

VIRUS COMPUTACIONAL Y DERECHO PENAL*

Rodrigo P. Correa G.**

El autor alega que la protección de la propiedad sobre el software computacional mediante virus, configura una especie de autotutela, lo cual merece represión penal. En todo caso, Correa sostiene que tal conducta *no* es un delito contra la propiedad.

I. INTRODUCCION

Una empresa fabricante de software¹ diseña un nuevo y poderoso programa utilitario² de base de datos.³ Para evitar que el programa sea adquirido sin pagar los correspondientes derechos, la empresa fabricante le incorpora un virus computacional.⁴ El virus opera de manera tal que sólo se activa cuando se hace una copia más del programa de las que están autorizadas en el respectivo contrato

* Este artículo es una versión corregida de un trabajo presentado en el curso profundizado "Presupuestos Dogmáticos para la Sistematización de los Delitos Contra la Propiedad en el Derecho Penal Chileno", impartido por el profesor Miguel Soto Piñero, 5º año, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, 1991. Estoy agradecido de la ayuda que me prestó Matías R. Correa G., estudiante de ingeniería civil de la Universidad de Chile, en la aclaración de los conceptos técnicos de computación.

** Ayudante alumno de la cátedra de Introducción al Derecho, Universidad de Chile.

¹ Se llama *software* a un conjunto organizado de información, generalmente almacenada en sistemas magnéticos, que permite operar con el equipo (*hardware*).

² Un programa utilitario es un conjunto de instrucciones al computador (*software*) diseñado para que el usuario pueda usar éste según sus intereses. Por ejemplo, hay programas que hacen que el computador pueda ser fácilmente usado como un procesador de textos (una especie de máquina de escribir muy poderosa en cuanto a las operaciones con que cuenta), otros lo habilitan como planilla de cálculo, como mesa de dibujo, como base de datos, etc.

³ Una base de datos es un programa utilitario que permite guardar información, cruzar dicha información, acceder a ella según diferentes criterios, etc. Por ejemplo, con una base de datos un comerciante puede llevar un registro de sus clientes. En este registro puede tener el nombre del cliente, su domicilio, el volumen de sus operaciones, etc. Después puede acceder a la información mediante distintos criterios, por ejemplo, domicilio, nombre, volumen de operaciones, o varios de ellos combinados (ej.: clientes de Santiago cuyo volumen de operaciones sea superior a \$ 500.000 pesos).

⁴ El virus es en sí mismo un programa, si bien no utilitario. Es un conjunto de instrucciones que se le dan al computador para que realice ciertas operaciones, en este caso dañinas.

con la compañía distribuidora de software. Cuando se hace esta copia adicional, el virus queda pasivo en el original, pero se activa en la nueva copia. Como efecto de esta activación, el virus no sólo hace inoperante esta última copia, sino también inutiliza los archivos⁵ o programas con que entra en contacto.⁶ A su vez, estos programas contaminados con el virus propagan la enfermedad a otros.⁷ Se produce una progresión geométrica en el avance del **virus**.⁷

El fabricante de software informa de este virus en todas las unidades del nuevo programa.⁸

Una empresa que no tenía conocimiento de este virus adquirió el nuevo programa en forma clandestina. A consecuencia de la activación del virus, la empresa pierde gran parte de la información que mantenía en sus archivos computacionales, con pérdidas ascendentes a millones de pesos.

⁵ Un archivo es un conