lo que vendría en el futuro respecto a la tecnología, en especial de la forma de comunicarnos.

Desde las cartas enviadas por intermedio de las oficinas del antiguo sistema de correos hasta la actual comunicación, es sorprendente la cantidad de avances que se han logrado en 200 años, principalmente a partir de la segunda guerra mundial. El uso del computador que paso de ser un edificio completo a tener las pequeñas dimensiones de hoy por las que caben en un celular, superando las expectativas más optimistas de Bill Gates que soñaba con computadores personales de escritorio para cada casa¹ pero claro apenas podía tenerse nociones de cómo se expandiría todo este sistema de información mundial que es la Internet, junto con la tecnología satelital.

En Chile se trató de actuar velozmente y como resultado se promulgó la ley 19.223 en el año 1993 para poder tipificar como delitos ciertas conductas y reaccionar ante las posibles vulneraciones que se podrían cometer por parte de personas y también de sistemas, circunscrita a un sistema procesal penal inquisitivo donde el juez tenía la función que tiene ahora el ministerio público de investigar los delitos, en un sistema escrito, sumamente poco transparente que no establecía garantías a los imputados y habían pocas alternativas a la sentencia penal haciéndose un proceso caro, engorroso y costoso tanto para la víctima como el Estado.

1 <<http://www.telegraph.co.uk/technology/3357701/Bill-Gatess-dream-A-computer-in-every-home.html>> consultado por última vez el 8 de febrero de 2017.

El año 2000 hubo un cambio radical del sistema procesal penal y se creó el Ministerio Público junto con la defensoría Penal Pública para llevar la investigación por un lado y por otro la defensa gratuita de quien no tuviera los medios para procurársela.

Este sistema además de obtener transparencia, oralidad, proximidad con la justicia, buscó la eficiencia del procedimiento mediante diferentes atribuciones que se le entregaron al Ministerio Público para evitar la excesiva carga de judicializar las distintas investigaciones, logrando salidas alternativas² al procedimiento penal que hasta la dictación del nuevo Código no existían como los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del procedimiento.

Pero respecto a esta ley, no hay modificaciones al nuevo sistema procesal, sólo hay un oficio³ del fiscal nacional que guiá tener presente ciertos alcances de los conceptos y cómo se deberían llevar a cabo diligencias de investigación, mientras que la doctrina procesal y penal ha hecho distintos llamados a una nueva valorización de estos delitos⁴, omitiendo completamente materias acerca de las salidas alternativas, por eso este trabajo pretende aplicar la ley a un estado más actual aprovechando la entrada al convenio de Budapest por parte de Chile, específicamente a las salidas alternativas que tiene el ministerio público, sus límites y posibles implicancias con materias constitucionales y otras ramas del derecho al aplicar dichas medidas procesales.

Al hacerlo tendremos al análisis económico del derecho como la herramienta a utilizar, seleccionando que será más conveniente en el caso determinado.

2 Esta memoria se enfocará en el sentido estricto es decir aquellas salidas alternativas como la suspensión condicional del procedimiento regulada en los artículos 237 y 238 del Código Procesal Penal y los acuerdos reparatorios en conformidad a los artículos 246 y pertinentes del Código Procesal Penal.

3 Oficio FN N°060/2009, se desarrollará más adelante

4 LARA, JUAN CARLOS; MARTINEZ, MANUEL Y VIOLLER, PABLO (2014) "*Hacia Una Regulación De Los Delitos Informáticos Basada En La Evidencia*" Revista chilena de Derecho y Tecnología, centro de estudios informáticos. Universidad de Chile.

Capítulo I, Historia de la Ley 19.223

1.1 Tres proyectos combinados de los Delitos Informáticos

Como bien evidencia la historia de la ley, esta pasó 2 años de tramitación desde que la moción presentada por el diputado José Antonio Viera-Gallo Quesnay fuera finalmente aprobada luego de varias modificaciones.

Fue la combinación de tres proyectos lo que en definitiva fue aprobado por el Congreso en el año 1993, sin cambios importantes hasta el día de hoy a pesar de lo múltiples proyectos de reforma que se han presentado en más de 20 años de vigencia.

La moción original, las indicaciones que hizo el Presidente de la República y el texto definitivo que fue aprobado tras la discusión parlamentaria tuvieron decisivos cambios que pudieron tener influencia hasta el día de hoy si se hubieran seguido como se presentaron en algún minuto.

Cuando el diputado Viera-Gallo presentó el proyecto al congreso, lo hizo con la urgencia que significaba para el país tener una regulación específica y que no podía esperar hacer una modificación estructural al Código Penal Chileno vigente hasta ese momento⁵ ya que, de hacerlo, la aprobación de la ley hubiera tomado más tiempo, quizás incluso nunca se hubiera hecho.

Esta ley se hacía importante y seguía la corriente internacional que veía en la informática un gran avance en amplios campos, desde la ciencia hasta la economía que hoy sin este desarrollo difícilmente podríamos tener el nivel de vida que tenemos ahora.

5 Biblioteca del Congreso Nacional (BCN) (1993) Historia de la Ley 19.223, página 4,22 y 23

Lo que busca tutelar la ley es un nuevo bien jurídico, respecto de la pureza de la información contenida en un sistema de información⁶. Este mismo bien jurídico ha sido cuestionado ya que combina elementos que afectan tanto a derechos de propiedad como también de privacidad por lo que es un poco ambiguo en explicar a que está atentando en definitiva. La legislación nacional no formula una definición de estos conceptos que ocupa y que se presta para confundirse con la denominación de delitos computacionales o cibernéticos.⁷ Tampoco esta ley señala las modalidades delictivas en estos artículos de una manera muy acabada, por lo que la doctrina se ha hecho cargo en distinguir y precisar los conceptos, de esta forma podemos encontrar los siguientes delitos informáticos:

- A) **Sabotaje informático:** Que se define por la doctrina como “*toda acción típica, antijurídica y dolosa destinada a destruir o inutilizar el soporte lógico de un sistema computacional, empleando medios computacionales*⁸ que se recoge en los artículos primero y tercero de la ley cuando se señala que el delito se comete contra el sistema de tratamiento de información cuando se destruya o inutilice (Art.1 ley 19223) o se altere, dañe o destruya los datos contenidos en uno de ellos (Art.3 ley 19223). Esta última hipótesis es tan amplia que permite por ejemplo que sea sancionada la comisión del sabotaje por medio de virus⁹ informáticos que borran o perturban el adecuado funcionamiento de algún programa tecnológico o de un sistema de tratamiento de información tal como un disco duro o una nube o disco compartido por varios usuarios de un lugar físico.

6 Biblioteca del Congreso Nacional (BCN) (1993) Historia de la Ley 19.223, página 63

7 En particular los delitos cibernéticos son un concepto más amplio ya que no sólo pueden cometerse contra una red informática o sistema como es propiamente un delito informático, sino que también puede ser un medio para cometer un delito regulado de manera genérica como la estafa . Respecto a los computacionales autores como Rodolfo Herrera Bravo siguiendo a Renato Jijena señala que son delitos convencionales que ya están establecidos en el Código Penal (**Delitos Informáticos y nuevas formas de resolución del conflicto penal** . Meneses Díaz, Cristian (2010), p. 3)

8 Concepto de Rodolfo Herrera Bravo, en Meneses Díaz, C. (2010), Op.Cit p.6.

9 “Virus es un pequeño programa que infecta las computadoras sin el conocimiento o permiso de sus operadores. Está catalogado también como un mecanismo parásito, puesto que ataca a los archivos o sectores de «buteo» (arranque) y se replica para continuar su esparcimiento, de modo que provoca no sólo la pérdida de información, imágenes y videos, sino también de tiempo en la reinstalación de los sistemas operativos, entre otros daños incluso más graves.” en Canes Fauces, Dulce María, Pérez Infante, Yaimet, & Callis Fernández, Sureima. (2011). **Acerca de los virus informáticos: una amenaza persistente.** *MEDISAN*, 15(2), 257-260. Recuperado en 22 de noviembre de 2016, de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1029-30192011000200018&lng=es&tlng=es.

- B) **Espionaje Informático:** Se define “*como toda conducta típica antijurídica y culpable que tiene por finalidad la violación de la reserva u obligación de secreto de la información contenida en un sistema de tratamiento de la información*”¹⁰ esta se encuentra regulada en las hipótesis comprendidas en los artículos 2 y 4 de la ley. Por otra parte el espionaje también puede ser medio de comisión para la divulgación de información privada que es la hipótesis del artículo cuarto de la ley que fue aprobada que se encuentra en un sistema de tratamiento de información.
- C) **Fraude Informático:** Se define como “*la incorrecta utilización del resultado de un procesamiento automatizado de datos, mediante la alteración en cualquiera de las fases de su procesamiento o tratamiento informático, siempre que sea con ánimo de lucro y en perjuicio de un tercero*”¹¹ esta figura no se encuentra en la ley 19223
- D) **Piratería de programas:** Esta figura tampoco se encuentra regulada en esta ley sino en otra ley, respecto de que se utilicen obras de dominio ajeno protegidas por la ley de propiedad intelectual, inéditas o publicadas en cualquiera de las formas o por cualquiera de los medios establecidos en esta ley¹²
- E) **Acceso no autorizado o hacking directo:** el hacking consiste en “*acceder de una manera indebida, sin autorización o contra derecho a un sistema de tratamiento de información, con el fin de obtener una satisfacción de carácter intelectual por el desciframiento de los códigos de acceso o passwords no causando daño inmediatos y tangibles a la víctima o bien por la mera voluntad de curiosar o*

10 Concepto de Rodolfo Herrera Bravo, citado por Meneses Díaz, C. (2010) Op.Cit p. 7

11 Concepto de Carlos Romeo Casabona, en Meneses Díaz, C (2010) Op.Cit. p. 7

12 Modalidad delictiva regulada en los artículos 79 a) y 89 b) de la ley 17336 de Propiedad Intelectual, en Meneses Díaz, C (2010) Op.Cit. p. 8

*divertirse de su autor*¹³ Esta se encuentra en el artículo segundo de la ley según parte de la doctrina **ya que usa los verbos de conocer la información** contenida en un sistema de información.

1.3 Distinción entre los proyectos

Proyecto original de 1991	Proyecto aprobado de 1993
<p>Artículo 1º.- El que indebidamente destruya, inutilice, obstaculice, impida o modifique el funcionamiento de un sistema automatizado de tratamiento de información sufrirá la pena de presidio menor en su grado máximo.</p> <p>Si como consecuencia de estas conductas se afectaran los datos contenidos en el sistema, en algunas de las formas señaladas en el artículo cuarto, la pena será la indicada en éste aumentada en un grado.</p> <p>Artículo 2º.- El que sin derecho intercepte, interfiera, o acceda a un sistema automatizado de tratamiento de información será castigado con presidio menor en su grado medio.</p> <p>Artículo 3º.- El que revele, transmita o se apodere indebidamente de la información contenida en un sistema automatizado de tratamiento de la misma, incurrirá en la pena de presidio mayor en su grado mínimo.</p> <p>Si quien realiza estas conductas es el responsable del sistema la pena se incrementará en un grado.</p> <p>Artículo 4º.- 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.</p> <p>Artículo 5º.- Si las conductas de los artículos anteriores son efectuadas con ánimo de lucro, la pena se aumentará en un grado.</p>	<p>Artículo 1º.- 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.</p> <p>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.</p> <p>Artículo 2º.- 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 mínimo a medio.</p> <p>Artículo 3º.- 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.</p> <p>Artículo 4º.- 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.</p>

Como señalamos previamente existieron básicamente tres proyectos de ley, el primero el original de 1991, las indicaciones que hizo el ejecutivo y el proyecto que se redactó en definitiva tras las modificaciones hechas por los congresistas que resultaron en que el proyecto aprobado en definitiva fuera bastante diferente a lo que se pretendió por parte del ejecutivo con sus indicaciones o lo que en primer momento fue introducido por la moción del Diputado José Antonio Viera-Gallo como podemos notar a simple vista en la imagen comparativa.

13 Concepto de Claudio Líbano en Meneses Díaz, C (2010) Op.Cit. p. 9

El cambio más evidente es que el proyecto definitivo suprime el último artículo de la moción que agravaba las penas aumentando en un grado cuando había ánimo de lucro, lo que claramente podría tener incidencias procesales como mencionaremos en el próximo apartado lo que era una reiteración innecesaria por parte del legislador ya que estas conductas contienen en sí un ánimo de lucro¹⁴

Otro es que las mismas penas se graduaron para que el juez pudiera determinar en base al caso concreto del delito cometido, aminorando así la intensidad del castigo de ciertos delitos informáticos que tienen penas muy severas de privación de libertad cuando hablaba por ejemplo de pena de presidio menor en su grado medio a máximo, hubo incluso durante la discusión la propuesta de que las mismas penas privativas de libertad fueran sustituidas a criterio del tribunal por una de carácter pecuniaria que llegaba hasta 1000 UTM cuando los delitos no fueran de especial gravedad.

Hubo modificaciones también en las palabras por ejemplo al cambiar “**maliciosamente**” en reemplazo de **indebidamente** ya que los congresistas estimaron que debía existir un dolo específico que pudiera establecerse y no sólo un mero descuido de algún usuario¹⁵ lo cual fue bastante discutido por los honorables¹⁶

Respecto a las indicaciones que hizo el ejecutivo en su minuto, ellas apuntaban a que se modificara el Código Penal, recogiendo la visión de la doctrina que no estaba de acuerdo de que se regulará en especial y no se hiciera una reforma más global e integradora del sistema penal donde correspondía hacerlo. El gran “pecado” fue que en la forma que se

14 Biblioteca del Congreso Nacional (BCN) (1993) Historia de la Ley 19.223, p.19

15 Parece difícil que algún usuario con un nivel de conocimiento básico pudiera realizar actitudes de sabotaje, espionaje o acceso indebido o hacking que pudiera afectar un sistema de tratamiento de información por lo que en un principio resultaría que añadir este tipo de dolo sólo traería mayores complicaciones a que se configure el tipo pero no es tan sencillo señalar que se requiere de mucho conocimiento técnico ya que cualquier usuario con acceso a este sistema de tratamiento de información pudiera dañarlo si decidiera borrar la base de datos de la empresa deliberadamente, por ejemplo.

16 Discusiones entre los señores Bosselin, Viera-Gallo, Campos, Otero y otros en Biblioteca del Congreso Nacional (BCN) (1993) Historia de la Ley 19223.

presentaban estas indicaciones parecían no entender el propósito o fin a tutelar por esta ley como bien jurídico, el de la pureza en la calidad de la información en un sistema automatizado como se señaló anteriormente, sino que las vulneraciones a sistemas informáticos eran instrumentos/medios para cometer delitos de otras características mientras que el proyecto en revisión por la comisión a cargo entendía correctamente que el delito informático es una acción ilícita, antijurídica **en sí misma** y no una vía para cometer otro distinto, como por ejemplo la estafa o aprovecharse de los datos obtenidos mediante la revelación de información obtenida accediendo indebidamente para obtener ventajas producto de información privada¹⁷

Otro ejemplo de aquello es que respecto al sabotaje informático, las indicaciones del ejecutivo apuntaban a que este se regulara mediante agregar un número 6to bis como otro delito de daños, este como uno inmaterial e intangible al artículo 485 del Código Penal inserto en el título relativo a los daños principalmente materiales, lo cual no corresponde porque el sabotaje informático es en principio un daño inmaterial.

Por este motivo estimaron conveniente rechazar dichas indicaciones que hacía el ejecutivo ya que no entendía la particularidad del bien aquí protegido, intercalando en otros tipos de bienes protegidos como la propiedad.

1.4 Implicancias procesales

Los cambios que se hicieron en el proyecto de ley hasta el que fue finalmente promulgado fueron significativos por toda la discusión que hubo relativa a distintos elementos como el dolo, su característica especial y también las penas que en definitiva se establecieron que

17 Estos temas se profundizaran en Capítulo VI, respecto del caso de filtración de correos desde el Banco Central de Chile hacia Inverlink.

podrían ser determinadas por parte del juez cuando éste verifica y condena en concreto el delito cometido.

En especial respecto a la determinación de las penas, el hecho de que fueran graduadas y aminoradas la severidad de estas sí tuvo un impacto en las salidas alternativas en sentido estricto que se desarrollaran en el siguiente capítulo en profundidad, ya que por ejemplo de haber seguido con el castigo de presidio menor en grado máximo, no se hubiera podido proponer una suspensión condicional del procedimiento ya que uno de sus requisitos es que no sea una pena que se le pudiera imponer al imputado fuera superior a tres años¹⁸

También el hecho del artículo eliminado, respecto a que se pudiera sustituir una pena privativa de libertad por una multa pecuniaria. Esto tiene trascendencia procesal porque el proyecto establecía una manera alternativa en que se podía cumplir la pena tal como en la actualidad se produce con la ley 18.216, la cual es sustancialmente distinta con las salidas alternativas ya que estas se anticipan a terminar el proceso antes de llegar al juicio oral o que el juez determine la pena y su cumplimiento como sería este caso de aplicar una pena 1000 UTM ejecutando una pena sustitutiva de la privación de la libertad.

La ley 18.216 como su nombre lo indica es aquella que regula cómo se pueden ejecutar penas sustitutivas a las privativas o restrictivas de libertad mientras que las salidas alternativas son un camino para evitar el juicio oral y a la determinación de la pena por parte del juez que cuando se cumplen una serie de requisitos y bajo ciertas condiciones permiten extinguir la responsabilidad penal del imputado como se verá en profundidad en el siguiente apartado.

18 Artículo 237 del Código Procesal Penal Chileno

Capítulo II, Reforma del sistema Procesal y comparación entre “salidas alternativas” de Antiguo y Nuevo Proceso Penal.

El proceso penal actual ya lleva más de 15 años de vigencia, pero antes el proceso penal estaba gobernado por los antiguos principios del Código de Procedimiento Penal que parecen estar a veces en completa oposición al Código Procesal Penal, el cual está basado en un proceso oral, con intervinientes definidos que antiguamente no existían en estas funciones como el Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública.

Por esto, que si bien hay una clara preferencia por hablar del proceso “nuevo” también se le dedicará unas palabras al antiguo de manera que pueda señalarse como se podían resolver conflictos mediante una sentencia penal o no durante la vigencia de la ley 19.223 antes del año 2000 cuando comenzó a regir el Código Procesal Penal..

2.1 Medios de resolución de conflictos

Las salidas alternativas se enmarcan dentro de los medios de resolución de conflictos, en este caso como aquellos que permiten terminar una persecución en un proceso penal vigente por otra forma distinta a la ejecución de una sentencia penal, una vez determinada la pena tras un juicio oral.

Los medios de resolución de conflictos son las distintas formas en que se puede llegar a una solución que puede haber cuando hay un desacuerdo de intereses entre dos personas¹⁹

De acuerdo a la ley de delitos informáticos, estos conflictos tienen relevancia jurídica por que esta establece delitos que atentan contra un bien jurídico que el Estado busca proteger

19 Sólo mencionaremos los conflictos externos de intereses y de relevancia jurídica.

el *IUS PUNIENDI*²⁰. Esto implica que cuando estos hechos calzan con el tipo penal descrito por la ley deben ser perseguidos y enmarcarse dentro de un proceso, en este caso un proceso penal.

Se clasifican de distintas maneras, entre ellas podemos hablar que hay dos grandes grupos, las autocompositivas, aquellas por la cual las partes llegan a un acuerdo o una de ellas decide poner término al litigio²¹ y las heterocompositivas, aquellas por las cuales un tercero, sea una persona individual o colegiada, es quién se compromete o está obligada en razón de su oficio, luego de la tramitación de un proceso, a emitir una decisión para la solución del conflicto, cuyo cumplimiento deberán acatar las partes²².

Las autocompositivas a su vez pueden ser subdivididas en aquellas unilaterales, donde sólo una de las partes pone fin al litigio como la renuncia y el desistimiento. Las medidas bilaterales, donde ambas partes ponen fin al litigio como la transacción, la mediación, el avenimiento y la conciliación, dependiendo de si hay o no asistencia directa o indirecta de un tercero colaborador.

En materia penal es difícil disponer de la pretensión como lo hacemos en los procesos civiles, ejemplo son; cuando renunciamos a demandar a alguien o acordamos una transacción²³ que termine con el juicio, ya que en primer lugar en el proceso penal no tenemos partes de la misma manera que en un proceso civil, lo que tenemos es intervinientes que de acuerdo a su rol, deberán resistirse a la pretensión punitiva del Estado

20 Consiste en la facultad del Estado de prohibir o mandar ciertos hechos bajo la amenaza de sancionar la transgresión con una pena. En Cury, Enrique (2010) "**Derecho Penal Parte General**". p.40

21 Concepto de Gimeno Sendra,, separata de Maturana Miquel, Cristian 2010, Derecho Procesal Orgánico p.6

22 Separata de Maturana Miquel, Cristian (2010), Derecho Procesal Orgánico p.8

23 La Transacción es en términos del Código Civil un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven uno eventual según el artículo 2446 del mismo.

como el imputado o favorecer /ayudar/ iniciar la acción penal sea por el querellante, denunciante²⁴ o el mismo Ministerio Público.

Tenemos que entender que la acción penal es clasificable en penal pública y penal privada. Como previamente señalamos, respecto del *ius puniendi* es el Estado quien ejercita la acción penal pública por medio del Ministerio Público o un acusador particular, sea de oficio o cuando es requerido por el querellante²⁵ además de quienes la ley determine²⁶. Por otra parte la acción penal privada sólo puede ejercerse por la víctima²⁷

La relevancia de ambas acciones es que tratándose de una acción penal pública, si la víctima quisiera desistir de llevar a cabo un proceso penal contra el ofensor, esto no produciría ningún efecto en la extinción de la responsabilidad penal, ya que la Fiscalía deberá investigar el hecho a diferencia de lo que ocurriría con la acción penal privada donde sí es relevante el hecho de que pueda renunciar a querellarse o de presentar esta misma querrela por alguno de los delitos de acción penal privada como por ejemplo las calumnias y la injuria²⁸ o incluso en el caso de una acción penal pública previa instancia particular donde por el hecho de no denunciarlo, se puede extinguir la responsabilidad penal si no se ejerce la acción por prescripción de la misma.

Antes de continuar desarrollando este punto, es preciso volver nuevamente a las salidas alternativas como un medio de resolución de conflictos ya que como previamente

24 Esta figura como interviniente es discutida ya que una vez hecha la denuncia, la carga de investigar, continuar y acusar recae sobre el Ministerio Público.

25 También conocida como a instancia de parte.

26 Recordar la discusión respecto a la legitimación activa del Servicio de Impuestos internos en el caso del financiamiento irregular de la política mediante boletas ideológicamente falsas, <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2016/04/06/platas-politicas-ex-funcionarias-de-sii-solicitan-a-contraloria-auditar-a-la-entidad-por-evidente-y-grave-inactividad/>

27 Es decir aquella persona ofendida por el delito según el Artículo 108 del Código Procesal Penal

28 Entre otros del Artículo 55 del Código Procesal Penal.

establecimos, son parte de esta clasificación porque permiten terminar el proceso penal de manera distinta a la sentencia de un juez que absuelva o condene al imputado..

Según el Profesor Chahuán, las salidas alternativas son una respuesta menos represiva que busca ser una válvula de escape destinado a descomprimir el sistema penal, es una forma opcional a la imposición de una pena, como vía de solución del conflicto penal.²⁹

En doctrina usualmente se distingue entre aquellas salidas alternativas en sentido amplio y aquellas en sentido estricto, para fines de esta tesis se hablará únicamente de las segundas pero se dará una pequeña explicación de ambas.

En sentido amplio se puede considerar aquellas que son alternativas a llegar a juicio oral, lo que incluye el procedimiento abreviado³⁰ y otras formas de terminar el procedimiento como la aplicación del principio de oportunidad³¹, archivo provisional y la facultad para no iniciar el procedimiento.

Separando al procedimiento abreviado³², las otras formas de terminar³³ con el procedimiento son del tipo de medio para resolver conflictos de carácter unilateral por que atenúan el principio de la legalidad procesal penal que obliga al ministerio público a promover la persecución penal independiente de la voluntad de la víctima, en el evento de que fuera una acción penal pública. En estos tres casos, el Ministerio Público puede no iniciar el procedimiento o cesar la persecución por los motivos legales y fundados siendo

29 Chahuán, Sabas(2004) Manual de Procesal Penal, pp.107-109.

30 Título III, Artículo 406 y siguientes del Código Procesal Penal.

31 Artículo 170 del Código Procesal Penal.

32 De todos modos podría considerarse como unilateral en el caso de que hablemos que el imputado renuncie al juicio oral, reconociendo los hechos.

33 Incluso puede no darse curso a la investigación en el caso de principio de oportunidad (art.170 CPP)

irrelevante la participación del imputado a diferencia del procedimiento abreviado donde es necesaria la voluntad del imputado de someterse a ese tipo de procedimiento por lo que se caracteriza dentro de los medios bilaterales ya que conforme al artículo 406 del Código Procesal Penal debe ser aceptado expresamente por el imputado y solicitado por el fiscal si concurren los demás requisitos relativos a la pena aplicable.

En sentido estricto sólo se consideran como salidas alternativas la aplicación de los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del procedimiento que se desarrollaran más adelante pero comparten junto al procedimiento abreviado ser medios bilaterales de solución de conflictos ya que se necesita de que concurren la voluntad de ambos intervinientes³⁴ para lograr llegar a una salida que ponga término al procedimiento, sea con el imputado o con la víctima.³⁵

2.2 Las salidas alternativas en el Código de Procedimiento Penal.

Hablar de salidas alternativas en el Código de Procedimiento Penal es verdaderamente una anacronía ya que las salidas alternativas están inspiradas en principios opuestos a los cuales estaba inspirado el Código de Procedimiento Penal que como sabemos establece un procedimiento inquisitivo donde el juez investigaba, acusaba y luego juzgaba. En el antiguo sistema procesal los roles de las partes parecen desaparecer y la figura de un fiscal que está limitada entre otras cosas por principios de objetividad³⁶ que señala se deben investigar los hechos constitutivos de delitos tanto los que determinaren la participación punible como los acreditaren la inocencia del imputado.

34 En el caso del acuerdo reparatorio, se requiere la concurrencia de voluntades entre la víctima y el imputado mientras que en el caso de la suspensión condicional del procedimiento se requiere acuerdo entre el fiscal y el imputado.

35 Esto porque el imputado puede apelar a la SCP que debe cumplir el Imputado si la víctima no está conforme.

36 Artículo tercero del CPP, CPR y Ley orgánica del MP

Sin embargo en este antiguo código, si existían métodos alternativos de resolución de conflictos que propendían a disminuir la carga de trabajo que tenían los antiguos Jueces Del Crimen pero eran bastante limitados.³⁷

Por ejemplo está el artículo 30 del Código de Procedimiento Penal que establece que:

“Art. 30. (50) El querellante podrá desistirse de la acción penal, sea ésta pública o privada.

Si la acción fuere pública³⁸, el juicio seguirá adelante, constituyéndose el Ministerio Público *en parte principal, a falta de otro acusador particular.*

Si la acción fuere privada, podrá, además, ponerse término al juicio mediante una transacción. Pero el desistimiento o la transacción no producirán en ningún caso el efecto de que se devuelva la multa que hubiere sido satisfecha por vía de pena.”

El alcance de este artículo es limitadísimo ya que sólo puede haber acuerdo entre las partes en acciones de naturaleza penal privada mientras que en los acuerdos reparatorios pueden ser acciones públicas³⁹

Otros artículos que tiene ciertos elementos que pueden acercarse es por ejemplo el artículo 357 del Código de Procedimiento Penal, cuando habla que el procesado debe permanecer en el lugar del juicio, similar al 238 letras f,) g) del Código Procesal Penal como condiciones para cumplir la suspensión condicional del procedimiento aunque claro es más bien una medida cautelar real que una salida alternativa al juicio ya que se busca que el imputado/procesado esté en el lugar de juicio y no una alternativa a este.

37 El MP ni siquiera cree que pueden ser comparados como establece en Ministerio Publico & Vera Institute of Justice (2003) *Analizando la reforma a la justicia criminal en Chile*, Santiago, Chile. p.15 Disponible en internet <<https://www.vera.org/publications/analizando-la-reforma-a-la-justicia-criminal-en-chile-un-estudio-emp%C3%ADrico-entre-el-nuevo-y-el-antiguo-sistema-penal>>

38 En ese caso particular, sería la excepción al desistimiento terminando el conflicto por medio del juicio.

39 Aunque tiene también sus limitaciones como veremos más adelante.

El artículo 564 del Código de Procedimiento Penal establece: “Si resultare mérito para condenar por faltas a un inculpado contra quien nunca se hubiere pronunciado condenación, el juez le impondrá la pena que corresponda; pero, si aparecieren antecedentes favorables, podrá dejarla en suspenso hasta por un año, declarándolo en la sentencia misma, y apercibiendo al inculpado para que se enmiende.

Si dentro de ese plazo, éste reincidiere, el fallo que se dicte en el segundo proceso lo condenará a cumplir la pena suspendida y la que corresponda a la nueva falta, simple delito o crimen de que se le juzgue culpable”.

Esto parece ser análogo al artículo 239 del Código Procesal Penal cuando se revoca la suspensión condicional al imputado que incumple las condiciones impuestas en la suspensión condicional del procedimiento o si es objeto de una nueva formalización por hechos distintos, aunque claro en estos casos no hay una sentencia pronunciada, entonces se reanuda el procedimiento suspendido

Por último mencionar el artículo 574 del Código de Procedimiento Penal que habla respecto los delitos acción privada de calumnia o injuria, se citará a comparendo para procurar un avenimiento, esto sigue en cuanto a que en el artículo 404 del Código Procesal Penal en que se busca que se logre un acuerdo en la causa como un acuerdo reparatorio en los términos del Artículos 241 y siguientes.

2.3 Las salidas alternativas en el Código Procesal Penal

Como señalamos, en sentido estricto sólo se consideran los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del procedimiento, los cuales se generan en la fase de

investigación, hasta el cierre de de esta o en la audiencia preparatoria del juicio oral⁴⁰, estos acuerdos se analizarán en su aplicación hipotética ante delitos informáticos en el capítulo sexto

2.3.1 Los acuerdos reparatorios

2.3.1 a) Definición

Se ha definido como: *“El acuerdo entre imputado y víctima en virtud del cual el primero se obliga respecto del segundo a reparar los efectos lesivos de la comisión de un hecho punible, en aquellos casos en que se trate de delitos que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, lesiones menos graves o delitos culposos”*⁴¹

2.3.1. b) Requisitos

Este acuerdo debe ser aprobado por el juez de garantía quien verificará si procede pero no habrá más intervención de este en el proceso a diferencia de lo que sucede con un proceso judicial donde existe mediación cuando el mediador actúa como amigable componedor. Este acuerdo se celebrará en una audiencia donde podrán oponerse otros interesados en que no prospere el acuerdo reparatorio, como el juez o el ministerio público.⁴²

Es preciso que se trate de delitos que afecten bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, aquellos delitos de lesiones menos graves /delitos culposos porque en dichas circunstancias la reparación del daño causado por el delito puede ser mayor que seguir adelante con el proceso penal. En especial si hay concurrencia de la voluntad de la víctima por ser beneficioso, ya que quizás un acuerdo económico pueda serle más útil que el

40 Art.245 del CPP.

41 Centro de Documentación Defensoría Penal Pública (2004), *Las salidas alternativas en el nuevo proceso penal, estudio exploratorio sobre su aplicación*. Santiago, Chile., p. 21

42 Las razones para oponerse están establecidas en el 241 del CPP, serán desarrolladas en el capítulo sexto

imputado pague una multa o cumpla una pena. Para el Estado también es más eficiente distribuir estos recursos gastados en la persecución penal en otros hechos que revisten mayor gravedad o donde no hay posibilidad de lograr una indemnización integral del daño causado a la víctima.

Ahora, el ministerio público si bien propende a lograr la eficiencia de sus propios recursos en la persecución de delitos de mayor gravedad, no significa que deja a las partes libremente tomando decisiones que también pueden tener impacto en otros bienes como la seguridad colectiva, la salud y la vida⁴³ como por ejemplo robos, extorsión, entre otros.

Hay un límites a cómo se solucionan privadamente estos conflictos que es el legal y el administrativo que señalamos viene del ministerio público mediante la dictación de los instructivos que dicte el Fiscal Nacional conforme a las atribuciones otorgadas por su ley orgánica constitucional y lo que ordena la ley procesal.

Otra parte que ha sido modificada es que ya no sólo basta que se firme un acuerdo reparatorio, este se considera que para que este extinga el proceso y la responsabilidad penal, debe cumplirse efectivamente con el acuerdo pactado, tras lo cual se dictará el sobreseimiento definitivo.

2.3.2 La suspensión condicional del procedimiento

2.3.2 a) Definición

Establecido en el artículo 237 y siguientes del Código Procesal Penal, “*Consiste en un acuerdo entre fiscal e imputado por el cual se suspende la investigación y el procedimiento*

43 Instructivo del fiscal nacional Guillermo Piedra Buena NY 34

por un tiempo determinado, entre 1 y 3 años durante el cual se somete al imputado al cumplimiento de ciertas condiciones decretadas por el juez de garantía, de tal manera que si las cumple y no es objeto de una nueva formalización por hechos distintos, se extingue la acción penal por los ilícitos que motivaron la investigación, debiendo el tribunal de oficio, o a petición de parte, dictar sobreseimiento definitivo.”⁴⁴

2.3.2 b) Requisitos

Los requisitos para ser solicitado y que sea otorgado según los artículo 237 y 238 son en primer lugar como señala el código que haya acuerdo entre el imputado y el fiscal, quien deberá proponerlo para que el imputado renuncie a su derecho a un juicio oral, esto no significa que el imputado deba asumir la culpabilidad en los hechos o reconocer su participación en estos, esto lo diferencia con la sentencia condenatoria que puede ser cumplida sustitutivamente según la ley 18216 o mediante un juicio abreviado.

En específico son:⁴⁵

- Acuerdo libre entre imputado y el fiscal.
- La pena que pudiera imponerse al imputado no debe exceder de 3 años de privación de libertad.
- Que el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito.
- Que el imputado no tuviere vigente una suspensión condicional del procedimiento, al momento de verificarse los hechos del nuevo proceso.

44 Centro de Documentación Defensoría Penal Pública (2004), Op.Cit. p. 17.

45 Otro requisito no atingente a nuestro estudio es acerca de ciertos delitos como homicidio, secuestro, sustracción de menores, aborto, conducción en estado de ebriedad causando la muerte o lesiones graves o gravísimas y cualquiera de los contemplados en el 361-366 bis, 367 del CP, deberán tener un requisito adicional que es contar con la aprobación del Fiscal Regional.

Debe ser aprobado este acuerdo por el juez de garantía en una audiencia donde asista el defensor y pueda participar el querellante, esta resolución que apruebe el acuerdo es apelable por el imputado, la víctima, el ministerio público y el querellante. El querellante podrá manifestar su consentimiento u oponerse, lo que dependerá de cuáles son las condiciones que deberá cumplir el imputado mientras dura el plazo en que fue aprobada la suspensión condicional del procedimiento.

Ahora el hecho en que se plantea la idea de que el fiscal proponga una salida alternativa no es algo completamente arbitrario ya que las mismas instrucciones generales al fiscal nacional ordenan que haya habido una previa recopilación de antecedentes que permitan corroborar que la pena probable sea aquella que señalamos y que no concurren circunstancias modificatorias que agraven la pena.⁴⁶

Se debe considerar la pena en concreto, bastaría cualquiera de las hipótesis del artículo 12 del Código Penal, por ejemplo para ser una situación agravante y elevar en un grado la posible sentencia para que se termine cerrando la puerta a acceder a una suspensión condicional del procedimiento.

Es por esto que por lo general se solicita luego de formalizar la investigación o en la misma audiencia de esta o en última oportunidad en la misma audiencia preparación del juicio oral.

En el supuesto caso de un delito informático, dentro de las instrucciones dictadas por el Fiscal Nacional Sabas Chahuán⁴⁷ para criterios de actuación en delitos económicos y específico respecto a los delitos informáticos no hay ninguna referencia a salidas

⁴⁶ Artículo 12 del Código Penal.

⁴⁷ Oficio FN número 60 del año 2009 del Fiscal Nacional Sabas Chahuán, Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos económicos.

alternativas a proponer o cómo enfrentarlas lo que nos abre la primera puerta a la arbitrariedad que puede ejercer el fiscal al proponerlos.⁴⁸

Las condiciones para cumplir una vez aprobado el acuerdo por el juez de garantía según el artículo 238 del CPP son o pueden ser:

- a) Residir o no en un lugar determinado;
- b) Abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas;
- c) Someterse a un tratamiento médico, psicológico o de otra naturaleza;
- d) Tener o ejercer un trabajo, profesión o empleo o asistir a algún programa educacional o de capacitación;
- e) Pagar una determinada suma, a título de indemnización de perjuicios a favor de la víctima o garantizar debidamente su pago en cuotas o dentro de un determinado plazo, el que en ningún caso podrá exceder el período de suspensión del procedimiento;
- f) Acudir periódicamente ante el Ministerio Público y en su caso, acreditar el cumplimiento de las demás condiciones impuestas,
- g) Fijar domicilio e informar a al Ministerio Público de cualquier cambio al mismo.
- h) Otra condición que resulte adecuada en consideración con las circunstancias del caso concreto de que se tratare y fuere propuesta fundadamente por el Ministerio Público.⁴⁹

48 Hay limitaciones respecto de ciertos delitos como homicidio, robo con violencia y otros que por ejemplo deben ser aprobadas por el Fiscal Regional según el artículo 237 del Código Procesal Penal.

49 Esta letra ha sido cuestionada por la discrecionalidad que abre al tener una condición que cumplir que puede ser levisima comparado con la privación de libertad o incluso un "premio" como se cuestionó en el caso del ecologista Rendón (<http://www.latercera.com/noticia/la-historia-tras-el-polemico-acuerdo-judicial-en-el-caso-contra-activistas-que-tomaron-la-ex-sede-del-congreso/>) visitada en 12 de enero de 2017

Quien controla y supervisa si se está efectuando el cumplimiento es el ministerio público, este puede ser también alertado por la víctima o el querellante en caso de que el imputado no esté cumpliendo las condiciones pactadas para la suspensión condicional del procedimiento, las cuales van siendo registradas.

Se califica como incumplimiento si es grave, reiterado, injustificado o si fuera objeto de la nueva formalización por hechos distintos, por lo que se revocará la suspensión condicional decretada, teniendo como consecuencias que se reanudara el proceso suspendido según las reglas generales. (Sin que estos antecedentes puedan tener efecto o relevancia para al juicio oral posterior⁵⁰)

Como sabemos una vez cumplido el plazo y también las condiciones, se extingue la acción penal una vez decretado el sobreseimiento definitivo pero no la acción civil a menos de que la víctima hubiera recibido una suma a título de indemnización de perjuicios que se le reputará como monto consignado a esa deuda por los daños causados en el juicio que correspondiente, como se señala en el artículo 240 del Código Procesal Penal en correspondencia con el 238 letra E) previamente mencionada.

Capítulo III, Aplicación de la ley 19.223 y desarrollo en cuanto a las salidas alternativas.

3.1 Estadísticas

De acuerdo a la información estadística proporcionada por la Fiscalía Nacional apoyada por la unidad especializada en Lavado de dinero, Delitos Económicos, Medio Ambientales y

⁵⁰ Según el artículo 335 del CPP

Crimen Organizado a la fecha de 31 de diciembre de 2016 en lo que registros estadísticos se tiene conocimiento es que hay ingresos por la ley n° 19.223 en total 6449 delitos de los cuales, 4844 corresponden a sabotaje informático (75%) y otras 1605 a espionaje informático (25%)

Haciendo una pequeña comparación en la última década, en el año 2007 habían 97 ingresos por esta ley mientras que el año 2016 hubo 987, lo que denota el gran aumento de ingresos recibido por la fiscalía para investigar estos hechos, lo que aún sigue siendo marginal dentro de la gran estadística de los delitos cometidos en nuestro territorio ya que de los ingresos totales del año pasado fueron 1.269.105 delitos por lo que corresponde a menos del 1%.

Resulta más sorprendente en la aplicación que se ha hecho de esta ley la circunstancia del total de ingresos señalado la abrumante mayoría de los casos no tengan una salida judicial, es decir sea archivado provisionalmente, se aplique la decisión de no perseverar, incompetencia del tribunal (sin que el Ministerio Público tenga la iniciativa de cambiar a otro tribunal) o el principio de oportunidad por parte del Ministerio Público.

Mientras que “salidas judiciales” comprendidas como una sentencia judicial o una aplicación de alguna salida alternativa son la minoría, en especial este último grupo de las salidas alternativas del que hemos hablado previamente, sólo el último año hubo un incremento de aplicación por medio de los acuerdos reparatorios o suspensión condicional del procedimiento en comparación a otros años, números poco alentadores si consideramos que correspondieron al 0,5 % (AR) y al 1,4% (SCP) en el caso de Espionaje, al mismo tiempo en el caso de Sabotaje informático al 0,2% (AR) y 1,3 % (SCP) del total de casos.

Resumen de términos aplicados por año. COD. DELITO 2003 : ESPIONAJE INFORMÁTICO ART. 2 Y 4 LEY 19223												
Tipo Término	Término	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	Total general
OTROS TÉRMINOS	AGRUPACIÓN A OTRO CASO	1	1	1	2	8	5	9	11	4	6	
	ANULACIÓN ADMINISTRATIVA	0	0	2	3	1	1	60	1	1	0	
	OTRAS CAUSALES DE SUSPENSIÓN	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
	OTRAS CAUSALES DE TÉRMINO	0	0	0	0	1	3	0	3	0	0	
Total OTROS TÉRMINOS	1	1	3	5	10	9	69	15	5	6		
SALIDA JUDICIAL	ACUERDO REPARATORIO	0	0	0	0	0	3	1	0	1	5	
	FACULTAD PARA NO INVESTIGAR	3	18	5	2	5	3	9	13	9	11	
	SENTENCIA DEFINITIVA ABSOLUTORIA	0	0	1	0	0	5	0	0	0	0	
	SENTENCIA DEFINITIVA CONDENATORIA	0	0	21	38	143	47	3	4	12	5	
	SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO	1	0	0	18	3	4	3	8	2	6	
	SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO 240	0	0	0	2	9	18	21	5	5	1	
	SOBRESEIMIENTO TEMPORAL	0	0	0	0	0	0	2	0	0	1	
SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO	0	0	0	1	3	0	0	1	4	18		
Total SALIDA JUDICIAL	4	18	27	61	163	80	39	31	33	47		
SALIDA NO JUDICIAL	ARCHIVO PROVISIONAL	14	11	64	75	101	99	66	135	119	209	
	DECISIÓN DE NO PERSEVERAR	1	5	2	7	20	24	20	18	12	27	
	INCOMPETENCIA				1				1			
	PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD		3	4	6	10	20	28	29	30	51	
Total SALIDA NO JUDICIAL	15	19	70	89	131	143	114	183	161	287	1	
Total general	20	38	100	155	304	232	222	229	199	340	1	

De todas maneras no se puede hacer una completa correlación ya que los ingresos varían todos los años como se aprecia en la tabla. Otro dato que resalta es aquel que tiene relación con la cantidad de sentencias, siendo casi todas ellas condenatorias, aunque como veremos posteriormente este dato puede ser más bien una buena noticia.

Resumen de términos aplicados por año. COD. DELITO 2002 : SABOTAJE INFORMÁTICO. ARTS. 1 Y 3 LEY 19.223.												
Tipo Término	Término	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	Total general
OTROS TÉRMINOS	AGRUPACIÓN A OTRO CASO	7	2	8	18	18	21	35	79	35	38	261
	ANULACIÓN ADMINISTRATIVA	0	1	1	2	4	1	0	1	0	0	10
	OTRAS CAUSALES DE SUSPENSIÓN	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
	OTRAS CAUSALES DE TÉRMINO	0	1	0	1	2	2	0	1	4	0	11
Total OTROS TÉRMINOS	7	4	9	21	24	24	35	81	39	38	282	
SALIDA JUDICIAL	ACUERDO REPARATORIO	0	0	1	1	0	1	2	1	1	4	11
	FACULTAD PARA NO INVESTIGAR	1	3	6	13	18	28	14	19	25	39	166
	SENTENCIA DEFINITIVA ABSOLUTORIA	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	1
	SENTENCIA DEFINITIVA CONDENATORIA	0	3	25	8	10	7	3	13	41	31	141
	SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO	0	2	4	1	7	12	9	21	16	14	86
	SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO 240	0	2	1	4	20	21	7	13	4	2	74
	SOBRESEIMIENTO TEMPORAL	0	1	0	0	2	2	2	1	2	3	13
SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO	0	0	0	1	2	1	3	3	15	37	62	
Total SALIDA JUDICIAL	1	11	38	28	59	72	40	71	104	130	554	
SALIDA NO JUDICIAL	ARCHIVO PROVISIONAL	9	49	131	238	441	507	320	417	429	415	2.956
	DECISIÓN DE NO PERSEVERAR	8	18	9	24	41	38	38	43	47	62	328
	INCOMPETENCIA	1	0	0	2	1	0	1	3	2	0	10
	PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	4	14	20	62	41	19	81	138	144	104	627
Total SALIDA NO JUDICIAL	22	81	160	326	524	564	440	601	622	581	3.921	
Total general	30	96	207	375	607	660	515	753	765	749	4.757	

Acerca de esta cifra de sentencias condenatorias, Lara nos indica que este alto número de condenas es incluso mayor que el promedio de las sentencias por todos los delitos y que es menos probable que se utilicen las figuras de salidas alternativas como acuerdos reparatorios y suspensión condicional del procedimiento.⁵¹

Para finalizar, hay un dato que salta a la vista que puede ser preocupante en respecto a las falencias del sistema antiguo y es que las “salidas no judiciales” como se denominan en las tablas son mayoritarias, por lo que podrían estar repitiéndose antiguos errores en el nuevo proceso penal que se supone sería una mejora al anterior.

3.2 Problemas en la investigación por parte de los jueces en el antiguo proceso penal.

En el mensaje del código procesal penal, hay un reconocimiento explícito de los motivos por los cuales se cambió el sistema, uno de ellos fue la incapacidad de los jueces llevar de manera eficiente e imparcial la investigación.

Sólo en términos materiales, todo el proceso era escrito por lo que todas las presentaciones, diligencias, investigaciones e informes debían constar en el expediente material, cada hoja (foja) que se agrega a este era cosido por alguno de los funcionarios del juzgado del crimen, los cuales se acumulaban en una gran cantidad de tomos para cada causa que eran guardados en los despachos de los tribunales.

51 LARA, J.C (2014) Op. Cit. pp.131 y 132

Los procesos eran largos, lentos, rara vez terminaban por condena del imputado⁵² muchos casos frente a la imposibilidad de condena eran sobreesidos y en general todo el proceso era considerados como poco transparente⁵³, ni siquiera era uniforme la forma en que eran llevados a cabo habiendo grandes distinciones según el tipo de delito investigado⁵⁴ esto no significa que en nuestros días si lo sea, de hecho el sistema hace distintas clasificaciones en cuanto a su complejidad, en cuanto a su habitualidad, lo que ha llevado a la especialización de ciertas unidades que se encargan de perseguir los delitos económicos, de drogas, etc, pero si hay una segmentación en el trabajo que permite estas diferencias no sean tan significativas.

En cuanto a la complejidad, los delitos se consideran de esta manera por la gravedad y la dificultad de investigación⁵⁵, es decir, por la dañosidad social, la masividad y afectación de derechos como los mayores obstáculos para conseguir suficientes pruebas para cumplir con el estándar exigido en este proceso para obtener una condena del imputado.

Veremos más adelante en este trabajo que no son pocas las dificultades para llevar a cabo una adecuada investigación de los posibles delitos informáticos y que también el impacto social de estos pueden ser considerables.

52 Ministerio Publico & Vera Institute of Justice (2004) Op. Cit.

53 Uno de los grandes avances entre el proceso penal actual y el antiguo es precisamente este, aunque según estudios independiente de los problemas actuales del sistema, nadie quisiera volver al sistema penal antiguo En Pasara, Luis (2009) *Clarososcuros en la reforma procesal penal chilena: el papel del ministerio publico Serie documentos electrónicos n°3, programa seguridad y ciudadanía, recuperado del sitio de internet de la facultad latinoamericana de ciencias sociales, sede Chile.p.25* <http://www.flacsochile.org/wp-content/uploads/2015/05/Clarososcuros-en-la-reforma-procesal-penal-chilena-El-papel-del-Ministerio-P%C3%BAblico.pdf>

54 Ministerio Publico & Vera Institute of Justice (2004) Op. Cit p.9

55 En CEJA (2013) *Persecución de delitos complejos, experiencia en la investigación criminal.* p.17

Por otra parte en estas investigaciones, gran parte de la evidencia se almacena digitalmente, lo que es contrario de una evidencia física requerida para los delitos comunes que se investigan en los procesos actuales donde se custodian las armas por ejemplo.

En último término señalar que cuando se reformo el sistema procesal penal tanto en Chile como en otras partes de Latinoamérica, teniendo en cuenta la experiencia acumulada de los siglos anteriores, se introdujeron mecanismos de control administrativos con metas institucionales que miden ciertos aspectos cuantitativos como el porcentaje de causas judiciales terminadas lo que permite tener una imagen más precisa de como se están llevando tanto las investigaciones, medidas alternativas a la pena o las sentencias mismas, lo que demuestra influencia de ciertos aspectos de la racionalidad económica instaurada en cierto sentido por el análisis económico del derecho como veremos en el capítulo cuarto ya que esta propone estos conceptos como los incentivos que reciben los funcionarios del aparato estatal.

3.3. ¿Laguna del Fraude informático?

En el apartado anterior hemos estudiado los preocupantes antecedentes en la investigación por parte de los jueces en el código de procedimiento penal y que si bien no están repitiéndose, si hay una carga de trabajo que se está descomprimiendo a través de las salidas alternativas lo que no ha dejado contentos a todos⁵⁶, por esto es importante que

56 Parte de la doctrina no está conforme en cómo se ha llevado las metas de gestión pues por cumplir con ciertos estándares cuantitativos se ha perdido el foco en lo realmente importante que es administrar justicia por lo que por lograr un término del caso, el Fiscal persigue casos simples (fáciles), ocupa cierres administrativos como el archivo provisional desestimando el caso a priori, obteniendo acuerdos reparatorios o SCP por muy debajo de las expectativas de la víctima y en último lugar ablandamientos de las posibles condenas para finalizar los casos con sentencias penales en procedimientos abreviados o simplificados omitiendo circunstancias modificatorias de responsabilidad que hubieran fijado una pena correspondiente a un Juicio Oral. En Duce, Maurice (2011) Diez años de la reforma procesal penal en Chile : Apuntes sobre su desarrollo, logros y objetivos, disponible en internet

estén siendo llevadas de una manera eficiente y justa para lograr reparar a la víctima de la mejor manera o que las condiciones a cumplir por parte del imputado puedan prevenir la reincidencia en el futuro y ayudar a reparar al mal causado.

Pero para dirigir de mejor manera la persecución en el proceso penal y que produzca resultados satisfactorios en la mayor medida de lo posible, es necesario proponer que el ministerio público tenga un suficiente entendimiento del fenómeno complejo que significa el delito informático y también una ley adecuada para poder perseguir los delitos, lo que no parece estar cumpliéndose.

Como adelantábamos, la fiscalía nacional agrupa los procesos seguidos por delitos informáticos en sabotaje y en espionaje, los que son una pequeña parte de estos delitos que hablamos en el capítulo uno, más aun si se considera la cibercriminalidad de la que se hablará en el capítulo quinto. Aun así la legislación nacional desactualizada en la materia si sanciona estas figuras delictivas que atentan contra el bien jurídico protegido que es la pureza de la información. Pero la gran parte⁵⁷ de la doctrina como señalamos esta conteste que el fraude informático no está tipificado en la ley 19.223⁵⁸ ya que ninguno de sus artículos habla de esta y que sólo con el ingreso de Chile al convenio de Budapest, nuestro Estado deberá tomar las medidas legislativas para sancionar estas conductas sin acudir a otras figuras penales impropias..

<http://www.cejamericas.org/congreso10a_rpp/MAURICIO%20DUCE_10yeardeRPPenChile.pdf>y Pasara, Luis (2011), Op. Cit.

57 MENESES DIAZ C. (2010), Op.cit y LARA, Juan carlos; MARTINEZ, Manuel Y VIOLLER, Pablo (2014)

58 Incluso el mismo instructivo general que imparte criterios de actuación en delitos económicos (060 del 2009) que regula esta materia, señala que no está regulado en la ley, por lo tanto se acude al 468 del CP, p.14

El fraude de manera general según Etcheberry es: “*El medio o modo de obrar engañoso o abusivo de confianza de que se vale una persona para obtener un resultado típico*”⁵⁹

Según Bullemore por otro lado “*En términos generales, puede caracterizarse el fraude como causar perjuicio en el patrimonio ajeno mediante engaño o incumplimiento voluntario de obligaciones jurídicas*”⁶⁰

El fraude se inserta dentro de los delitos patrimoniales y por el una persona causa perjuicio económico a otra mediante un engaño, este logra que la víctima ponga parte de su patrimonio a disposición del otro, en nuestra legislación se encuentra definida como parte de las estafas residuales en el Artículo 473 del Código Penal. “*El que defraudare o perjudicare a otro usando cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores*”

Entre el fraude informático y el fraude en general es evidente que una relación de género especie, pues el fraude informático es un tipo de fraude que recae en un sistema informático para que una persona sea engañada, aunque no siempre será así ya que con el avance de la informática puede ser un computador o un sistema el que es “engañado” como veremos más adelante en este capítulo.

Entrando en materia, un ejemplo de esto es el ataque a las tarjetas del transporte público *Bip!*, durante octubre de 2014 periodo en que más de 30.000 de estas fueron adulteradas luego que se conociera una aplicación para el celular que alteraba el cifrado en la escritura del código de *MIFARE Classic 1* obteniendo una carga en aquella tarjeta que el portador no había pagado, causándole un perjuicio económico al sistema por la cantidad de dinero ingresada fraudulentamente que no tenía un respaldo en efectivo, lo que sí se hubiera

59 Definición del profesor Etcheberry en ESCÁRATE ANDRADE, N. (2015).Análisis del delito de uso fraudulento de tarjeta de crédito o débito contenido en la Ley 20.009. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/132589> p 59.

60 Definición del profesor Bullemore en ESCÁRATE ANDRADE, N. (2015).Op. Cit. p 59

efectuado de manera masiva, hubiera sido el golpe de gracia al tan cuestionado Transantiago⁶¹

Ante esto, el Ministerio de Transporte bloqueo más de 19 mil tarjetas y traslado los antecedentes al ministerio publico haciendo la denuncia por delito informático y fraude.

Previamente en septiembre de ese mismo año, un sujeto que estaba al tanto de la vulnerabilidad del código⁶² ofrecía ingresar montos ficticios a esta tarjeta por un precio considerablemente menor que sólo obtenía el criminal a título de retribución por el ilícito, por estos hechos fue condenado a una pena remitida de 541 días por estafa, falsificación de instrumento público y alteración de datos contenidos en un sistema de tratamiento de información, una sentencia que no es aislada como veremos en el capítulo sexto al analizar la poca jurisprudencia que hay en estos casos.

En estos hechos descritos parece evidente la configuración de una adulteración fraudulenta de la información de manera dolosa por un autor quien se beneficia directamente⁶³ al recibir un pago por simular un saldo en la tarjeta engañando⁶⁴ al sistema de reconocimiento que abre los torniquetes del metro o permite uso de los buses del Transantiago a personas que en realidad no habían desembolsado la cantidad que aparentaba su saldo electrónico en la tarjeta *bip!*. A pesar de esto el tribunal se salta toda discusión acerca del fraude y prefiere dictar una condena por otras figuras penales

⁶¹<http://www.emol.com/noticias/tecnologia/2014/10/17/685578/aplicacion-que-hackea-la-tarjeta-bip-para-sumarle-saldo-circula-en-internet.html>.

⁶² De hecho estas vulneraciones eran conocidas desde fines del año 2007 en el mundo, ROMERO QUEZADA, B. (2016).Análisis de seguridad de la Tarjeta Bip! chilena como medio de pago. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/139911> p.1

⁶³ En el caso de la aplicación para el celular se sospechaba que aunque fuera gratuita descargar la aplicación, los desarrolladores de esta podían incluir en este mismo programa un software espía por el capturar información relevante para obtener dinero en el futuro. <http://www.emol.com/noticias/tecnologia/2014/10/18/685695/tarjeta-bip.html>

⁶⁴ Teniendo presente que en este caso, no es la subjetividad de la víctima la que cae en un error haciéndose una falsa representación de la realidad, la maquinaria detecta un saldo falsificado y permite la entrada.

informáticas que si están reguladas como la alteración de datos del artículo 3 de la ley 19223, verbo que es más propio del sabotaje informático antes que abrir un espacio de impunidad en el fraude informático.

Parece extraño entonces que un tipo de fraude informático si este regulado por la ley por fuera de código penal, que denota una mala técnica legislativa que no enfrenta el problema en su globalidad y también como ciertos intereses tienen más recepción en el congreso, ya que seguramente fue por presión del sector bancario.

La ley N° 20009 que limita la responsabilidad de los usuarios de tarjetas de crédito por operaciones realizadas con tarjetas extraviadas, hurtadas o robadas en su artículo quinto establece:

Artículo 5º.- Las siguientes conductas constituyen delito de uso fraudulento de tarjeta de crédito o débito:

- a) Falsificar tarjetas de crédito o débito.*
- b) Usar, vender, exportar, importar o distribuir tarjetas de crédito o débito falsificadas o sustraídas.*
- c) Negociar, en cualquier forma, con tarjetas de crédito o débito falsificadas o sustraídas.*
- d) Usar, vender, exportar, importar o distribuir los datos o el número de una tarjeta de crédito o débito, haciendo posible que terceros realicen operaciones de compra o de acceso al crédito o al débito que corresponden exclusivamente al titular.*
- e) Negociar, en cualquier forma, con los datos o el número de la tarjeta de crédito o débito, para las operaciones señaladas en la letra anterior.*
- f) Usar maliciosamente una tarjeta bloqueada, en cualquiera de las formas señaladas en las letras precedentes.*

La pena por este delito será de presidio menor en cualquiera de sus grados.

Esta pena se aplicará en su grado máximo, si la acción realizada produce perjuicio a terceros

Es decir que si yo cometo fraude con una tarjeta de crédito o débito me expongo a una pena de presidio menor en grado máximo pero si yo cometo fraude informático, el ministerio

público dirá que alteré los datos contenidos en un sistema de información correspondiéndome una pena menor, sólo en grado medio.

Frente al mismo hecho, sea un fraude informático en una tarjeta de crédito o en una tarjeta *bip*, la legislación ha hecho una diferencia completamente artificial y que el ente persecutorio antes de dejar un espacio a la imposibilidad de obtener una condena por este hecho, ha utilizado más de alguna vez otra figura penal delictiva para sancionar como lo veremos en el capítulo sexto.

Si bien con el tiempo este tipo de ataques a la seguridad de la tarjeta han quedado un poco olvidados después de que se tomarán medidas de control para evitar este problema, esto no significa que no estén expuestos a nuevas vulneraciones como la simulación de que hubo un viaje previo para obtener uno extra gratis o que incluso pueden afectar otros bienes jurídicos como al acceder a la información del domicilio del estudiante en la tarjeta nacional estudiantil⁶⁵.

Es preocupante que se lleven adelante estas persecuciones por parte del Ministerio Público cuando no hay una pena correlativa y se tengan que aplicar ciertos tipos penales de manera bastante dudosa para que el tribunal estime que sea digno de condenarlo por hechos que si bien causan un daño patrimonial, no están explícitamente sancionados por la ley (tipo) vulnerado el principio de tipicidad, que es según Bullemore “*la cualidad del hecho concreto en cuanto a subsumirse en la descripción legal*”⁶⁶ si no hay tipo (descripción abstracta), no habrá coincidencia de lo que pasa en los hechos con la conducta prohibida u ordenada por

65 ROMERO QUEZADA, B. (2016).Op .Cit. p.70

66 En ESCÁRATE ANDRADE, N. (2015). Op. Cit p.71

la norma⁶⁷, la importancia del tipo es tal que se señala en la carta magna cuando esta ordena que : “*Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.*

*Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella;*⁶⁸

“***Nulla poena sine lege***”, frase en latín que significa no hay pena sin ley, recogida por este enunciado citado y es una manifestación del principio de legalidad en materia penal.

Por esto no hay justificaciones para la forma en que se ha llevado el proceso penal por parte de las Fiscalías a cargo, más aun si se considera que el Ministerio Público está mejor dotado técnicamente para enfrentar estos procesos a diferencia del sistema antiguo y tiene otras herramientas más eficientes para descomprimir el sistema penal como las salidas alternativas que pueden producir resultados positivos para tanto las víctimas como para los imputados sin vulnerar gravemente los derechos de estos últimos.

Capítulo IV, El Análisis Económico del Derecho

En los capítulos anteriores hemos señalado en varias oportunidades que la persecución en el proceso penal puede ser terminada de una manera distinta a la adjudicación de derechos que tiene el Juez mediante la sentencia, en especial utilizando algunos de los instrumentos que el Código Procesal Penal tiene vigentes como hemos desarrollado al hablar de las salidas alternativas en forma estricta establecidas en este, lo que ahora trataremos de definir es en que consiste el análisis económico del derecho, cuál es su importancia para

67 ESCÁRATE ANDRADE, N. (2015) Op. Cit p.72

68 Artículo 19 número 3.

posteriormente aplicarlo al proceso penal, en las salidas alternativas aplicables a las hipótesis de delitos informáticos.

4.1 La importancia de la eficiencia

Las salidas alternativas en sentido estricto presentes en nuestra legislación no estaban en el Código de Procedimiento Penal, el cual venía siguiendo la línea y principios del siglo diecinueve mientras que el código vigente tiene como fundamento no sólo los principios rectores que hemos esbozado previamente y que se encuentran en los primeros artículos del mismo sino otros de corte filosófico como la justicia⁶⁹ o una base material que es la **eficiencia**.

Este último concepto es problemático de definir ya que en el análisis económico del derecho debe distinguirse bien si estamos ante:⁷⁰

- A) Intercambio, en el momento en que los bienes se intercambian de tal forma de que los participantes logran un beneficio sin que se perjudique a los demás.
- B) Producción, si a igual cantidad de factores de la producción se logra una mayor producción de bienes o servicios sin reducir el de los restantes.
- C) Combinación de productos, cuando sustituyendo las distintas combinaciones de objetos que son ofrecidas a los consumidores, se logra una mayor utilidad que no perjudica a los restantes.

⁶⁹ Es bastante conflictivo este punto ya que algunos juristas han señalado que la escuela de análisis económico del derecho nos ha puesto serviles a la economía y hemos olvidado los fundamentos de la igualdad, la justicia por estar preocupados tan fervientemente de la economía.

⁷⁰ Cabanellas, Guillermo (2006), El análisis Económico Del Derecho. Evolución Histórica, Metas e Instrumentos; En Análisis económico del derecho, compilación: Kluger, Viviana, Buenos Aires, Argentina p. 31

El alcance del concepto de eficiencia en nuestro código procesal penal según su mensaje es bastante claro y no sólo resalta la importancia que tiene para la modernización del sistema penal antiguo en el nuevo, oral, público y transparente que se instala sino también menciona a este en distintos pasajes de maneras más o menos evidentes.

Cuando se refiere a la persecución penal, reconoce la ley⁷¹ de escasez en los recursos del Estado, la escasez es una piedra filosofal de la economía⁷², llamando a que se debe considerar con criterio a que hechos debemos otorgarle atención *“como ocurre en todos los sectores del Estado los recursos para la persecución penal son inevitablemente escasos y por ese motivo, no toda conducta desviada puede ser reprimida”*⁷³

Con referencia a la nueva institucionalidad que se crea con el Código, en especial la figura de los intervinientes como el Ministerio Público quien está a cargo de la investigación, lidera la persecución penal, liberándose de perseguir ciertos delitos de poco impacto social y bajo a criterios de política criminal previamente definidos, que permiten racionalizar el gasto: *“La reforma procesal penal supondrá así una persecución más eficiente y una selectividad en base a criterios político criminales explícitos. el gasto público en el sector deberá optimizarse en base a criterios que permitan su control”*⁷⁴

Como el mensaje anticipa, la creación del Ministerio Público, encargado de la fase de recopilación de antecedentes que luego serán presentados en el juicio, no sólo permite llevar y hacer efectivo la separación de funciones que son necesarias para un juicio

⁷¹ Ley en un sentido descriptivo, no normativo.

⁷² La economía es la ciencia de la escasez, si los recursos fueran ilimitados no habría mayor discusión de que elegimos y porque lo hacemos.

⁷³ Mensaje CPP, p.3

⁷⁴ Mensaje CPP p.5

contradictorio sino que también descansan los jueces de tales labores que van en beneficio de la persecución penal y que se adapta más fácilmente generando: *“enormes posibilidades de mejoramiento en términos de la **racionalidad** general del sistema y en el tratamiento particular de cada caso”*⁷⁵

*“Un **eficiente** manejo de la persecución penal requiere de un modo de organización flexible, que permita la permanente adaptación de métodos de trabajo, la agrupación de casos similares, la constitución de equipos especializados de acción..”*⁷⁶

*“[...] Por una parte se obliga a los jueces a asumir un compromiso en la actitud persecutoria con los que se compromete a su imparcialidad, pero a la vez esta actividad no es ni puede ser desempeñada de un modo **eficiente**.”*⁷⁷

Así, como hemos expuesto el mensaje del Código Procesal Penal reconoce varias veces la importancia que significa para el país un empleo racional de los recursos para poder lograr una modernización del sistema judicial penal. La justificación no es sólo un capricho para utilizar de mejor manera los recursos escasos sino que de otra manera se perjudica a quienes más necesitan del mismo sistema *“El gasto público en justicia y en evolución el trabajo de los tribunales muestra de otra parte que en justicia el gasto público es regresivo. Los costos de litigar se subsidian y de esa manera quienes acceden al sistema son subsidiados por los que resultan excluidos, es decir los más pobres.”*⁷⁸

De lo anterior es posible concluir que lo que entendió el legislador por eficiente, se acerca más bien a algo como un uso óptimo, racional de los recursos que tiene para poder lograr la

75 Mensaje CPP p.14

76 Mensaje CPP p.13.

77 Mensaje CPP p. 14.

78 Mensaje CPP, p.1.

mayor cantidad de bienes, que bien podrían ser estas penas, absoluciones o salidas alternativas que produzcan en la sociedad un beneficio luego del hecho que les había perjudicado o de la vulneración de algún bien jurídico tutelado por la ley.

Hablar de economía y derecho no es nada nuevo ni tampoco es un esnobismo intelectual⁷⁹, la creación de esta disciplina ecléctica puede ser de bastante utilidad cuando se entiende que al igual que en la economía, el derecho como un conjunto normativo viene a regular la conducta humana y poder corregir los cursos de acción de preferencias individuales hacia colectivas que no desintegran la sociedad o generan una perturbación que debe ser corregida. La economía de forma similar estudia el conjunto de factores que inciden en la producción, pudiendo tener metodologías analíticas, normativas⁸⁰ y para poder estimar proyecciones hacia el futuro, dependiendo de qué factores sean alterados cuando aplicamos una metodología prescriptiva.

4.2 Acerca del Análisis Económico del Derecho

La disciplina del análisis económico del Derecho viene a ser tal como su nombre lo indica una aplicación de instrumentos analíticos de la ciencia económica a los fenómenos jurídicos⁸¹

4.2.1 La Escuela de Chicago

A pesar de que la relación entre economía y las normas legales no es nueva ni novedosa⁸², se destaca esta escuela por la publicación del *Journal of law and economics* (Revista de

79 Montt Oyarzún, S. (2004). Law & Economics: ¿Esnobismo eficientista desalmado? Derribando dos mitos falsos. Disponible en <http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/127000>

80 Hay que hacer un pequeño alcance a concepto de ley en materia de la economía porque en esta es descriptiva, a diferencia de cuando hablamos de la vulneración de una ley penal, que es normativa sigue la consecuencia de aplicación de la pena correspondiente mientras que en materia económica no hay una sanción punitiva pero si se desprende una consecuencia Y cuando X, como por ejemplo a mayor oferta de X, el precio del producto (sin alterar el resto de los otros factores) tendería a bajar.

81 Cabanellas, Guillermo (2006) Op. Cit. p.20

Economía y Derecho) en el año 1958 espacio que tuvieron los economistas y abogados para escribir acerca de áreas del derecho tales como derecho de contratos, procedimiento civil y penal, derechos de propiedad bajo la lupa de la teoría económica.⁸³

La facultad de Derecho de la Universidad de Chicago tenía además la colaboración académica de otros grandes economistas que trabajan ahí como Milton Friedman y George Stigler lo que definitivamente tuvo cierta influencia en este movimiento.

Este campo comenzó a destacar en el año 1961, cuando Ronald Coase escribió el famoso artículo "*El problema del costo social*"⁸⁴ que demostraba que la asignación de derechos siempre sería eficiente cuando no habían costos de transacción, como también evidenciaba las consecuencias económicas a terceros que podían ser positivas y negativas. Otros autores en la misma época escribieron artículos respecto a responsabilidad civil⁸⁵ o respecto al proceso penal⁸⁶ lo que demostraba que este movimiento ecléctico comenzaba a extenderse a todas las ramas de derecho como derecho de familia, ambiental, administrativo, etc.

El avance académico que tuvo este movimiento no tenía sólo un objetivo de analizar descriptivamente la realidad sino que también normativo al explicar las posibles consecuencias de las leyes, lo que se tradujo en la influencia en las reformas legales de distintas áreas tales como regulación de monopolios, medioambiental o normativa de mercados de seguros, entre otros⁸⁷.

82 Ver por ejemplo las relaciones que se ven en los estudios de grandes autores como Adam Smith, Hume, Ferguson, Bentham, Ricardo e incluso Marx.

83 Posner, Richard (1998), "VALUES AND CONSEQUENCE AN INTRODUCTION TO ECONOMIC ANALYSIS OF LAW" University of Chicago Law School, Program in Law and Economics Working Paper 53, p.2

84 Coase, Ronald (1961) The problem with the social cost, Journal of law and economics 1, 1961.

85 Calabresi, Guido (1961) "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts," 70 Yale Law Journal 499.

86 Becker, Gary (1968), Crime and Punishment, An economic Approach, 76 journal of political economy 169.

87 Posner, R. (1998), obra citada, p.3

4.2.2 Ronald Coase

Antes de extendernos en para que nos sirve el análisis económico del derecho y no sólo quedarnos en los criterios utilitaristas respecto de la eficiencia, debemos dedicarle unas palabras a este autor.

Como mencionamos, Posner ubica como hito de este movimiento la publicación del ensayo del problema del coste social, que ha sido largamente citado y reconocido por la academia⁸⁸

Cuando existe una actividad económica, esta genera ganancias y costos, los costos suelen clasificarse en diversos tipos dependiendo de que se esté estudiando, los fijos, los variables y también los costos privados (que asume el consumidor y el productor)⁸⁹ y los costes públicos (que asumimos todos)

El clásico ejemplo de Coase es respecto al panadero (A) y el médico (B) trabajando en un mismo edificio, de manera excluyente, si el panadero comienza la producción, el médico por el ruido no podría trabajar, mientras que si el médico trabaja, consume parte de la electricidad necesaria para que el panadero use sus equipos. A esto le llama Coase el **problema de naturaleza dual** ¿Con qué actividad nos quedamos? ¿Quién debe decidir?, ¿Cuál actividad tiene un mayor beneficio social y cual tiene un mayor coste?

88 Entre ellos el premio nobel de economía el año 1991.

89 En definitiva sólo los absorbe la parte más inelástica de la relación económica, aun cuando debería ser el consumidor, para ser más precisos, si el producto tiene mayores costos y el consumidor prefiere otro producto o lo reemplaza por algo más el productor deberá absorber este aumento en el costo, reduciendo su utilidad económica. Mientras que si el consumidor tiene una demanda inelástica, no importa cuánto aumente el precio en teoría, el consumidor seguirá absorbiendo el coste.

Estas preguntas no son fáciles de decidir, aunque ciertos autores buscaron dar modelos para explicarlos.⁹⁰ Se hace más difícil responder si hay costes de transacción asociados, sea tiempo, dinero, información, partes involucradas, porque en esta relación estamos excluyendo a los terceros que sufren las externalidades, es decir consecuencias no intencionales de la relación económica (productor-consumidor) que recaen en los terceros, que pueden ser positivas como el prestigio de vivir cerca de un médico o negativas de vivir cerca del ruido de la fábrica del panadero, las cuales afectan en los precios.

De no existir estos costos de transacción o ser relativamente bajos, el interesado A puede compensar a B para que no haga su actividad o la reduzca, como ambos son propietarios pueden disponer libremente de sus derechos a ejercer o no tal oficio.

De hecho como se explicará más adelante la asignación de derechos inicial no será tan determinante si no existen estos costos de transacción, de otra manera el rol del juez quien decida el asunto será fundamental pues debe reasignar los derechos de una manera eficiente, por ejemplo a quién más los valore.

Haciendo un pequeño adelanto, como se habló de los acuerdos reparatorios (237 Cpp) previamente, en Coase encontramos parte del fundamento económico para entender que pretendió el legislador al no rigidizar los derechos de transacción de los intervinientes y que el juez adjudicará a través de su fallo como debía reparar el daño, sino habilitando a las víctimas a que fueran compensadas por la actividad ilícita que cometió el imputado, una idea que se desarrollará en último capítulo.

90 Criterio de compensación de Kaldor Hicks que se explicará en el apartado siguiente.

4.2.3 Eficiencia de Pareto, Coase y el criterio de Kaldor-Hicks

Según Pareto, *una situación es óptima si no es posible identificar otra situación en la que uno o más agentes económicos se encuentren en mejor posición que la primera sin que ningún agente quede en peor posición*⁹¹

En esa situación un cambio sólo será provechoso en el evento de que al mejorar uno, no perjudique la posición del otro.

El concepto paretiano tiene varias limitaciones según Cabanellas⁹² que sin llegar a profundizar en estas se limitan a que este supuesto punto (o situación) muchas veces no es sólo uno sino varios. Respecto al Derecho, en un conflicto no hay forma de beneficiar a una parte sin perjudicar a la otra y por último se mueve en una zona delimitada, estática donde se relacionan los agentes económicos, cuando la realidad es dinámica y permeable a los cambios.

Coase habla de la eficiencia como un valor maximizable, “*La delimitación inicial de los derechos legales tiene un efecto en la **eficiencia** con que opera el sistema económico.*

*Un ordenamiento de los derechos puede ocasionar un valor mayor de la producción que cualquier otro.*⁹³

Los autores Kaldor y Hicks⁹⁴ no propusieron un concepto de eficiencia pero sí como llegar a este mediante un modelo matemático para determinar cómo podría compensar Y a X, quien

91 Cabanellas, Guillermo (2006), Op.Cit p.33

92 Cabanellas, Guillermo (2006), Op.Cit pp 23-25

93 Coase, Ronald (1961) El Problema del Coste Social, p.98, las negritas y el subrayado son propias.

94 Carrasco, Nicolas (2012), Op.Cit, pp. 7-10.

sufre un perjuicio, el perdedor, será quien deba estar indemnizado por el ganador, quien no dejará de lograr una mejor posición luego de este cambio.

La otra cara es ver si el potencial perdedor pudiera pagar al futuro ganador para que no permita este movimiento y de paso pierda menos que si fuera compensado por el cambio de Y a un nuevo estado.

Tenemos entonces dos posibles vías, “Norte (Y0->Y1) y Sur(Y0 ante el pago de X), la manera de demostrar cuál cambio es preferible y eficiente será el cual produzca la mayor utilidad/productividad, mediante una representación gráfica de este cambio.

Según Scitovsky⁹⁵, este punto si bien es determinable, no es posible consagrar a alguien como un “vencedor”, quien deberá compensar al otro ya que podemos llegar a puntos al mismo tiempo igualmente eficientes, se produce entonces una paradoja, ambos pueden ganar y contrarrestar el movimiento a un estado social preferible, no logrando el cambio deseado, haciendo que sea intransitivo. Esta paradoja no llega a producirse según Carrasco⁹⁶ ya que en el ámbito de la decisión que tiene el juez para decidir el asunto, debemos considerar que el juez tiene recursos limitados para decidir (tiempo, pruebas, límites del mismo proceso sea civil o penal) por lo que criterios como la eficiencia no serían en principio válidos, porque el juez debe fallar conforme a la ley⁹⁷ y no a principios, a diferencia del Derecho Común Anglosajón.

4.2.4 ¿Para qué nos sirve el análisis económico?

Hemos hablado de que el análisis económico en el derecho es un lente por el cual podemos ver el Derecho.

95 Scitovszky (1941) en Carrasco, Nicolás (2012) Op. Cit. pp. 7-10.

96 Carrasco, Nicolás (2012), Op. Cit. p.22.

97 Artículo 170 del CPC es una norma común para las sentencias de primera instancia, pero no única ya que hay otros tribunales como el Tribunal de la libre competencia (en adelante TDLC) que tienen integración con miembros no letrados que son economistas que sí tiene en consideración otros principios o criterios económicos como la eficiencia al redactar sus fallos.

Pero hablar del AED en cuanto sólo a la eficiencia de utilizar los recursos escasos, sean dinero o tiempo sería una simplificación demasiado absurda.

El análisis económico nos abre a un lenguaje técnico lleno de conceptos que se interrelacionan con el Derecho, tales como la bien mencionada eficiencia, las externalidades, los bienes públicos y privados, los costos de transacción que como hemos señalado son aquellos que se deben considerar al hacer un negocio, en un sentido estricto serían el costo de la información, costos de negociación de los contratos, controlar el cumplimiento o derechamente de exigirlos judicial o extrajudicialmente mientras que en sentido amplio se podrían estimar los costos para hacer efectivo los derechos que se obtienen al producir el intercambio o los mismos derechos de propiedad⁹⁸

La ley no es siempre una pared que rigidiza los intercambios, sin ley y derechos a veces los tratos no se producen porque debe tenerse confianza en poder lograr hacer efectivo este negocio, sea que las partes colaboren entre ellas u otra deba requerir al sistema judicial para hacer cumplir los derechos que posee o la promesa que tiene para obtenerlos.

Puede por supuesto generar costos cuando por ejemplo requiere de ciertos elementos para que esta promesa sea válida y exigible⁹⁹, cuando regula ciertos mercados o la calidad de la información necesaria para que se pueda calificar una acción antijurídica en materia penal¹⁰⁰ pero también puede estar orientada a eliminar costos que pueden estar afectando al mercado, por ejemplo cuando estos se generan para entorpecer la libre competencia

98 Cabanellas, Guillermo (2006) Op. Cit. p.35

99 Artículo 1553 del Código Civil Chileno.

100 Recordar aquí la diferencia en cuanto a la definición del dolo entre el proyecto original y el aprobado, que vimos en el primer capítulo, sin la información aportada como evidencia se presenta la dificultad para poder calificar el estado subjetivo del imputado.

provinendo de conductas de la empresa, regulaciones legales o decisiones administrativas que *ejecuten o celebren individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención*¹⁰¹ que vaya en esta dirección.

El legislador tiene entonces conciencia de que la ley tiene un efecto en la economía y pretende por este medio tener un efecto correctivo.

La mayoría de las veces este efecto no se ve a primera vista cuando están delimitados estos derechos legales o son conferidos a las partes hasta que produce daños o consecuencias indeseables donde es necesario entender este problema de naturaleza recíproca en términos de Coase como hablamos del ejemplo entre el panadero y el médico o del ganadero y el granjero donde ambos están legalmente autorizados para ejercer su actividad económica, que es lícita, deseable y contribuyen al funcionamiento social.

En doctrina esto se ha denominado el **abuso del derecho**, *“Cuando su titular lo ejerce dolosa o culpablemente, es decir con intención de dañar o sin la diligencia o cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus actos o negocios propios”*¹⁰² pero esta definición de la doctrina nacional parece ser muy reducida ya que habla desde un criterio subjetivo, pues para conocer si el individuo está utilizando su derecho de manera abusiva debemos estimar conductas intencionales (dolo) o al menos una negligencia que ni siquiera el normal de la gente tendría en aquella situación(culpa).

101 El pasaje citado del Artículo 3 del decreto ley 211 de 1973 tiene una descripción amplia de las conductas que pueden consideradas atentatorias de la libre competencia, fijando precios más caros que si estuvieran actuando en un libre mercado refiriéndose a a) colusión, b) abuso de posición dominante y c) precios predatorios o competencia desleal. Las sentencias del TDLC han castigado por conductas anticompetitivas tanto a empresas como también a instituciones públicas.

102 Definición de Arturo Alessandri Rodríguez en Angulo Cifuentes, Ivonne(2006), el abuso del derecho y la responsabilidad contractual, memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad Austral de Chile, Valdivia, p.8

En materia económica sabemos que la intencionalidad está dirigida no a atacar a otro, el panadero no quiere perjudicar al médico (al menos en principio) sino que se orienta a obtener un beneficio económico, lo otro es secundario, amén de la carga probatoria que significa demostrar el estado subjetivo del sujeto, en especial en materia penal cuando los jueces evalúan la prueba con libertad bajo ciertos límites.

El criterio objetivo mientras, señala que lo que está determinando el abuso es *la intención del titular que pone en movimiento el derecho, sino el apartamiento de la finalidad social y económica que corresponde a cada uno de ellos. En otras palabras, se afirma que se abusa del derecho cuando éste se ejerce contra la función social y económica que es inherente a él.*¹⁰³

Al tener en vista la funcionalidad económica, podemos ver cómo se utiliza la prerrogativa de una manera que no es la adecuada o deseable y puede inferir injurias al otro. El análisis económico del derecho nos ayudaría a determinarla y entender cómo podemos compensar a quien sufre de esta y no simplemente prohibir porque pueda sufrir perjuicios compensables entre privados que han generado cierta utilidad, evitando así las consecuencias económicas indeseables.

Coase señala que las Cortes estadounidenses han dictado bastante doctrina en la que si bien no hablan explícitamente de economía en los fallos de siglos anteriores, si entienden que la utilización de palabras como **razonabilidad** o **uso común** tienen un trasfondo económico al cual mirar para ver si se produjo molestias o daños.¹⁰⁴

103 Angulo Cifuentes, Ivonne(2006) Op. Cit. p.6

104 Coase,R (1998) Op. Cit. p.106

De hecho parte de entender la economía y la competencia, es que podrá existir cierta exclusión o molestias inevitables, lo cual es parte del desarrollo y la innovación¹⁰⁵.

Respecto a la responsabilidad civil como veníamos señalando la ley ha fijado por ejemplo criterios de responsabilidad estrictos y apuntando con el dedo a quienes siempre¹⁰⁶ serán los responsables de reparar el daño causado, tales como la responsabilidad medioambiental, responsabilidad por animales fieros¹⁰⁷, los cuales son costos que las empresas tienen considerado como fijo o asegurado en su operación.

El legislador tuvo en consideración evidentemente elementos de justicia retributiva para que las víctimas pudieran ser resarcidas al momento de verificarse algún daño del cual se pudiera relacionar con la actividad que está llevando a cabo, prescindiendo de tener que determinar la responsabilidad en un largo y costoso juicio, simplificado a que se demostrará la causalidad o la infracción de la normativa.

Al incorporar estos costos, lo que parece ser en un principio deseable, no puede aplaudirse sin verificar cual será en definitiva la consecuencia económica de nuestras acciones, Coase señala que *existe el peligro real de que la intervención extensiva del gobierno en el sistema económico pueda conducir a la protección de los responsables de los efectos dañino*¹⁰⁸.

Para finalizar este apartado respecto a la utilidad del AED, como señala Posner los dos grandes aportes de esta disciplina es que primero podemos hacer de la ley más accesible de entender y evaluar; segundo nos presiona a defender nuestros valores¹⁰⁹.

105 La telefonía fija vs. El celular, el fax contra el email, blockbuster contra netflix, taxistas contra Uber entre otros.

106 A menos que no se compruebe el vínculo causal.

107 Artículo 2327, Código Civil Chileno.

108 Coase, R (1961) *El problema del coste social* p. 114.

109 Posner, R(1998) Op. Cit. p.2

Se ha hablado previamente del primer punto o aporte que da a entender este autor, respecto a las consecuencias económicas pero respecto al segundo, acerca las valorativas en juego se hace interesante de comentar.

Posner pone de ejemplo una ley de pensiones llamada ERISA, esta ley supone que desde que el empleador entrega un plan de retiro con ciertos beneficios para el empleado, éste deberá ser con una cobertura de sus derechos después de 5 años del retiro, el propósito es proteger al trabajador para no ser despedido previo a su jubilación.

Las consecuencias que tuvo esta ley fueron negativas sobre los empleados que se buscaba proteger, porque los empleadores empezaron a gastar menos en sus trabajadores por lo que se redujo su productividad y por tanto los salarios de estos, las relaciones se hicieron más tensas entre ambos ya que los empleadores no tenían incentivos para pagarles más y los trabajadores para trabajar bien; por último al hacer más caro el plan de retiro lograron desalentar la contratación de nuevos trabajadores o de hacerlo con salarios menores.¹¹⁰

¿Qué es más importante, asegurar los derechos sociales de los trabajadores o darle mayor autonomía a los empleadores para que al momento de ofrecer un contrato también entreguen una buena propuesta de retiro? Posner señala que aun cuando podremos tener un gran sentimiento a defender al trabajador el AED nos advierte las consecuencias adversas¹¹¹ que puede generar una ley de este estilo repercutiendo en menores salarios o menos empleo¹¹²

110 Posner, R(1998) Op. Cit.p.9

111 Muy irónicas por lo demás.

112 Posner, R(1998) Op. Cit.p. 9

El trasfondo económico es claro, al hacer efectuar una reforma que imponga una obligación, se fija un precio por parte del legislador distinto al de equilibrio de mercado, se distorsiona este generando consecuencias que pueden ser perjudiciales para quienes se pretende defender.

La escuela liberal y en particular la austriaca(o de Viena) de economía tiene serios reparos y discrepancias con por ejemplo la ley de salario mínimo ya que está fija un precio mínimo de cuánto debe ser el más bajo si se quiere contratar a alguien.

“La alta tasa de desempleo juvenil y especialmente entre los negros, es un escándalo y es una seria fuente de desasosiego social, empero es una consecuencia en su mayor parte de las leyes de salarios mínimos”¹¹³ Esta cita proviene del mismo controvertido economista Milton Friedman, quien fue un directo colaborador con la escuela de derecho en la Universidad de Chicago.

Sin desviarnos demasiado del derecho, cuando se señala que hay un precio sobre el equilibrio de mercado, otras empresas por lo general se ven incentivadas a entrar a competir en este negocio, digamos que hay un boom por ejemplo de la minería y los salarios de los mineros son más altos que la media de mercado, la gente comienza a dirigirse a estos trabajos. Pero si tenemos fijado el precio del salario quizás muy alto, no todas las empresas podrán pagar a empleados por lo que se produce un desajuste de que quienes podrían estar participando del mercado, no lo están haciendo porque los empleadores quebrarían si lo hicieran o no les reporta utilidad, produciéndose el desempleo, mercado negro, monopolios, entre otras cosas.

113 Friedman, Milton y Rose (1983) Libertad de elegir, p.329

Por otra parte si tenemos un precio fijo muy barato, digamos el gobierno quiere asegurarse de que las personas pobres puedan adquirir bienes de consumo básicos, fijando el precio, se producirá reventa y escasez ya que sujetos que tienen mayor poder adquisitivo comprarán más de lo que normalmente compran, vendiendo a precio de mercado para quienes no pudieron llegar antes de que se salieran al mercado y debieron enfrentar que no quedaran unidades de lo que se buscaba adquirir.

Así la economía está actualmente funcionando a pesar de que algunas personas pretendan cambiarla mediante la ley, las consecuencias pueden estimarse, preverse, luego medir si fueron acertadas las proyecciones o no pero el trabajo de esta será recordarnos de los distintos finales que se pueden generar son ineludibles.

4.3 Críticas a la escuela de Análisis Económico Del Derecho

Esta escuela ha tenido un gran desarrollo desde la década de los sesenta en adelante con una gran acogida en la doctrina y jurisprudencia tanto Norteamérica¹¹⁴ como en Europa.

Sin embargo este movimiento no ha tenido una total acogida por todo el mundo académico ya que como señalamos respecto a la discusión de la ley de sueldo mínimo, las voces de la academia buscan influenciar tanto en lo judicial como en lo político, ningún defensor de los derechos de los trabajadores aceptaría tan fácilmente que se eliminara la ley de sueldo mínimo porque quizás eliminaría el desempleo.

Cabanellas señala que en esta escuela hay una defensa clara al *status quo jurídico que parece ser razonable, eficiente y conveniente. Ello puede ser una consecuencia lógica de*

114 Posner cita al decano de la escuela de derecho de Yale quién dice que este movimiento es la doctrina más influyente en materia jurisprudencial en el país, en Posner (1998) Op. Cit. p.2

*las premisas de su análisis; pero ciertos aspectos no tienen tal racionalidad y parecen indicar una preferencia emocional*¹¹⁵

Posner está consciente de las críticas en este sentido, señala que los no economistas tienden a asociar frecuentemente a la economía de una manera reducida, con capitalismo, egoísmo como también que los análisis tienden a ser conservadores aún cuando la economía pretende ser neutral¹¹⁶

Para él las personas no son egoístas per se sino que actúan por lo general de una manera racional y aún cuando puedan sostenerse ciertas posiciones conservadoras, la mirada crítica de la economía puede arrojar luces incómodas sobre estas cuando puede argumentar la eficiencia de un mercado de venta de bebés¹¹⁷ por ejemplo.

Así mismo en pos de la eficiencia hay otro valor supremo que queda a veces equiparado o quizás en un menor puesto, el valor de hacer justicia como mencionamos brevemente al principio de este Capítulo¹¹⁸ el cual a pesar de su definición y tratamiento filosófico, es según los psicólogos evolutivos uno de los instintos básicos de carácter moral.¹¹⁹

Teniendo este carácter instintivo en todas las sociedades y sus individuos participantes no es de extrañar que el sentimiento de hacer justicia pueda chocar contra eficientismo económico “desalmado” del AED, quien no vería con malos ojos o incluso normalizará por ejemplo de que los precios en una catástrofe estuvieran por las nubes¹²⁰ lo cual es sancionado por las leyes tanto por las leyes del Estado de Florida como también algunas

115 Cabanellas, Guillermo (2006), Op. Cit. p 28

116 Posner (1998) Op. Citp 9

117 Landes, E. and Posner, R. (1978) “The Economics of the Baby Shortage,” 7 Journal of Legal Studies 323

118 Entrar a discutir que es justicia sería material digno de una tesis completa.

119 Clasificación de Jonathan Haidt

120 Publicación del profesor Michael J. Sandel en su obra Justice, citado en página 17, instinto jurídico contra el análisis económico del derecho, Tena Arregui, R. (2010)

normas vigentes respecto de catástrofes en Chile como la ley 16.282 de 1965, el artículo 285 del Código Penal Chileno que sanciona el alterar el precio natural¹²¹ o en nuestro trabajo, las metas cuantitativas de gestión que deben cumplir los fiscales que aseguran menor gasto fiscal en las investigaciones o en los procesos versus la calidad del trabajo del MP al lograr términos judiciales que sean más acordes a hacer justicia, protegiendo a la víctima y logrando la condena del delincuente castigado por delitos informáticos.

Más allá de la indignación ciudadana por el comportamiento oportunista de los agentes que desean aprovecharse de ese precio, la reacción del Derecho es primero controlar la sociedad para que viva bajo la paz, si existen precios abusadores, la conducta oportunista de los consumidores en caos extremos será la reacción natural por medio de saqueos masivos, robos, violencia todas conductas que alteran la paz social y la desintegran en el largo plazo.

En palabras del autor Rodrigo Tena “*A veces la virtud cívica tiene más importancia que la eficiencia económica, incluso medida esa importancia en términos de pura utilidad, pues mantiene cohesionada a la comunidad y le permite reaccionar como un todo en tiempos de crisis. Desde un punto de vista económico las leyes contra el price-gouging pueden ser ineficientes, pero se consideran justas y por eso se mantienen*”¹²².

Otra de las críticas frecuentes es que los mismos instrumentos de análisis que se utilizan en la economía quedan bastantes reducidas en la práctica ya que nos quedamos por lo general

¹²¹ Recordar la discusión que hubo al respecto en casos de colusión de las farmacias <http://www.elmostrador.cl/mercados/2015/06/24/articulo-penal-que-no-se-actualiza-hace-mas-de-140-anos-la-clave-detras-de-la-absolucion-del-caso-farmacias/>

¹²² Tena Arregui, Rodrigo (2010), *Instinto jurídico contra el análisis económico (con un comentario sobre las modificaciones estructurales)*, Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, Ponencia presentada en el VIII seminario Harvard-Complutense, p.18.

sólo en la microeconomía y no en las consecuencias macroeconómicas, los aspectos internacionales no son incluidos aun cuando influyen sustancialmente en la normativa nacional por ejemplo los tratados o convenciones internacionales.

Por último quedan fuera de la mesa por lo general elementos de la misma economía dinámica, crecimiento, crisis, expansiones, largo plazo, entre otras para no sobrecargar el mismo estudio de la ley y sus efectos/consecuencias.

Es el mismo ingenuo optimismo en la racionalidad del individuo el cual nos permite en teoría medirlo y evaluarlo según sus instrumentos el que nos brinda problemas, este se manifiesta en dos caras según Tena¹²³ *un individualismo metodológico(i) donde los miembros de la sociedad persiguen su propio interés individual y lo persiguen racionalmente sin dejarse llevar por categorías morales o por la conciencia del deber y el normativo(ii), donde los miembros de una sociedad saben por sí mismos cada uno de ellos que es lo que les conviene*¹²⁴

Respecto al individualismo metodológico(i), ya señalamos que los sujetos pueden actuar no sólo guiados por su maximización del patrimonio sino por distintos razones, algunas de ellas morales como el sentimiento de venganza en el caso de sabotaje informático como veremos más adelante por ejemplo o cuando se reúnen en pos de un interés colectivo, sacrificándose en beneficio de otros.

Respecto al individualismo normativo, el problema es aún mayor porque los individuos saben que es lo que más les conviene en virtud de la información disponible y adquirible

123 Tena Arregui, Rodrigo (2010), Op. Cit. p.18

124 H-B Schäfer y C. Ott, (1991) Manual de análisis económico del Derecho Civil, Madrid, en Tena Arregui, Rodrigo, Op. Cit. pp. 10.

con mayor facilidad, lo que es un mundo hipotético que no existe ya que no siempre se tiene toda la información, puede ser difusa, dispersa, costosa de recolectar en cuanto a tiempo y dinero, los individuos pueden tener incentivos a no revelar, a hacer mal uso de ella¹²⁵ adulterarla, ocultarla entre otras conductas que han sido tipificadas como delitos, aunque no todas las asimetrías de información son necesariamente negativas como aquellas denominadas productivas, donde ante la ausencia de información un primer sujeto hace un descubrimiento y el derecho lo tutela con una patente para explotar esa posición, recuperando los gastos de su inversión y percibiendo utilidades en el tiempo intermedio.

Estos costos de transacción en la práctica son difíciles de estimar o prever hasta que se presentan los problemas, más aun determinar qué resultado será eficiente por lo que a veces será mejor optar por no regular o no intervenir hasta saber si realmente podemos identificar los costos de transacción correspondientes.

Aunque las críticas parecen demoledoras, ninguna teoría está a salvo de ciertas objeciones y como hemos señalado, el AED sigue siendo un gran aporte para la academia entendiendo sus limitaciones y problemas, podemos aun así servirnos de este para nuestro trabajo para indicar el camino a seguir en el proceso penal.

125 Como los delitos de uso de información privilegiada sancionadas en la ley de mercado de valores (18045) donde el legislador protege la fe pública o la confianza del mercado

Capítulo V, El Convenio de Cibercriminalidad de Budapest 2001

Antes de comenzar a estudiar como el AED aporta a las salidas alternativas, es preciso dar una revisión a este convenio que Chile ha depositado el instrumento de adhesión a este tratado, comenzando a regir desde agosto de 2017, siendo el pionero en Sudamérica.¹²⁶

5.1 El fenómeno de la ciberdelincuencia

A medida que el mundo se globaliza y las conexiones entre las personas se basan en gran medida a través de la red, interactuando millones de usuarios con distintos fines a través de intermediarios de Internet tales como proveedores de servicios de hosting, procesadores de datos, motores de búsqueda, sistema de pagos, plataformas como redes sociales, mensajería de correo electrónica¹²⁷

La red como señalábamos es accesible ya no sólo desde los computadores sino también de distintos dispositivos, este cambio se ve en los televisores, refrigeradores, cámaras, alarmas, entre otros que se conectan por medio de Internet al celular “inteligente”, los cuales hoy en día son más veloces que los computadores¹²⁸ que teníamos en la década de los 90’.

Los usuarios a través de los servicios de intermediación han cambiado, modificando sus costumbres y rutinas al ciberespacio, comprar, almacenar información, comunicarse

[126http://www.minrel.gob.cl/chile-deposita-el-instrumento-de-adhesion-al-convenio-de-budapest-sobre/minrel/2017-04-21/175923.html](http://www.minrel.gob.cl/chile-deposita-el-instrumento-de-adhesion-al-convenio-de-budapest-sobre/minrel/2017-04-21/175923.html) visitado en 18 de mayo de 2017

127 Millaleo Hernández, Salvador (2015) Los intermediarios de Internet como agentes normativos en Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, Vol. XXVIII N°1 - Julio 2015, Páginas 33-54, Valdivia, Chile

128 <http://pocketnow.com/2013/03/27/smartphone-faster-than-pc>

mediante redes sociales son algunos de los aspectos de la vida civil que las personas han ido reemplazando con el tiempo, espacios que también van siendo afectados por delitos propios del mundo físico en este mundo virtual.

Una de las características del ciberdelito es la distancia en la comisión del acto delictivo, la víctima y el victimario no están frente a frente, como por ejemplo en el delito de violación y muchas veces ni siquiera están en el mismo territorio, pudiendo estar en un país alejado lo que complica la investigación y la condena por el delito en cuestión.

Las cifras no mienten y tampoco son menores, las actividades ilícitas alcanzan según estadísticas un billón de euros al año en el mundo, superando a ciertas actividades como al narcotráfico¹²⁹ y se van haciendo cada vez más frecuentes abarcando no sólo los virus informáticos que afectan usuarios comunes y corrientes en sus redes sociales¹³⁰, sino que también han sido víctimas de ciberdelitos grandes compañías multinacionales, gobiernos, partidos políticos, organizaciones terroristas¹³¹.

Por mencionar brevemente un ejemplo el ataque que ocurrió en el mes de mayo de 2017 tuvo un carácter mundial ya que afectó a distintos usuarios (sean personas naturales o empresas) en más de 70 países donde los archivos fueron encriptados y serían eliminados de no pagar un rescate de 300 dólares americanos en Bitcoins, lo cual tuvo a gran parte de la comunidad internacional buscando soluciones y cooperando para la investigación de este ataque.¹³²

129 Aunque ciertas actividades como el narcotráfico u otras ilícitos se van cada día adaptando más al mundo cibernético a través de la red oscura (*deep web*) <http://www.elmundo.es/economia/2017/01/08/586fc1d222601d6f4b8b4584.html>

130 <http://www.latercera.com/noticia/conoce-la-lista-de-los-10-virus-informaticos-mas-peligrosos-de-la-historia/>

131 <http://edition.cnn.com/2017/03/16/us/fbi-most-wanted-cyber-crimes/>

132 <http://www.emol.com/noticias/Tecnologia/2017/05/12/858129/Ministerio-del-Interior-confirma-monitoreo-de-masivo-ataque-cibernetico-y-estudia-efectos-en-el-pais.html>

Como señalo en el Capítulo uno, la ciberdelincuencia es aún más amplio que los delitos informáticos o computacionales ya que es tanto un medio de comisión como un fin que es atacado, es decir, puede ser atacado mediante sabotaje informático una página de Internet o un centro de almacenamiento de datos, los cuales como sabemos son sistemas de tratamientos de información como también la estafa por medios computacionales, el pedir rescate de los archivos, la extorsión gracias a haber obtenido información de la vida privada de alguien mediante un acceso indebido a través del “*hacker*”. Muchos de los delitos como la estafa, el fraude, extorsión, acoso, robo, “secuestro”¹³³ o daños que tenían un sustrato físico, tienen ahora medios de comisión virtuales y muchas veces los delitos tienen un origen fuera de las fronteras donde las víctimas son afectadas.

Es por esto que cuando estudiemos el convenio en el próximo apartado, veremos que en Chile el tratamiento que se le ha dado a la delincuencia informática es todavía diferenciando entre aquellos que atacan la pureza de un sistema de tratamiento de información (*delitos informáticos, ley 19223*) mientras que cuando tienen elementos computacionales o son el medio para lograr un delito común se rigen principalmente por las normas del código penal y otras disposiciones repartidas en nuestra legislación.

133 Por irónico que parezca, “hackers” tiene amenazado a Disney de que si no pagan rescate, filtraran la película antes de su estreno <<https://www.theguardian.com/us-news/2017/may/16/pirates-of-the-caribbean-disney-hackers-ransom-new-film-online>>

5.2. Alcances del convenio

5.2.1 Propósito del convenio (Preámbulo)

El países miembros del consejo de Europa¹³⁴ y los demás que firmaron este convenio buscaron mediante este acuerdo, mejorar la cooperación entre los estados signatarios y las empresas privadas¹³⁵ para proteger de mejor manera a la sociedad de la ciberdelincuencia, es decir de los delitos propios de una nueva era marcada por la digitalización, globalización y las grandes redes informáticas.

Estos ilícitos cometidos contra los sistemas, redes y datos ponen en riesgo la seguridad, la confidencialidad de la información como también la integridad de los mismos sistemas por lo que se hace necesario dotar a las autoridades respectivas de herramientas efectivas y veloces para llevar a cabo la acción penal, la persecución, detección y sanción tanto de manera nacional como internacional.

La acción penal ejercida por el Estado debe respetar los límites de los derechos humanos fundamentales consagradas en sus constituciones, en otros convenios, tales como la libertad de expresión, el respeto a la vida privada, obtener y comunicar todas las ideas a través de medios como los informáticos.

5.2.2 Delitos tipificados en el convenio (Artículos 2 a 10 del Convenio)

En estos artículos el convenio ordena a los Estados parte tomar las medidas necesarias para adaptar su legislación tipificando como delito en su derecho interno, los siguientes hechos:

134 No confundir con la Unión Europea, creada formalmente a través del Tratado de Maastrich (1992)

135 Como por ejemplo los intermediarios del Internet como proveedores

1. Acceso ilícito: Acceso deliberado e ilegítimo a todo o parte de un sistema informático, infringiendo medidas de seguridad, con la intención de obtener datos informáticos u otra intención delictiva o en relación con un sistema informático conectado con otro (Art. 2º)
2. Interceptación ilícita: Interceptación deliberada e ilegítima por medios tecnológicos de datos informáticos en transmisiones no públicas dirigidas a un sistema informático, originadas en un sistema informático o efectuadas dentro del mismo, incluidas las emisiones electromagnéticas provenientes de un sistema informático que transporte dichos datos informáticos (Artículo 3º)
3. Ataques a la integridad de datos: Todo acto deliberado e ilegítimo que dañe, borre, deteriore, altere o suprima datos informáticos (Artículo 4º)
4. Ataques a la integridad del sistema: Obstaculización grave, deliberada e ilegítima del funcionamiento de un sistema informático mediante la introducción, transmisión, daño, borrado, deterioro, alteración o supresión de datos informático (Artículo 5º)
5. Abuso de dispositivo: La producción, venta, obtención para su utilización, importación, difusión o cualquier otra forma de puesta a disposición de cualquier dispositivo, sea incluso un programa informático, concebido u adaptado principalmente para la comisión de cualquiera de los delitos anteriores, como también códigos de acceso como una contraseña u otros datos que permitan acceder a todo o parte de un sistema informático. Así también se considera la posesión de algunos de estos elementos con la intención de cometer algunos de los delitos mencionados previamente en este convenio (Artículo 6º)
6. Falsificación Informática: Considerada como la introducción, alteración, borrado o supresión deliberada e ilegítima de datos informáticos que genere datos no auténticos con la intención de que sean tomados o utilizados a efectos legales como

auténticos con independencia de que sean legibles o inteligiblemente directamente de manera dolosa u otra intención delictiva similar (Artículo 7°)

7. Fraude Informático: Actos deliberados e ilegítimos que causen perjuicio patrimonial a otra persona mediante la introducción, alteración, borrado, supresión de datos informáticos o cualquier interferencia en su funcionamiento (Artículo 8°)
8. Delitos de pornografía infantil: Todo acto de producción, oferta, puesta a disposición, difusión, transmisión, adquisición para sí o para otros y la posesión de pornografía infantil, entendido como un menor (<18 años) adoptando un comportamiento sexualmente explícito, sea realmente un menor, una persona que parezca menor o imágenes realistas adoptando un comportamiento sexual (Artículo 9°)
9. Delitos Relacionados con infracción de la propiedad intelectual y derechos afines.:
Infracción a las obligaciones contraídas en distintos convenios tales como el tratado de Berna para la protección de obras literarias, acuerdo sobre aspectos de la propiedad intelectual relacionado con el comercio, tratado de la OMPI sobre derechos de autor y acta de París que reviso el convenio de Berna (Artículo 10°)

5.2.3 Cooperación internacional

Para poder cumplir con los propósitos definidos en este convenio, cada parte deberá cumplir o modificar su normativa para adecuarla y llevar a cabo de mejor manera el proceso penal (i), para definir la autoridad central a cargo requiriendo o siendo requerida de asistencia mutua (ii) y establecer un punto fijo permanente e ininterrumpido para la asistencia en la investigación (iii).

La normativa de Derecho procesal necesaria para la persecución de los delitos informáticos(i)

Para asegurar la debida persecución penal, los Estados partes deberán hacer las modificaciones legislativas necesarias para poder investigar los delitos informáticos

establecidos en los artículos 2 a 10 y cualquier otro delito cometido por un medio de un sistema informático, obteniendo pruebas electrónicas relativas a cualquiera de estos ilícitos(Artículo 14°).

Estas pruebas deben ser obtenidas en tiempo real mediante la grabación u obtención de datos relativos al tráfico, sea mediante sus medios u obligando a los proveedores a entregar información y colaborar con las autoridades centrales (artículos 18° y 20°).

La evidencia debe ser rápidamente recolectada y se deben conservar los datos informáticos almacenados (Artículo 16°), por medio de la interceptación (Artículo 21°) registro y confiscación (Artículo 19°).

Para evitar los problemas de jurisdicción en la investigación de un hecho de esta naturaleza cada parte deberá afirmar a que corresponde su territorio cuando el delito sea cometido dentro de este o si puede extender su competencia cuando es cometido por uno de sus nacionales o si ningún Estado tiene competencia territorial (Artículo 22°)

Autoridad Central a cargo de la asistencia mutua (ii) (Capítulo tercero del convenio de Budapest, Artículos 23° al 34°)

Los estados partes deberán nombrar a una autoridad central¹³⁶ la cual estará a cargo de recibir y requerir de asistencia mutua en las investigaciones por estos delitos, debiendo comunicarse entre sí para dichos efectos.

136 En el caso chileno esta será la Fiscalía Nacional del Ministerio Público.

Esta asistencia estará sujeta a las condiciones internas del país requerido y podrá ser denegada bajo ciertas condiciones como:

1. No se cumple con el principio de doble tipificación penal¹³⁷
2. Delito tiene un carácter político o vinculado a ese carácter.
3. Solicitud puede atentar contra su soberanía, seguridad, orden público u otros intereses esenciales.

No será necesaria la colaboración o la autorización de otra parte cuando se pueda acceder a datos informáticos almacenados por ser accesibles al público, independiente de la ubicación o si obtiene acceso a los datos almacenados en otro Estado o recibirlos a través del consentimiento lícito y voluntario de la persona legalmente autorizada a revelárselo (Artículo 32°).

Red 24/7 (iii) (Artículo 35)

Otro punto destacable respecto a la cooperación internacional es relativa a la red 24/7 como un punto localizable las 24 horas del día, todos los días de la semana, para que haya asistencia inmediata en las investigaciones, obtener pruebas, prestar asesoramiento técnico, conservar datos entre otras cosas. Esta red podrá depender o no de la autoridad central¹³⁸ y deberá tener personal técnico e idóneo. Es valorable que tenga esta disponibilidad permanente ya que para actuar en los casos de delitos informáticos, el tiempo para recolectar evidencia digital es fundamental.

¹³⁷ Cumple con este principio de doble tipificación si el país requerido tipifica como delito en su derecho interno, el acto que constituye delito en el país requirente que solicita su asistencia, independiente de si lo considera dentro de la misma categoría o lo denomina de otra manera o no (artículo 25, párrafo 5)

¹³⁸ En el caso chileno si lo hace.

5.3 Cuestionamientos y desafíos con su entrada en vigencia

El Convenio de Budapest ha sido largamente esperado por parte de la doctrina chilena y extranjera¹³⁹ que ve en este instrumento que:

A) En su catálogo de delitos no criminaliza el uso de computadoras para cometer defraudación, extorsión, acoso, terrorismo o para infringir lesión física¹⁴⁰ a una persona o su propiedad. Estas figuras son parte del fenómeno de la ciberdelincuencia y parece extraño que no sean objeto de reproche para que los países partes tomen medidas legislativas incluyéndolas en el catálogo de delitos que deben estar sancionados en su derecho interno.

B) El Convenio ordena hacer algo cuestionable, ya que según su Artículo 14°, ordena a los países partes aplicar los procedimientos de esta convención para la investigación de **cualquier delito cometido** mediante un sistema computacional y recolectar evidencia digital a ser usada, ampliando de esta manera la aplicación procesal a todo lo que tenga relación con un computador sin que esta misma convención lo haya calificado como un cibercrimen¹⁴¹ o su legislación interna la considere como tal, aunque claro el convenio pone como contrapeso el hecho que los países pueden denegar la asistencia según el Artículo 27° como por ejemplo cuando se trate de un delito político o requiera de la doble tipificación como se mencionó, incluso según Brenner¹⁴² el concepto de “intereses esenciales” como

139 LARA, JUAN CARLOS; MARTINEZ, MANUEL Y VIOLLER, PABLO (2014) Op. Cit. p.120, aunque lo hacen con las aprehensión de que una adhesión plena puede traer los inconvenientes que señalaremos; BRENNER, SUSAN W. (2012). La convención sobre cibercrimen del consejo de Europa. Revista chilena de derecho y tecnología, Centro de Estudios en Derecho Informático, Universidad de Chile 1, 221-238

140 Parece imposible que un ciberdelito pueda a tener tal impacto en el mundo físico pero la tecnología avanza rápidamente, al poder ser ejecutado a distancia, un cracker puede tomar control de ciertos dispositivos electrónicos como robots, maquinaria o incluso drones con lo que puede llegar a dañar (incluso matar) a una persona.

141 La pregunta que cae es la siguiente ¿Para que entonces molestarse con definir delitos si todo lo que tenga como medio de comisión un sistema informático puede ser delito que debe ser investigado?

142 BRENNER, SUSAN W. (2012). Op. Cit. p.232

causal para no prestar asistencia podría cerrar las investigaciones por hechos que afecten la libertad de expresión u otras garantías constitucionales.

C) No es menor que el convenio haga aplicable la investigación a un rango tan amplio y ambiguo de delitos en especial si se considera que el convenio puede pasar a llevar gravemente la **privacidad**, ya que el convenio otorga poderosas herramientas para someter un computador que este en control o en posesión de las personas a la autoridad central (artículo 18°) o para ordenar a cualquier persona que ha conocido del funcionamiento de un sistema para protegerlo y proveer la información necesaria de esta para tener acceso al sistema informático, o a una parte o a datos contenido en el (Artículo 19°) lo que según los críticos de la convención llevan a que las autoridades centrales puedan forzar a los individuos a entregar sus claves de encriptación, violando la privacidad de estas y también el principio de autoincriminación¹⁴³

Si bien en el Artículo 15° el convenio habla de privacidad y salvaguardas para la protección de derechos humanos y libertades, para muchos de los críticos esto es inadecuado, impreciso y desconoce completamente otros tratados de protección de datos personales. Esto se vuelve especialmente complicado cuando se llevan a cabo estos procesos sin garantías judiciales o cuando hay errores judiciales.

Un caso extremo¹⁴⁴ sería que alguien subiera a la red y compartiera una imagen (meme) satírica de una figura política donde está penalizado reírse /insultar a estos, este sujeto,

143 Brenner no individualiza los críticos y parece hacerse cargo de muchas de las críticas.

144 Son preocupantes los intentos de criminalizar el humor y la sátira en Internet en Occidente, en Países como Turquía, Tailandia donde ya son castigados con pena de cárcel ver por ejemplo :

<<http://www.revistavanityfair.es/actualidad/politica/articulos/puede-un-meme-ser-delito-erdogan-gollum-cristina-cifuentes-condena-pionera/21609> > Incluso en Bolivia hubo una polémica hace poco con un meme de un funcionario del gobierno <<http://www.paginasiete.bo/sociedad/2017/4/6/codigo-penal-castiga-carcel-elaboracion-memes-133305.html>>

residente en un país donde no están sancionados estos hechos, podría comenzar una investigación en su contra, recopilando información, obligar a los intermediarios de Internet a que se la provean para colaborar con el país solicitante, a menos que la deniegue acogiéndose al Artículo 25, lo cual podría no suceder en países con autoridades centrales que tengan dependencia directa o influencia de cargos políticos que pudieran ser afines a esa figura política caricaturizada ya que la denegación de esa colaboración es opcional.

D) La última crítica que hace Brenner es respecto al enfoque tradicional que se hace mediante este convenio, ya que entendiendo que el cibercrimen es fenómeno global y que no respeta jurisdicciones o fronteras, mantener un enfoque territorial donde los países investigan (ahora cooperando entre ellos y ahorrándose la burocracia) acusan y condenan o extraditan, aun cuando el delito se parcela entre donde comienza su ejecución y donde el resultado tiene efecto, no parece apropiado. Por lo que propone una agencia supranacional como la Interpol que pudiera investigar los delitos informáticos en todo el mundo, luego entregar los antecedentes recopilados a los distintos estados partes para que lleven a cabo la condena de los imputados, una propuesta interesante para resolver por ejemplo el ataque informático mundial sufrido en mayo recientemente mencionado donde es más fácil una agencia investigadora mundial que 70 tratando de coordinarse entre sí.

Pero más allá de los cuestionamientos que hay respecto de esta Convención, el ingreso de Chile representa un avance en la materia, es por esto que durante el mes de mayo, el centro de estudios informáticos organizó un coloquio llamado “Ciberseguridad y delitos informáticos” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile donde se analizaron por parte de los expositores distintos desafíos que se presentaban con la implementación de este tratado en nuestro derecho,

En primer lugar, este tratado comienza a regir en agosto de 2017, hay tiempo para lograr cambios normativos significativos en materia procesal en la cual nuestro código no se hace cargo de la cooperación internacional que ahora se establece mediante la comunicación directa entre las autoridades centrales (i.e. la Fiscalía Nacional) lo que hará más fluida la conexión ya que el contacto antes se hacía mediante cancillería, embajadas, valijas diplomáticas o peor aún mediante la comunicación entre tribunales a través de cartas rogatorias para requerir la colaboración entre distintos Estados, todo lo que hacía perder tiempo significativo en la investigación veloz que se requiere de este tipo de delitos, en especial para tomar todas las medidas de conservación necesarias para tener evidencia a mano, como captar los datos alterados, obtener ip sospechosas, seguir el flujo de información, entre otras cosas.

En segundo lugar, son llamativas algunas de las reservas que Chile hizo respecto al tratado por varias circunstancias:

1) Se hizo una reserva con respecto a considerar a los ataques a la integridad de los datos (Artículo cuarto) de sólo perseguir aquellos que significarán grandes daños, lo que resulta extraño ya que nuestra normativa actual¹⁴⁵ no exige este estándar, por lo que estamos elevándolo siendo más exigentes al momento de calificar ciertos hechos que podrían ser sancionados como ataques, lo cual es preocupante ya que como hemos visto el número de ingresos por “sabotaje informático” es relativamente bajo y al efectuar esta reserva podemos estar dejando más indefensas a las víctimas de lo que ya estaban anteriormente siendo un retroceso tanto para nuestra seguridad como para la colaboración internacional.

2) Respecto al delito de abuso de dispositivo (Artículo sexto) Chile efectuó la reserva de no considerar como abuso de dispositivo la producción, venta de dispositivos para efectuar

145 Es decir, la ley N°19223

ataques informáticos que es la primera parte de la comisión de un delito informático, este dispositivo facilita el delito, lo que produce un problema, porque no es que el convenio le esté dando a priori una carga negativa a un dispositivo “neutro”¹⁴⁶ si no que dice “*cualquier dispositivo, sea incluso un programa informático, concebido o adaptado principalmente para la comisión de cualquiera de los delitos anteriores*”

Si alguien compra o vende uno de estos dispositivos para abusar de un sistema de información, él es un cómplice que facilita que alguien en un futuro cometa un delito informático abusando de algún dispositivo. De nuevo se puede considerar que Chile no está tomando la oportunidad de sancionar una parte fundamental de la comisión del delito aunque no está del todo indefenso ya que puede acudir a otras figuras penales de facilitación de datos o complicidad (aunque no es la mejor respuesta) por participar en el delito, el asunto es que necesariamente debe consumarse para poder ser sancionado como por ejemplo la clonación de una tarjeta de crédito¹⁴⁷, que tiene un proceso largo y complejo que pasa por varios criminales que van desde quien importa o crea o adapta un dispositivo, quien clona la tarjeta(fraude informático) con esta y quien hace uso del dispositivo abusado para retirar fondos de la víctima¹⁴⁸

3) Se hizo reserva respecto a los delitos de la pornografía infantil (Artículo noveno) porque Chile ha suscrito otros tratados¹⁴⁹ de cooperación y colaboración acerca del mismo delito, aunque en este caso el tipo penal de pornografía infantil es más amplio en este tratado de lo que es la legislación nacional ya que para ser sancionado un acto como pornografía en Chile es necesario que el sujeto pasivo sea un menor de 18 años mientras que como

146 Cuando hablamos de carga negativa a priori, hablamos que un objeto inanimado por supuesto que no tiene un ánimo delictivo pero su único propósito, concepción o adaptación tiene como fin último cometer un delito, no es lo mismo prohibir los cuchillos para evitar los homicidios que prohibir una máquina que tiene como sólo propósito clonar tarjetas de crédito por ejemplo.

147 Artículo 5 de la ley 20009.

148 Escárate Andrade, N. (2015). Op. Cit. pp 137-139

149 Como por ejemplo Protocolo facultativo de la CDN relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución A/Res/54/263, de 25 de mayo de 2000

señalamos previamente en el convenio puede ser tanto un menor como también una persona mayor que aparente ser un menor o una imagen realista, lo que amplía el tipo a actores que buscan aparentar menos de 18 años, imágenes realistas de animación 3D o dibujos donde se explicita conductas sexuales o genitales de menores de edad sin que haya por supuesto ningún menor en peligro, pero que podría dar indicios de una persona enferma que en el futuro podrá llegar a consumir pornografía real o realizar algún acto ilícito en contra de un menor.

4) Respecto a la conservación rápida de datos informáticos almacenados (Artículo veintinueve) Chile hizo la reserva ante el principio de doble incriminación lo que resulta curioso porque nuestro Estado es parte del convenio de Nassau que no requiere que en ambos Estado-parte sea delito para cooperar en materia penal, es decir se hizo la reserva de exigir doble incriminación siendo que su propio ordenamiento vigente no lo exige por ser parte del convenio del país caribeño.

Capítulo VI, Revisión de casos emblemáticos

6.1 Jurisprudencia

Como señalamos en el capítulo tercero, los procesos seguidos bajo las sanciones en esta ley tienen poca aplicación por lo que la jurisprudencia es poca y bastante confusa como se expone.

No obstante en el caso del delito de sabotaje informático la jurisprudencia parece haber entendido ciertamente como se califica este delito de manera correcta ya que al comienzo

de la aplicación de la reforma al proceso penal, el primer precedente¹⁵⁰ que se tuvo era auspicioso, dado que a comienzos de este siglo, se dictó una sentencia contra un ex empleado que por motivos de venganza contra su ex empleador (un empresa que se dedicaba a administrar páginas web) ingreso indebidamente a su servidor, alterándolo, borrando archivos y dañando la reputación de la página al mostrar mensajes ofensivos en esta, al mismo tiempo escribió que la página había sido “hackeada”.

De hecho es más, si no fuera porque el administrador logró tomar medidas para contener la intromisión, el cracker podría haber leído la correspondencia del gerente general de la empresa.

Después de una investigación de ocho meses, la colaboración de la brigada de Cibercrimen y el impulso procesal del querellante, se logró reunir evidencia suficiente que apuntaba al ex empleado quien accedió desde un cibercafé donde desempeñaba funciones, a pesar de que había tratado de borrar rastros de su actuación, incluyendo sus conversaciones donde admitía que esta era sensible y podría comprometerlo judicialmente.

Por esto en juicio abreviado fue condenado como culpable de los delitos 1º,2º,3ª de la ley, es decir por sabotaje y espionaje informático con una pena de presidio menor en grado máximo, con 3 años y día.

Quince años después en un caso similar, *Geubauer , Sigfried Con Araya y cia & Exportax S.A*¹⁵¹ las víctimas, empresas relacionadas de propiedad del Abogado Matías Araya Varela,

150 Contreras Clunes, Alberto. (2003). DELITOS INFORMÁTICOS: UN IMPORTANTE PRECEDENTE. *Ius et Praxis*, 9(1), 515-521. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122003000100023>

151 Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, Rol 9603-2015

sufrieron una caída del sistema informático por tres días, causándoles graves daños, porque se obstaculizó el normal trabajo en los computadores al no poder acceder a Internet, tampoco podían acceder al servidor y fueron eliminados bases de datos, softwares, programas, sistemas operativos, carpetas, archivos, incluso los respaldos. El informático a cargo de la reparación realizó un informe de las causas de cómo se produjo este ataque y encontró la pista de cómo había ingresado un usuario no autorizado, una dirección *ip* de VTR que luego de ubicar al servidor, se detectó que correspondía al domicilio de un ex-empleado, quien al ser formalizado, admitió los hechos y propuso un acuerdo reparatorio simbólico, el cual no fue tomado en cuenta, por lo que se fijó una suspensión condicional del procedimiento cumpliendo las letras f y g del 238 del CPP, durante un año.

En ambos casos, el inicio de la acción penal fue mediante una querrela y hubo una activa participación por parte del querellante para que la investigación tuviese resultados, en consecuencia se logró la identificación del perpetrador del hecho, circunstancia que podría haber sido bastante diferente de no haber sido asesorado técnicamente, porque la ley es bastante deficiente y el Ministerio Público tiende a archivar rápidamente los casos cuando no hay imputado¹⁵², incluso al señalar los daños de un sistema de tratamiento de información no hace una distinción entre el soporte físico y el virtual, por lo que podría darse el caso de que por romper la pantalla pudiera ser condenado por delito informático¹⁵³

Respecto del fraude informático hablamos como no estaba penalizado en la legislación pero sin embargo, se acude a otras figuras penales para castigar estos hechos.

152 Pasara, Luis (2009) Op.Cit. pp. 7,10,34

153 Lara (2014) p.112

En el caso de *Rascovksy Palavecino, Eliecer con el Consejo de Defensa del Estado*¹⁵⁴ previamente mencionado como no se podía sancionar el fraude informático, el tribunal lo sentencio por estafa, falsificación de instrumento público y alteración de datos aplicando también otras penas accesorias, tras las acusaciones del Ministerio Público y el Consejo de Defensa del Estado.

Ya esbozamos una crítica a la configuración del tipo de alteración de daños que se confunde con sabotaje informático, pero la sentencia es bastante defectuosa ya que en los términos del 351 dice que *“la reiteración de los delitos por su naturaleza, no pueden estimarse como uno sólo”*¹⁵⁵, lo cual es bastante discutible si se piensa que todos los delitos señalados buscan producir un engaño, logrando que el sujeto (en este caso la maquina) caiga en un error y haga una disposición patrimonial (conceda el ingreso al sistema de transporte público).

De hecho si aplican las figura de concurso ideal¹⁵⁶ es bastante claro que la comisión de “una alteración” o una “falsificación de instrumento público” son delitos previos y necesarios para cometer una estafa de estas características, por lo que es la pena del delito con sanción mayor, la que se le aplica. Aun así la sentencia no considera expresamente que se produzca dicho concurso, no obstante aplica la pena más gravosa que es la de falsificación de instrumento público.

154 Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, Rol 5212-2014, Sentencia del 22 de septiembre de 2014.

155 Considerando segundo.

156 Artículo 75, CP.

Incluso podría discutirse la calificación de instrumento público¹⁵⁷ de una tarjeta electrónica, quedando sólo el tipo de alteración que tiene una sanción menor que la de falsificación de instrumento público.

La última crítica que se podría hacer en mi opinión es que no se haya llegado a una SCP cuando concurrían los requisitos del Art. 237 del CPP. Aquí primo el poder del estado para la prevención general¹⁵⁸ por sobre otros intereses en juego, *“Este sistema hace ponderar un interés estatal abstracto (art241 CPP) en la afirmación de la vigencia de la norma por sobre el interés concreto del afectado”*¹⁵⁹

En otro caso bastante menos mediático y antiguo *López Flores, Gastón con la fiscalía naval de Valparaíso*¹⁶⁰ este fue sentenciado por delito de falsedad¹⁶¹ por 300 días de presidio menor en grado mínimo, este cocinero de la Armada accedió al sistema comunicacional del departamento de viviendas de esta institución mediante el computador asignado a otro funcionario ingresando datos falsos en su cuenta de ahorro para la vivienda propia, obteniendo un certificado de esta cuenta de ahorro que luego presento ante el SERVIU y

157 La definición legal proviene del Código Civil que en su artículo 1699: *Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario.* Hoy en día para las nuevas líneas de metros se proyectan que funcionen totalmente automatizadas <http://www.emol.com/noticias/Nacional/2017/06/12/862388/Sin-cajeros-ni-conductores-Como-funcionaran-las-nuevas-Lineas-3-y-6-del-Metro.html> ¿Puede ser competente funcionario un cajero de metro o una máquina expendedora de tarjetas? La tecnología avanza más rápido que la legislación pero hacer una analogía de este tipo creo que puede ser bastante peligrosa y dudosa.

158 La función de la prevención general es evitar la comisión de nuevos delitos, actuando sobre la sociedad en general, En CURY(2010) pp. 71-74.

159 Mensaje del CPP, p.17

160 Corte Suprema, rol 5521-2004, resolución de 10 de enero de 2006

161 Homónimo de falsificación de instrumento público establecido en el Código de Justicia Militar

gracias a esta acción obtuvo una mejor evaluación del sistema de subsidio habitacional, adjudicándose el subsidio correspondiente¹⁶²

En esta sentencia, la defensa del imputado correctamente señaló que había que distinguir entre la falsedad de un instrumento público y el N°3 de la ley 19.223, siendo más propiamente esta última la figura por la cual se podría calificar los hechos, la cual, sin el dolo (*maliciosamente*) no se configuraría ya que su acción era de común ocurrencia entre los funcionarios de la Armada, por lo que la sentencia incurriría en error de derecho ya que de haber seguido este razonamiento, se hubiera absuelto al individuo.

Estas críticas son desestimadas por la Excelentísima Corte Suprema, aduciendo que los hechos debieron ser calificados por los tribunales inferiores y respecto a la acusación que pesa sobre la falsedad del certificado, sólo acude a la doctrina penal para señalar que ingresar datos falsos es equivalente a instrumentalizar al funcionario público que emite el certificado con datos adulterados.¹⁶³

En el caso de *Gouet San Martín, Sandra con Cruz y Cia.*¹⁶⁴, quien fue condenada como autora de alterar los datos contenidos en sistemas de tratamiento de información con la pena remitida de 61 días de presidio menor en grado mínimo, esto porque ella maliciosamente altero los datos contenidos en el sistema de la empresa, ingresando información falsa, es decir reportar que los cheques del cliente habían sido pagados, para luego anular ese ingreso y evitar que detecte un exceso del crédito otorgado a este cliente,

162 Considerando cuarto.

163 Considerando quinto

164 Corte de Apelaciones de Concepción, rol 163-2014, resolución de 30 de enero de 2015.

ya que este sistema sólo permitía un máximo de \$3.000.000 CLP, mediante estas acciones logró otorgarle más de \$80.000.000 CLP.

Aquí el tribunal acertadamente calificó estos hechos como constitutivos del delito configurado en el Artículo 3^a de la ley en cuestión (como materia de sabotaje informático) y desestimo las alegaciones de la defensa respecto que la conducta desplegada por la autora no lesionaban el bien jurídico de pureza de la información ni tampoco eran información sensible al sistema de tratamiento de información, ya que según el tenor de la ley, si se produjeron estos hechos¹⁶⁵ y que la información era de valor económico en la empresa, por tanto sensible¹⁶⁶.

La doctrina nacional¹⁶⁷ ha criticado la ley por esta falencia en la cual no distingue con claridad que información o datos son los relevantes, sensibles o quien es el titular para conocerlos, este problema se da fundamentalmente en el caso del acceso indebido, revelación de datos o de espionaje informático, lo cual será analizado posteriormente.

Asimismo, en el caso de *Sky Chile CPA con Merino Moraga, Pablo*¹⁶⁸ un sujeto que vendía tarjetas de codificación para receptores de señal satelital modificadas para obtener acceso a esos canales sin pagar a sus operadores, fue condenado por “modificar el funcionamiento del sistema de tratamiento de información (Artículo 1^o) junto con otros cargos por delitos a

165 Considerando seis, segundo párrafo : “La acción delictiva está destinada a alterar, destruir o dañar los datos contenidos en un sistema de tratamiento de información. Alterar los datos contenidos en un sistema sería, en consecuencia, alteraciones conductas como el ingreso o introducción de datos erróneos, el borrado de datos verdaderos, transformaciones o desfiguraciones de los datos, y en general toda conducta que implique cambiar la información contenida en un sistema de tratamiento de la misma sin destruirla. Por lo tanto, lo afectado es el sentido, veracidad, claridad o pureza y alcance de la información contenida, la cual se verá afectada con conductas como las descritas”

166 Considerando octavo segundo párrafo “En el caso sub litis puede decirse, propiamente, que el bien jurídicamente protegido es colectivo y se traduce en la información como valor económico de la actividad de la empresa”

167 Lara (2014) p.111

168 Corte Suprema, rol 4245-2008, resolución de 2 de abril de 2009.

la ley general de telecomunicaciones, pero la Corte Suprema fallo a favor del imputado, señalando que este sujeto no había creado el programa sino que lo había descargado gratuitamente desde Internet.

Este último razonamiento por parte de la jurisprudencia parece repetirse cuando la persona no ha utilizado algún medio técnico para producir la alteración, modificación o el fraude en el sistema de tratamiento, pero sin embargo se aprovecha de esa “ventana” de una programación deficiente y logra un beneficio, algo ausente en la ley¹⁶⁹, tampoco lo exige el convenio de Budapest.¹⁷⁰

Así también En el caso de *Hipermercado Curicó Limitada con Lizama Ponce, María y otros*¹⁷¹ ella, la cajera del supermercado vendió tarjetas electrónicas de saldo para celulares a los clientes, sin ingresar estas ventas al sistema, por lo que fue condenada por el Artículo 1º, “*impidiendo, obstaculizando o modificando el funcionamiento de un sistema de tratamiento de información*”. No obstante, la Corte de Apelaciones de Talca absolvió a la imputada tras señalar que “*estos hechos no obstante que implican que los acusados se aprovecharon de una debilidad del sistema operacional de la caja que les proporcionaba su empleador, bien esto puede haber sido intencional, es decir que para **operarlo debieron haber puesto la intención de ocasionar daño o no...** y que los acusados estuvieron muy lejos de manipular e sistema operativo de la caja, sólo se aprovecharon de su funcionamiento que estaba mal programado*”¹⁷²

169 Lara (2014) Op.Cit. p.115

170 Distinto es el caso de una interceptación ilícita (Artículo tercero del convenio), en aquel caso, si se exige un medio técnico para acceder a datos informáticos de transmisiones no públicas.

171 Corte de Apelaciones de Talca, rol 498-2010, resolución del 24 de diciembre

172 Considerando octavo, negritas son propias

En el fallo, la sentencia al hablar de ocasionar un daño parece orientar su calificación de malicioso como si se tratara de un delito de daños y no uno que busca proteger el patrimonio del sujeto o la intimidad o en realidad ambos, ya que estos ilícitos son pluriofensivos.

En tanto el Artículo 1º como 3º de esta ley, requiere que se actué “*maliciosamente*” lo que en el capítulo primero previamente habíamos definido como un tipo de dolo específico o una especial malicia, concepto bastante complicado según menciona el diputado Bosselin en la discusión acerca de esta ley, ya que debía excluir el mero error o la ignorancia¹⁷³

*“será necesario acreditar en el propio juicio la concurrencia de esa **especial perversidad**. De modo que solamente en situaciones extraordinariamente difíciles y excepcionales se logrará aplicar este texto legal, en circunstancias de que los ilícitos penales se establecen con el propósito de resguardar bienes jurídicos. En este caso, se crea en nuestra legislación el bien jurídico informático, el que no estará suficientemente respaldado, porque será muy difícil acreditar en el proceso la concurrencia de la malicia.”*¹⁷⁴

Todo esto frente a la modificación de la tipicidad subjetiva de “*indebidamente*” a “*maliciosamente*”, lo cual restringe esta calificación al necesitar acreditar y tener una carga probatoria que demuestre la “perversidad” más todavía en este sistema probatorio que tiene un alto estándar.¹⁷⁵

173 Biblioteca del Congreso Nacional (BCN) (1993) Historia de la Ley 19.223, p. 26

174 Biblioteca del Congreso Nacional (BCN) (1993) Historia de la Ley 19.223, p.40

175 Artículo 340. CPP- Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, **más allá de toda duda razonable**, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.

El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral.

No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración.

De hecho de acuerdo con el convenio de Budapest, los tipos penales del título 1 (entre ellos el fraude y la falsificación) requieren que sea una acción “*deliberada o ilegítima*” calificativos ajenos a consideraciones morales como un acto “malicioso” o “con intención de causar un daño (dolo)” aunque el mismo convenio deja a salvo la excepción que cada Estado parte pueda exigir “intención dolosa o delictiva similar” para determinar las responsabilidades penales.

En este pequeño espacio de jurisprudencia la mayoría de estos casos indican que el móvil que tenían los sujetos al cometer los ilícitos es más bien uno económico que uno de causar un daño a diferencia de estos ciberataques por venganza, lo cual también ocurre pero es parte de un margen de personas que no actúa del todo racionalmente, mientras que la gran mayoría lo hacen, algunas obteniendo beneficios económicos ilegítimos, otros ante la probabilidad de ser arrestados o estar imputados en un proceso penal, desisten.

Para ir finalizando, debemos recordar que en los casos de los ilícitos de acceso indebido, revelación de datos o de espionaje informático, no ha sido definido en el tipo penal de que clase de información es la que lesiona el bien jurídico tutelado por la ley 19.223, esto ha traído problemas a la jurisprudencia.

En un caso bastante conocido e importante como *Inverlink*¹⁷⁶ que tuvo muchas aristas civiles, penales, tributarias y administrativas, todo comenzó porque la secretaria fue sorprendida interceptando los correos del presidente del Banco Central y su posterior

176 Corte Suprema, rol 2249-2012, sentencia de 8 de noviembre de 2012 y Corte de Apelaciones de Santiago, rol 992-2010, 22 de noviembre de 2011.

reenvió al gerente de Inverlink, esto quedo al descubierto cuando reboto uno de esos correos por escribir mal el correo del gerente (Bertinelli).

La secretaria, Pamela Andrada, aprovechaba los momentos en que no estaba eCarlos Massad, para mandar los correos con información respecto a los movimientos de la fijación tasa de interés.

Acá se condenó por la revelación de la información, Artículo 4º de la ley 19223, ya que el tribunal estimo que esta información entregaba un beneficio pecuniario para si y para terceros, que precisamente era reservada hasta el momento de fijar la tasa de interés, actividad principal del Banco central, a pesar de las alegaciones de la defensa que señalaba que esta información era posible de predecir en el mercado y posteriormente sería pública.

Esto claramente contrasta con el el tipo subjetivo exigido en cuanto “*maliciosamente*”, un dolo no para cometer un daño sino para representarse de que su acción era ilegítima (por eso lo hacía a escondidas del jefe y cobraba una alta suma de dinero por hacerlo) y le representaría una ganancia económica por la cual se estaba arriesgando a enfrentar una proceso penal o en el mejor de los escenarios ser despedida

Incluso en otro caso, unos capitanes del ejercito¹⁷⁷ habrían encontrado en un *pendrive* de la víctima, imágenes privadas de la teniente teniendo relaciones sexuales con su pareja, las cuales fueron reveladas a otros compañeros sin su consentimiento, por lo cual fueron condenados por el Artículo 4º, ya que la Corte considero que estos datos eran sensibles y parte de la intimidad personal.

177 Vargas Mayorga, Marisol con Valenzuela Cruz, Sergio y otros, Corte Suprema rol 3951, resolución del 20 de marzo de 2013

Acá el móvil no parece ser ni venganza¹⁷⁸ ni tampoco económico pero se protege a la víctima sin cuestionar el tipo subjetivo de actuar “*maliciosamente*” o de revisar si realmente este bien jurídico de la intimidad es parte de la esfera de protección a los datos contenidos en un sistema de tratamiento de la información, lo cual cuestiono el voto de minoría, quien estimo que el hecho de copiar las imágenes y revelarlas no lesiona el bien jurídico de la pureza de la información, pues no afecta ni la seguridad de esta o su funcionamiento o su indemnidad¹⁷⁹

Concluyendo respecto del acceso indebido, la jurisprudencia ha oscilado en dos versiones contradictorias, porque en primer lugar considero que el uso de la información de la base de datos que el inculpado¹⁸⁰ tenía en su anterior lugar de trabajo para usarlo en su nuevo empleo era una apropiación indebida y típica conforme al Artículo 2º de la ley, no obstante haber tenido una autorización previa.

Mientras que en el caso Raúl Pérez Rodríguez¹⁸¹, el empleado tenía la contraseña de los correos de su jefe los cuales reenvía a otros para que tengan conocimiento de los negocios del empleador, este sujeto siguió accediendo al correo aún cuando ya no trabaja ahí porque el jefe no había cambiado la clave. Ante esto la Corte señalo que la responsabilidad de cambiar la clave era del ex empleador, quien debió ser más precavido¹⁸²

178 Distinto sería que la revelación fuera por parte de una ex pareja, (Porno-Venganza), con un móvil de deshonrar a la víctima por haber terminado la relación o cualquier otro sentimiento de rencor.

179 Voto de minoría del ministro Brito

180 CSAV con Jans Vasquez, Carlos, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 14256-2005 resolución de 30 de julio de 2008.

181 Polincay Export y Comercial Polincay Liimitada con Pérez Rodríguez, Raúl Ignacio, Corte Suprema, Rol 9238-2012, Resolución del 9 de julio de 2013.

182 Lara (2014)Op. Cit. p.117

Es probable que el alcance que se califica como un acceso indebido sea en el futuro próximo una materia interesante a resolver ya que han sido suspendidos al menos dos abogados que por medio de la tramitación electrónica de juicios civiles¹⁸³ han insultado al tribunal en sus escritos, estos al momento de impugnar esta resolución han señalado que quienes ingresaron al tribunal dichos escritos ofensivos han sido dependientes que han abusado de la confianza de los abogados que les dieron conocimiento de su clave única.

Mientras que el convenio de Budapest, respecto del acceso ilícito (Artículo segundo del convenio) ordena que sea deliberado e ilegítimo pero las partes podrán exigir que sea infringiendo medidas de seguridad, lo que en el caso de la legislación y jurisprudencia chilena no es probable que suceda conforme a lo ya resuelto anteriormente.

6.2 Revisión de las salidas alternativas más eficientes en abstracto para los delitos informáticos de la ley 19223.

6.2.1 Acuerdos reparatorios

Como señalamos previamente, los acuerdos reparatorios en principio son la mejor opción para el sistema y la sociedad cuando se cumplen los requisitos, en el caso de la ley de delitos informáticos se cumplen a primera vista, toda vez que estos se entienden como una vulneración a un bien jurídico que tiene apreciación patrimonial (por tanto la víctima tiene disponibilidad) el cual es estimable sea en lucro cesante y daño emergente¹⁸⁴

Esto es porque en primer lugar, permite al imputado como a la víctima, quienes son los más interesados en que se lleve de buena manera el proceso penal y también tienen mayor

183 Por ejemplo ver Segundo juzgado civil de Santiago, rol 24802-2014.

184 La gran duda estaría en el daño moral ya que esta es una lesión extrapatrimonial que según la jurisprudencia civil puede ser compensada por medio de una suma de dinero, lo que no se ajusta a la definición del 241 del CPP.

acceso a información, casi “perfecta” es decir de cómo, cuanto y de qué manera sufrieron el ilícito por el cual está imputado el sujeto que se busca sentenciar mediante un juicio oral, por lo cual ellos son los mejores para determinar cuánto es el monto por el cuál puede compensar el daño causado de manera libre y sin coacciones para el imputado, además de que una condena penal si bien es título para ejercer una acción civil, eso tomará tiempo y recursos para lograr ejecutar bienes por los cuales pagarse y lograr una retribución. Es una medida más beneficiosa que ver al condenado cumpliendo su condena en la cárcel.

Pensemos hipotéticamente en un sabotaje informático, un individuo deja inoperativo mi portal de Internet por el cual yo hago ventas en línea, como empresario tengo nociones de cuanto gano y cuánto podría ganar en un día promedio, por lo que seré resarcido de mejor manera si este sujeto me paga el lucro cesante que me significo ese día y el daño emergente que fue pagarle a otro entendido en programación para que me restableciera mi sistema que en vez de privarlo de libertad.

De hecho, como segundo argumento podemos señalar que para el imputado se le abren las puertas de la re-inserción social al evitar una condena penal que pese sobre su historial, aunque no sólo sería beneficioso para él sino para toda la sociedad ya que por ejemplo un individuo menos en la cárcel, son recursos destinados de mejor manera para enfrentar a quienes si pueden presentar un peligro para la sociedad o para que el imputado vuelva a la vida civil siendo un miembro contributivo de ella, generando recursos en su normal oficio.

Como último argumento, al lograr este acuerdo, las costas procesales se reducen significativamente para el Estado y también se podrían destinar a otros casos las salas para las audiencias como el tiempo dedicado en la investigación por parte de la fiscalía a cargo.

Si fuera el fiscal a cargo quien decidiera por la víctima o el imputado como llevar a cabo el acuerdo, estaría rompiendo con el principio de objetividad¹⁸⁵, tomando funciones que no le ha sido atribuidas por la ley y además incurriendo en mayores gastos que esto le significaría por plantear una salida beneficiosa para la víctima, recabar antecedentes o en el peor de los casos adolecer de problemas de agencia¹⁸⁶ o riesgo moral¹⁸⁷ cuando se tiene información imperfecta.

Pero hay importantes dificultades en llevar a buen puerto los tan beneficiosos acuerdos reparatorios ya que en primer lugar tiene que ser una vulneración a bienes patrimoniales y en respecto de la ley de delitos informáticos hay situaciones en las cuales no siempre estaremos frente a una lesión patrimonial sino la vulneración de la vida privada de una persona cuando sus redes sociales son atacadas por sujetos que cometen un acceso indebido a estas sin hacerlo previamente como medio para cometer otro delito¹⁸⁸ sólo por el hecho de querer conocer la información, cuando ataco la red informática de alguien para burlarme de este o para revelar información contenida en el celular como las fotografías intimas que poseo en esta.

185 Artículo 3 del CPP.

186 Concepto económico que se refiere a que el agente si bien representa al principal, puede estar conducidos por sus propios intereses en desmedro del principal, incluso ser coptado por los de otros ya que sobre este no recaen las consecuencias sino en el patrimonio del principal, por ejemplo si un fiscal sin considerar el daño causado a la víctima y por terminar rápido con el proceso (cumpliendo metas de gestión), simplemente cierra un acuerdo muy poco satisfactorio para esta.

187 Concepto económico bastante utilizado por el cual un individuo tiene toda la información y sabe de las consecuencias que pueden tener sus acciones sobre otros pero no recae sobre este individuo, por ejemplo un fiscal celebra un acuerdo reparatorio por la cantidad exorbitante que no tendrá que pagarla el, sino el Estado chileno.

188 Como por ejemplo de hacerlo como un medio sería ingresar indebidamente a la cuenta de Facebook de una persona y desde ahí cometer la estafa de pedir ayuda económica a sus contactos, logrando defraudar a estos y obteniendo una ventaja económica.

En todas estas acciones la vulneración que sufre la vida privada o la honra de una persona no tiene un carácter disponible a pesar de que pueda percibir una suma a título de daño extrapatrimonial como señalábamos previamente.

Además por mas bueno, eficiente y justo que pareciera el acuerdo entre la víctima y el imputado, siempre podrán oponerse otros en la audiencia, como el ministerio público o el juez de garantía cuando *existiere un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal (241 CPP)*. Este concepto de interés público prevalente no tiene una definición clara en el CPP pero intenta definirla de manera casuística en el mismo Artículo como cuando el “*imputado hubiera incurrido reiteradamente en hechos como los que investigaren en el caso particular*”.

El otro intento es por parte del Instructivo ya citado N°34 del Ministerio Publico que señala los casos en los cuales contrarrestar:

- 1.- La existencia de otro bien jurídico afectado de mayor entidad que el principalmente vulnerado por el delito objeto del acuerdo reparatorio.
- 2.- La constancia de haber llegado a acuerdo reparatorio por el mismo delito al menos dos veces anteriores al proceso penal.
- 3.- La concurrencia de agravantes objetivas¹⁸⁹

Estas causales parecen delimitadas para el MP pero no para el juez, aunque se debe sostener que el sólo podrá oponerse en el caso de que los delitos no entren en el marco de la procedencia o el consentimiento no fue libre o con suficiente información.

189 Videla L. (2002). LOS ACUERDOS REPARATORIOS A LA LUZ DEL CONCEPTO DE REPARACIÓN. *Revista de Estudios de la Justicia*, 13, 297-321. pp.317-319

Entenderlo de otra manera como que el juez se opusiera conforme al interés público prevalente, sería vulnerar el principio acusatorio¹⁹⁰, principio rector del actual Código Procesal Penal aunque no está totalmente claro en la ley procesal.

El otro interesado puede ser una víctima o querellante que no fue parte de este acuerdo y por tanto no está siendo reparada del ilícito por lo que respecto a él, será condenado por los delitos que cometió. Pensemos hipotéticamente en un ataque masivo a todo el edificio de una cuadra donde hay oficinas, departamentos o bodegas que inhabilite el sistema de acceso a Internet, no será una sola víctima o un sólo imputado¹⁹¹, hay una pluralidad de individuos afectados bastante disimiles por el mismo ilícito, los cuales difícilmente podrán coordinarse o negociar entre ellos ya que existe información asimétrica de cuál es la posición de cada uno o como fue afectado, puede que ellos sufran las limitaciones del individualismo metodológico y el normativo que se le critica al AED, no logrando apreciar material y racionalmente su actuar sino que están movidos por otros deseos como el de venganza, buscando aplicar todo el rigor de la ley o no sepan realmente como puede estimar su reparación.

Es más puede que las víctimas se encuentren en distintas jurisdicciones por todo el mundo, lo cual impactará negativamente en cómo se logre una decisión centralizada al proceso ya que son múltiples autoridades centrales actuando mediante el convenio de Budapest colaborando entre sí, recabando y entregándose información. Estos Estados pueden tener por supuesto distintas legislaciones que no entreguen la posibilidad de otorgar estos acuerdos cerrando de plano la opción o quizá ni siquiera sean miembros de este tratado.

190 Videla L. (2002). Op. Cit p.319

191 Muchos ciberataques son llevados a cabo por grupos organizados de activistas que desde distintos puntos del mundo se coordinan para llevar a cabo uno de estos ataques o previa recompensa al ser contratados

La última y más difícil de todas, aunque parezca de perogrullo, es que no siempre tendremos a un imputado solvente o capaz de poder reparar el daño causado, puede no tener la capacidad económica para enfrentar esta situación o incluso si quisiera mediante el pago de lo obtenido que se configure la atenuante del Artículo 11 n.º7 del Código Penal¹⁹²

Esta es la forma más usual para lograrlo aunque no la única ya que puede existir una reparación simbólica cuando esta sea aceptada por ambas partes y sea lícita¹⁹³ Aunque aún pudiera quedar una última carta bajo la manga, la suspensión condicional del procedimiento.

6.2.2 Suspensión condicional del procedimiento

Como señalamos en el capítulo segundo, la suspensión condicional también es un acuerdo pero esta vez entre el fiscal y el imputado cuando la pena privativa o restrictiva de libertad probable luego de un estudio del caso sea inferior a 3 años de privación o restricción de libertad (es decir que no supere por ejemplo presidio menor en grado medio) no esté cumpliendo otra suspensión o no haya recibido una suspensión previa, para que luego el juez apruebe este.

Como aparece de la lectura de ambas instituciones, los acuerdos reparatorios tienen ciertas similitudes con la suspensión del procedimiento, ya que son acuerdos que eventualmente, con el cumplimiento de ciertas condiciones permiten que se dicte el sobreseimiento definitivo acabando con la responsabilidad penal del imputado, por lo que señalamos que podía ser considerado un medio bilateral de resolución de conflictos.

¹⁹² “Si ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias” “Si ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias”

¹⁹³ Videla L. (2002). Op. Cit. p.308

Pero existen grandes diferencias entre ambas que nos traen distintas consecuencias cuando las vemos ante los delitos informáticos sancionados por la ley 19223.

Porque la suspensión se pacta entre fiscal e imputado mientras que el acuerdo reparatorio se celebra entre imputado y víctima, lo que celebren fiscal e imputado puede ser por ejemplo contrario a los intereses de la víctima que quisiera una reparación pecuniaria¹⁹⁴ o cualquier otro problema de agencia o riesgo moral que antes señalábamos porque los intereses son diversos entre el fiscal y la víctima, las consecuencias económicas las soporta sólo la víctima¹⁹⁵, estos problemas ya se evidencian en parte de la doctrina que critica los métodos de cierre en base a metas de gestión cuantitativos, que generan estos incentivos¹⁹⁶

Los papeles en ese caso también se invierten respecto a quien se puede oponer a los acuerdos, ya que el fiscal y el juez de garantía pueden tener reparos sobre el acuerdo reparatorio como también la víctima puede apelar a la resolución que aprueba la suspensión condicional del procedimiento, aunque los motivos para oponerse son bastantes distintos. Ya que en el caso de impugnar la resolución que aprueba esta salida alternativa, se hace mediante un recurso de apelación, el cual es ordinario y de causal genérica para su procedencia. Por el contrario en el caso de querer oponerse a un acuerdo reparatorio, los fiscales sólo podrán invocar que hay un interés público prevalente o el juez si observa que versa sobre hechos distintos o el consentimiento estuvo viciado, por lo que será más factible lograr dejar sin efecto esta suspensión que un acuerdo si la Corte de Apelaciones comparte el criterio del apelante.

194 La excepción sería la letra e) del art 238 del CPP., pagar una suma a título de indemnizar los perjuicios a favor de la víctima.

195 Las consecuencias administrativas o políticas recaerían sobre el fiscal, en el caso de que su superior este disconforme a como se llevó el proceso.

196 En este sentido, los textos citados de Pasara, Luis (2009) ; DUCE, Maurice (2011) y CEJA (2013).

Respecto a sobre qué tipo de delitos, discutimos sobre el acotado alcance del acuerdo reparatorio en este sentido mientras que la suspensión condicional del procedimiento tiene un alcance más amplio en tanto se respete el límite temporal de no ser superior a una probable condena de presidio menor en grado medio (menor a 3 años) y no estar cumpliendo ya otra suspensión de procedimiento, no haber sido condenado anteriormente por crimen o simple delito o no haber obtenido este beneficio anteriormente, requisitos que al parecer no se encuentran en el acuerdo reparatorio pudiendo celebrarse los acuerdos necesarios, mientras sean respecto de otros hechos o delitos en que hubiera participado el imputado.

Sin embargo, el hecho de que el fiscal pueda llegar a un acuerdo que le imponga ciertas cargas que debe llevar a cabo el imputado puede conciliar en cierto sentido el fin de la prevención especial¹⁹⁷ con la más razonable reparación de la víctima y una eficiente distribución de los recursos para el Estado y quien sufre el ilícitos.

Esto porque el Fiscal encargado tiene bastante discrecionalidad en la forma y el contenido que le puede dar a la suspensión condicional del procedimiento ya que no hay mención a cómo llevarla¹⁹⁸ y también por la letra G) del Artículo 238 del CPP.

En este Artículo las condiciones que no son útiles para ninguna suspensión son las de las letras A),B), F) G, pues todas estas hablan de un control sobre el movimiento físico o su

197 Según Cury la prevención especial se enmarca dentro de las teorías relativas de la pena, por lo que su fin es ser un medio para prevenir el delito, esta busca ser un tratamiento que logre resocializar al delincuente para adaptarse a las normas de la colectividad y si no es posible (por ejemplo fallando a una de las obligaciones de la SCP) a neutralizarlo para proteger a la sociedad. En CURY(2010) op. Cit, pp. 68-71

198 La excepción sería que hubiera una instrucción general por parte del Fiscal Nacional al respecto.

permanencia lo cual es ridículo si sabemos que la mayoría¹⁹⁹ de estos delitos informáticos se comenten con un computador u otro dispositivo remoto a través de la red.

Así mismo la letra d) no parece contribuir, ya que cuando hablamos de delitos informáticos, entendemos que hay cierta sofisticación en estos por lo mismo el nivel educacional de estos delincuentes es mayor, entonces si espera que sigan ejerciendo su oficio u profesión²⁰⁰ ni siquiera repara en un mínimo a la víctima a menos que se condicione a que así logren juntar dinero para cumplir con la condición E)

La letra E) tampoco parece aplicar porque de haber dinero o bienes en su patrimonio, ya hubiéramos alcanzado un acuerdo reparatorio.

Así vamos reduciendo a tres condiciones de las iniciales para poder enfrentar este problema de una manera racional, eficiente y que genere conciencia en el imputado para poder reinsertarse de la mejor manera.

Conocer las circunstancias del delito puede ayudar a estimar también si la probabilidad de éxito de la re-inserción son más altas que las de reincidencia.

Porque los tipos penales de la ley 19223 exigen un cierto estado subjetivo de “malicia o ánimo” lo que según la historia de la ley indica que haya un dolo directo o al menos eventual de una representación de las consecuencias que produciría. Ciertamente es imposible entrar la mente del criminal pero con una investigación diligente o una colaboración sustancial de este que reducirá notablemente los gastos en esta, podremos descubrir el móvil que hay tras este delito.

199 Algunos dispositivos electrónicos que se utilizan para abusar del sistema informático, requiere un contacto físico, como las maquinas clonadoras de tarjetas electrónicas

200 Como por ejemplo de ingeniero o técnico en informática.

Delitos como el acceso indebido a la cuenta de Facebook de la ex pareja o sabotaje informático a un ex empleador pueden tener tras ellos motivos menos racionales y reiterados como celos o venganza del imputado a diferencia de un cracker²⁰¹ profesional.

Concurriendo estas circunstancias puede aconsejarse que se logre un acuerdo por la letra C), obteniendo ayuda profesional para este tratamiento durante lo que dure la suspensión. Así se condiciona el acuerdo, se coacciona al imputado a someterse a este que de otra manera no tendría el suficiente incentivo para lograrlo, se minimiza la pérdida social al continuar con un sujeto en libertad y no tras las rejas, se ahorran recursos del estado en continuar con el proceso y previene que el sujeto una vez reformado, siga cometiendo estas conductas.

Si el móvil es económico, AED nos dirá que tengamos cuidado con lograr un acuerdo ya que hay individuos que al cometer el crimen estarán cometiendo un delito sabiendo el riesgo pero enfocándose en mayores beneficios monetarios que en alto desembolso que significa ser aprehendidos²⁰² o también en que hay individuos amantes del riesgo que son insensible (inelásticos) a la variación de las condiciones impuestas por el sistema para una SCP o si las penas de la condena aumentan o bajan, ellos seguirán cometiendo los delitos²⁰³.

201 Un cracker es quien quiebra (crack en inglés) un código de un software o un sistema para vulnerarlo, popularmente se confunde esta figura con un hacker pero este es quien crea el sistema y a veces detectan fallas en la programación que pueden ser utilizados en beneficio propio.

202 BECKER, G. (1968) Op. Cit p.9

203 BECKER, G (1968) Op. Cit p 44, esto es especialmente sensible en aquellos delincuentes frecuentes del sistema penal, como aquellas bandas que se dedican al hurto simple o falta en supermercados, lo mismo podría aparecer de crackers habituales.

Por eso que utilizando la letra h) es en este aspecto es nuestra alternativa que podría ajustarse de mejor manera y más eficientemente, utilizando la discrecionalidad que tiene el Ministerio Público en un sentido positivo.

Por supuesto la realidad es más compleja pero en lo que nos puede aportar el AED en este sentido será de alinear los incentivos que tienen todos para lograr de manera más eficiente los objetivos propuestos anteriormente.

En general las propuestas deberían enfocarse a entregar por parte de los imputados información a las víctimas para evitar daños en el futuro, haciendo cursos de capacitación en materia de informática o en los sistemas que hayan sido vulnerados, logrando así que se prevengan delitos que pudieran sufrir en el futuro por parte de otros delincuentes, traspasando conocimientos al precio de evitar la cárcel, manteniéndose activos como consultores en seguridad mientras dure la suspensión acordada. Así el gasto en la persecución y mantener un recluso en un recinto penitenciario se evita, se disminuye la ganancia futura que pudieran obtener otros que puedan vulnerar el sistema informático, se incentiva al imputado a colaborar con la justicia y la policía al hacer esto, se reeduca en que puede lograr utilizando sus mismos recursos que uso para cometer ilícitos, para hacer una actividad que es socialmente deseable.

En un sentido similar, si hubiera más imputados o se estuviese siguiendo un proceso contra grandes grupos, podría ser útil acudir a la figura de la delación compensada²⁰⁴ para recompensar al primero que entregue al resto, otorgándole esta salida alternativa, lo que

204 En Chile la figura de la delación compensada está regulada a propósito de la ley 20361 que modifica el decreto ley 211 a propósito de la libre competencia “quien ha intervenido en una colusión debe aportar a la autoridad antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables “Señala la guía interna sobre delación compensada en casos de colusión de la Fiscalía Nacional Económica para eximirse o reducir sanciones.

traería significativos ahorros para la investigación en proceso contra los otros imputados y mayor carga probatoria a usar contra estos en el juicio, porque la prueba incriminatoria en materia informática puede ser muy frágil y difícil de conseguir porque como hemos señalado el estándar para condenar a alguien debe ser más allá de toda duda razonable.

¿Puede negarse a alguien el acceso a Internet como una condición válida del Artículo h)? Pudiera discutirse que viola la libertad de expresión (Art. 19 n°12, CPR), la vida privada (Art. 19°4, CPR), derecho a asociación (Art. 19 n°15), derecho a tener un hogar y comunicaciones privadas inviolables (Art. 19 n°5) como primer paso pero como gran parte de nuestras interacciones se hace a través de la red, por lo que también podría haber una vulneración a la libertad de trabajo(art.19nª16) adquirir bienes (art.19nª24) entre otros. Aun sin violar ciertas garantías constitucionales, la evidencia parece demostrar como en los recintos penitenciarios, los internos que debieran estar incomunicados, no obstante logran tener celulares e Internet. China bloquea contenidos pero las personas ingresan mediante VPN (Red privada Virtual) para saltárselos. Estos ejemplos nos muestran que es bastante impracticable negar el acceso a Internet a alguien, incluso si está en un recinto cerrado como la cárcel.

De todos modos respecto a cada delito deberá verse caso a caso para que no se produzcan injusticias con condiciones que pudieran ser cargas muy altas para el delito investigado (siendo preferible seguir con el juicio) o muy bajas sin cumplir con los objetivos propuestos (siendo entonces una defraudación de las expectativas de reparación de la víctima).

6.2.3 Salidas alternativas en sentido amplio descartadas y poco satisfactorias

Las salidas alternativas como el sobreseimiento definitivo y temporal, el archivo provisional, la decisión de no perseverar, incompetencia, principio de oportunidad entre otras, si bien desde el punto del AED son económicamente razonables por destinar recursos que de otra manera pudieran estar desperdiciándose en investigaciones con pocas probabilidades de éxito, no comprometieran gravemente el interés público u otra causa, no son términos “de calidad”²⁰⁵ para el proceso penal porque no se puede considerar que sea un medio de resolución de conflicto ya que no hay una deseable reparación de la víctima, ni siquiera simbólica que pudiera compensar el daño sufrido por el ilícito cuando existen otras maneras en las cuales se puede lograr un beneficio y maximizar el bienestar social, no sólo por cumplir con las metas de gestión a los cuales está sujeto el MP.

6.3 Aplicación de criterios de AED por parte de la Fiscalía

Se le hizo una encuesta a más de 20 fiscales respecto a los temas tratados en este trabajo para elaborar una pequeña recopilación de información sobre que está pasando en la realidad con la aplicación de las salidas alternativas en el marco de las investigaciones por la ley 19223 y si habían considerado el Análisis Económico del Derecho.

Pauta de preguntas

1. ¿Cuáles son los incentivos para terminar los procesos penales que son asignados a su cargo?
2. ¿Existen diferencias entre aplicar una salida alternativa en sentido estricto, sentencia penal o el principio de oportunidad?
3. ¿Cuál es la mejor salida alternativa más beneficiosa en su criterio?

205 De hecho al respecto los fiscales deben cumplir con un estándar mínimo de términos jurídicos de calidad que justamente se consideran como tales las sentencias definitivas, SCP y AR En CEJA (2013) Op. Cit P.77

4. ¿Por qué?
5. ¿Ha solicitado se aplique a letra h) del 238 del CPP?
6. ¿Bajo qué criterios la ha propuesto?
7. Señale alguna condición que haya propuesto, haya sido aceptada y crea que debería ser difundida.
8. ¿Ha trabajado en alguna investigación por hechos relativos a la ley 19223?
9. ¿Hay diferencias entre si la acción penal es iniciada por una querrela en comparación por una denuncia por hechos relativos a la ley 19223?
10. ¿Conoce el análisis económico del derecho?
11. ¿Ha aplicado criterios económicos en sus estas propuestas?
12. ¿Qué aspectos positivos cree que han tenido estos en el proceso?
13. ¿Qué aspectos negativos cree que han tenido estos en el proceso?
14. Indique la conformidad que tuvo terminar el proceso por aplicar una medida alternativa
15. Indique la conformidad que tuvo al terminar el proceso por una sentencia penal

Resultados

A pesar de ser enviada la encuesta de los más de 20 fiscales encuestados, sólo uno respondió a esta, por lo que no se pudieron extraer resultados, ni siquiera mínimos para poder hacerse una idea de lo que está pasando en la realidad, por las razones que hayan sido, no se recibieron respuestas.

Conclusiones

1. La ley 19223 desde su discusión en sala presentaba defectos y omisiones que auguraban posibles problemas en su aplicación tanto al proceso penal antiguo como el actual.
2. Las salidas alternativas son medios efectivos para descongestionar la carga de trabajo de tribunales y del Ministerio Público, estas son aplicables a los hechos que revisten caracteres de delitos sancionados en la ley de delitos informáticos, pero no son sugeridas por parte del Fiscal Nacional, ni tampoco como debieran ser propuestas.
3. Conforme vemos las estadísticas de la aplicación de la ley n° 19223, podemos notar que el delito informático en Chile sigue siendo poco significativo en el universo de ingresos que recibe el sistema a investigar, aún siendo marginales los casos, se identifican problemas en la investigación en el proceso antiguo y el moderno, como la ineficiente investigación llevada por los Jueces del Crimen y las limitaciones de la racionalidad económica entendida en términos estrictamente cuantitativos como metas de gestión para el Ministerio Público.
4. En la aplicación de la ley, al omitirse el fraude informático (aunque si existe respecto a otros hechos como los fraudes de tarjetas electrónicas bancarias), el ente persecutor termina acudiendo a otras figuras penales impropias pudiendo incluso estar vulnerando derechos de los imputados.

5. El Análisis Económico del Derecho es más que una herramienta de administración para no malgastar los recursos del Estado sino que nos presenta distintos conceptos de la economía que pueden aplicarse al Derecho, desde una mirada normativa para orientar la forma en que se pueden proponer las salidas alternativas por parte de los involucrados y desde una mirada descriptiva al analizar las posibles consecuencias de nuestra legislación y nuestras actuaciones como intervinientes en el marco del proceso penal, siempre entendiendo las limitaciones y las críticas que se le hacen a esta herramienta de análisis.

6. Con la entrada a formar parte del Convenio de Budapest, Chile ha asumido una obligación de reformar su derecho interno para integrar los delitos de su catálogo, por lo que el fraude informático debería ser parte de nuestro ordenamiento, como también a prestar colaboración a las investigaciones por delitos computacionales que se estén desarrollando por otros Estados requirentes quienes deberán hacerlo de forma recíproca, logrando de esta manera obtener más y mejor evidencia para aportar en un juicio por estos delitos considerados complejos (incluso mediante la extradición), lo que es ventajoso para adoptar una estrategia de, si buscar la sentencia condenatoria del imputado o de si mediante el estudio de los antecedentes, tratar de lograr una salida negociada por acuerdo reparatorio o una suspensión condicional del procedimiento.

7. La jurisprudencia demuestra una vez más los problemas de aplicación que se generan por los defectos de la ley, que pueden traer consecuencias negativas a futuro si no se consideran adecuadamente los delitos informáticos, mucho más si no se siguen las recomendaciones del convenio de Budapest, porque se necesita ponderar cuando es necesaria una sanción efectiva, ya que diariamente nos

hacemos más dependientes de la red, vamos transformando nuestros medios incluso de ejercer nuestra propia profesión mediante el portal de oficina virtual judicial o también puede repercutir en cómo se pueden llevar a cabo las sugerencias de salidas alternativas, porque ante la posibilidad de absolución en base a casos anteriores o similares, el esfuerzo de negociación en la etapa de investigación deberá ser mayor.

8. Los casos de delitos contemplados en la ley 19.223, defectuosos y poco comprendidos por la jurisprudencia, pueden dar lugar a resolver el conflicto penal por medio de las salidas alternativas del acuerdo reparatorio y la suspensión condicional del procedimiento ya que en principio las penas para estos hechos no superan los 3 años de privación o restricción o pueden ser considerados como delitos contra el patrimonio.
9. Los beneficios de aplicar los acuerdos reparatorios y las suspensiones condicionales en los casos que son posibles, son claros ya que se puede lograr una reparación y por tanto una resolución del conflicto penal, se evita la sobrepoblación penal, se logra la reinserción, no se generan antecedentes al imputado, se liberan los recursos a la investigación de otras causas o de otros procesos, en el caso de la suspensión condicional del procedimiento conforme a la condición abierta de la letra h) del Artículo 238, podemos ser creativos en orden de cumplir los mismos objetivos y lograr beneficios que para el acuerdo reparatorio, todo esto es eficiente y deseable desde la óptica de la justicia y la economía.
10. Por este medio, también se logra cumplir con los fines de la pena, respecto de la prevención especial y general mediante una adecuada negociación por un acuerdo reparatorio o una suspensión condicional del procedimiento, ya que el imputado puede ser resocializado al cooperar con la investigación, aportar datos a esta y tratar de reparar el daño causado, en caso de que falle, no podrá acceder a una nueva

salida alternativa en el futuro o peor aún, puede seguir en su contra el proceso suspendido por el acuerdo logrado previamente mientras que en el caso de los individuos que no pueden ser resocializados o su acción tuvo fines económicos y causaron graves daños la imposición de una pena al sujeto, se desincentiva a otros sujetos de cometer los mismos delitos y se afirma la vigencia de la norma, educando a los miembros de la comunidad, de acatar las leyes asociadas a los delitos informáticos.

11. Ahora hay ciertos límites que están establecidos tanto por el marco legal en cuanto a la procedencia como también a situaciones fácticas que hacen difícil que se logren acuerdos como salidas alternativas, tales como sujetos insolventes, reincidentes, dificultad de calcular el perjuicio o el beneficio económico reportado entre otros como también criterios de administración económica que han ido en desventaja del objetivo de justicia a las víctimas, ya que en la actualidad los criterios de metas de gestión del MP establecen como un término judicial tanto un archivo provisional, como una aplicación de principio de oportunidad entre otras salidas alternativas a la pena que no generan una resolución del conflicto, ni reparación de la víctima en pos de utilizar de mejor manera los recursos del estado en investigaciones que puede resultar extremadamente costosas e infructuosas, incentivando a los fiscales a seleccionar entre los casos asignados, los más sencillos para lograr mayor cantidad de estos términos y estar en estadísticas cuantitativas cumpliendo.
12. Por esto, un adecuado entendimiento del análisis económico del derecho nos permite observar como mediante la administración de justicia podemos buscar soluciones eficientes entendiendo las limitaciones de nuestros fallos (Artículo 3° del Código Civil, el efecto de relativo de nuestras sentencias frente a los precedentes de las Cortes basadas en el Common Law) con salidas alternativas como el acuerdo

reparatorio, ya que las partes tienen la mejor información para saber cómo fueron dañadas y como desean ser reparadas.

13. En el caso de la suspensión condicional del procedimiento, mediante la aplicación de la letra H) del Artículo 238, podemos exigir al imputado que desea no ser condenado, a colaborar con la justicia, sea mediante la entrega de información para que la víctima mejore sus sistemas de seguridad y evitar otras lesiones a esta, previniendo sufrir más delitos informáticos en el futuro, sea entregar antecedentes de cómplices en este y otros. En caso de la letra C), mediante el sometimiento a tratamientos psicológicos o psiquiátricos a imputados que han actuado motivados por otras razones distintas a las económicas.
14. El fundamento de ambas propuestas y como deben ser guiadas se encuentra por supuesto en los aportes que ha hecho el Análisis Económico del Derecho, que aun encontrará desafíos futuros sea por nuevos hechos o por la interpretación de una ley que a todas luces y gracias a la integración de Chile a este convenio, debería cambiar para un adecuado entendimiento de los delitos informáticos.

Bibliografía.

Libros, Tesis, Artículos y revistas

1. ALVAREZ FORTTE, HECTOR (2009), *Los delitos informáticos*. Revista "Corpus iuris regionalis número 9. pp.101-128.
2. ANGULO CIFUENTES, Ivonne(2006), el abuso del derecho y la responsabilidad contractual, memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile.
3. BALMACEDA HOYOS, Gustavo. (2011). El delito de estafa en la jurisprudencia chilena. *Revista de derecho(Valdivia)*, 24(1),59-5. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502011000100004>
4. BRENNER, SUSAN W. (2012). La convención sobre cibrecrimen del consejo de Europa. *Revista chilena de derecho y tecnología*, Centro de Estudios en Derecho Informático, Universidad de Chile 1, 221-238.
5. BECKER, GARY, Crime and Punishment, An economic Approach, 76 *journal of political economy* 169 (1968) Chicago, Illinios, United States of America.
6. CENTRO DE DOCUMENTACIÓN DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA (2004), *Las salidas alternativas en el nuevo proceso penal, estudio exploratorio sobre su aplicación*. Santiago, Chile.
7. Centro de Estudios de Justicia de las Americas (2013) *Persecución de delitos complejos, experiencia en la investigación criminal*. Santiago, Chile
8. CABANELLAS, Guillermo (2006). *El análisis Económico Del Derecho. Evolución Histórica, Metas e Instrumentos*. En *Análisis económico del derecho*(21-37). Buenos Aires, Argentina: Heliasta
9. CANES FAUCES, DULCE MARÍA, PÉREZ INFANTE, YAIMET, & CALLIS FERNÁNDEZ, SUREIMA. (2011). ***Acerca de los virus informáticos: una amenaza persistente***. *MEDISAN*, 15(2), 257-260. Recuperado en 22 de noviembre de 2016, de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1029-30192011000200018&lng=es&tlng=es.
10. CHAHUAN SERRAS, SABAS(2004), *Manual del Nuevo procedimiento Penal*, Cuarta edición,. Santiago, Chile.CALABRESI, GUIDO (1961) "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts," 70 *Yale Law Journal* 499 New Haven, Connecticut, United States of America.

11. CARRASCO DELGADO, NICOLÁS (2010) . “*La contracautela: Una mirada desde el análisis económico del derecho procesal*”. Revista de Derecho y Humanidades, N ° 16, V. 2, pp. 171-185. Santiago, Chile.
12. CARRASCO DELGADO, Nicolas (2012) “*Análisis Económico del Derecho de la tutela cautelar en la legislación civil en Chile*” Revista de Derecho. Escuela de Postgrado N°2 , pp.93-120.
13. CURY, ENRIQUE (2010) “**Derecho Penal Parte General**”. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile.
14. COASE, RONALD (1961), The problem with the social cost, Journal of law and economics 1, Chicago, Illinois, United States of America.
15. Contreras Clunes, Alberto. (2003). DELITOS INFORMÁTICOS: UN IMPORTANTE PRECEDENTE. *Ius et Praxis*, 9(1), 515-521. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122003000100023>
16. DAVARA RODRIGUEZ, MIGUEL ANGEL (2005.), *Manual de derecho informático*, 7a. ed. (revisada y puesta al día) Editorial Thomson Aranzani, Navarra, España.
17. DE LA MAZA, IÑIGO (2002)(coordinador) *Derecho y tecnologías de la información*. 1ª edición (abril 2002) Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho : Fundación Fernando Fueyo Laneri,.Editorial Alfabeta Artes Gráficas. Santiago, Chile
18. DURAN BRUCE, MARIA (2010), *Tratamiento del delito informático en Chile*, Memoria de grado. Profesor Guía Lorena Abarca Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Procesal.
19. DUCE, Maurice (2011) Diez años de la reforma procesal penal en Chile : Apuntes sobre su desarrollo, logros y objetivos, disponible en Internet <http://www.cejamericas.org/congreso10a_rpp/MAURICIO%20DUCE_10yeardeRPPenChile.pdf>
20. ESCÁRATE ANDRADE, N. (2015).Análisis del delito de uso fraudulento de tarjeta de crédito o débito contenido en la Ley 20.009. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/132589>
21. FRIEDMAN, MILTON y ROSE (1983), Libertad de elegir, Orbis ediciones, Biblioteca de economía.
22. GUEVARA MENDOZA, A. (2012).Aproximación a la problemática de la delincuencia informática, punibilidad y ley aplicable. Disponible en <http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/112851>.
23. LANDES,ELIZABETH M. and POSNER , RICHARD.A,(1978) “The Economics of the Baby Shortage,” 7 Journal of Legal Studies 323

24. LARA, JUAN CARLOS; MARTINEZ, MANUEL Y VIOLLER, PABLO (2014) “*Hacia Una Regulación De Los Delitos Informáticos Basada En La Evidencia*” Revista chilena de Derecho y Tecnología, centro de estudios informáticos. Universidad de Chile.
25. MATORANA MIQUEL, CRISTIAN ET AL (2010), *Derecho procesal Penal*, ed. Abeledo Perrot, legalpublishing. Santiago, Chile.
26. MAGLIONA MARKOVICTH, CLAUDIO PAUL (1999), *Delincuencia y fraude informático : derecho comparado y ley no. 19.223*, 1a. ed. Editorial Jurídica.
27. MENESES DIAZ CHRISTIAN ANDRES (2010), *Delitos informáticos y nuevas formas de resolución de conflicto penal chileno*. Santiago, Chile.
28. MILLALEO HERNÁNDEZ, SALVADOR (2015) *Los intermediarios de Internet como agentes normativos* en Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, Vol. XXVIII N°1 - Julio 2015, Páginas 33-54, Valdivia, Chile.
29. Ministerio Publico & Vera Institute of Justice (2003) *Analizando la reforma a la justicia criminal en Chile*, Santiago, Chile.
 Disponible en <https://www.vera.org/publications/analizando-la-reforma-a-la-justicia-criminal-en-chile-un-estudio-emp%C3%ADrico-entre-el-nuevo-y-el-antiguo-sistema-penal>
30. MONTT OYARZÚN, Santiago (2004). “Law & Economics: ¿*Esnobismo efficientista desalmado? Derribando dos mitos falsos*, Revista de Derechos y Humanidades, N°10, pp. 71-85. Santiago, Chile.
31. Schäfer, Hans-Bernd y OTT, CLAUS (1991)., *Manual de análisis económico del Derecho Civil*, Madrid, España.
32. Tena Arregui, Rodrigo (2010), *Instinto jurídico contra el análisis económico (con un comentario sobre las modificaciones estructurales)*, Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, Ponencia presentada en el VIII seminario Harvard-Complutense. Madrid, España.
33. Pasara, Luis (2009) *Clarososcuros en la reforma procesal penal chilena: el papel del ministerio publico Serie documentos electronicos n°3, programa seguridad y ciudadanía, recuperado del sitio de internet de la facultad latinoamericana de ciencias sociales, sede Chile*
<http://www.flacsochile.org/wp-content/uploads/2015/05/Clarososcuros-en-la-reforma-procesal-penal-chilena-El-papel-del-Ministerio-P%C3%BAblico.pdf>

34. POSNER, Richard (1998), *El análisis económico del Derecho*. Distrito Federal, México, Fondo de Cultura Económica.
35. POSNER, R. (1998), "VALUES AND CONSEQUENCE AN INTRODUCTION TO ECONOMIC ANALYSIS OF LAW" University of Chicago Law School, Program in Law and Economics Working Paper 53. Chicago, Illinois, United States of America.
36. RAPP ORTEGA, RAINER (2001), *El delito informático en Chile y en el derecho comparado*. Memoria de grado. Profesor Guía Vivian Bullemore. Universidad de Chile Facultad de Derecho, Departamento de Ciencias Penales.
37. ROMERO QUEZADA, B. (2016). Análisis de seguridad de la Tarjeta Bip! chilena como medio de pago. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/139911>
38. VIDELA L. (2002). LOS ACUERDOS REPARATORIOS A LA LUZ DEL CONCEPTO DE REPARACIÓN. *Revista de Estudios de la Justicia*, 13, 297-321.

Leyes y otras normas

1. Biblioteca del Congreso Nacional (BCN) (1993) Historia Fidedigna de la Ley 19.223
2. Código Civil
3. Código Procesal Penal
4. Código de Procedimiento Penal
5. Código Penal
6. Constitución Política de Chile
7. Convenio Sobre la ciberdelincuencia acordado en Budapest en 23 de Noviembre de 2001, ratificado por Chile en Abril de 2017.
 1. Decreto Ley 211 de 1973.
8. Ley 19.223 de 1993
9. Ley 19.626 de 1999
10. Oficio numero 60 de 2009 del Fiscalía Nacional, Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos económicos.

Páginas de Internet

- <http://www.minrel.gob.cl/chile-deposita-el-instrumento-de-adhesion-al-convenio-de-budapest-sobre/minrel/2017-04-21/175923.html>

- <http://www.latercera.com/noticia/la-historia-tras-el-polemico-acuerdo-judicial-en-el-caso-contra-activistas-que-tomaron-la-ex-sede-del-congreso/>
- <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2016/04/06/platas-politicas-ex-funcionarias-de-sii-solicitan-a-contraloria-auditar-a-la-entidad-por-evidente-y-grave-inactividad/>
- http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1029-30192011000200018&lng=es&tlng=es
- <http://www.telegraph.co.uk/technology/3357701/Bill-Gatess-dream-A-computer-in-every-home.html>
- <http://pocketnow.com/2013/03/27/smartphone-faster-than-pc>
- <http://www.elmundo.es/economia/2017/01/08/586fc1d222601d6f4b8b4584.html>
- <http://www.emol.com/noticias/Tecnologia/2017/05/12/858129/Ministerio-del-Interior-confirma-monitoreo-de-masivo-ataque-cibernetico-y-estudia-efectos-en-el-pais.html>
- <http://edition.cnn.com/2017/03/16/us/fbi-most-wanted-cyber-crimes/>
- <http://www.latercera.com/noticia/conoce-la-lista-de-los-10-virus-informaticos-mas-peligrosos-de-la-historia/>
- <http://www.latercera.com/noticia/la-arcaica-ley-informatica-chilena-que-mantiene-en-tierra-de-nadie-diversos-delitos/>
- <http://www.emol.com/noticias/nacional/2014/10/20/685986/misterio-de-transporte-bloquea-mas-de-19-mil-tarjetas-bip-tras-masivo-fraude.html>
- <http://www.emol.com/noticias/tecnologia/2014/10/18/685695/tarjeta-bip.html>
- <http://www.emol.com/noticias/tecnologia/2014/10/17/685578/aplicacion-que-hackea-la-tarjeta-bip-para-sumarle-saldo-circula-en-internet.html>
- <http://www.emol.com/noticias/nacional/2014/09/23/681470/sujeto-que-adulteraba-saldo-de-tarjetas-bip-fue-condenado-a-541-dias-de-presidio-remitido.html>
- <http://www.elmostrador.cl/mercados/2015/06/24/Articulo-penal-que-no-se-actualiza-hace-mas-de-140-anos-la-clave-detras-de-la-absolucion-del-caso-farmacias/>
- <http://www.revistavanityfair.es/actualidad/politica/Articulos/puede-un-meme-ser-delito-erdogan-gollum-cristina-cifuentes-condena-pionera/21609>
- <http://www.paginasiete.bo/sociedad/2017/4/6/codigo-penal-castiga-carcel-elaboracion-memes-133305.html>
- <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2003/06/04/inverlink-acreditan-que-pamela-andrada-fue-pagada-por-monasterio/>
- <http://ciperchile.cl/radar/a-10-anos-del-caso-inverlink-aun-se-avizora-un-largo-camino-judicial/>
- http://www.academia.edu/3074504/El_caso_Inverlink_Diez_A%C3%B1os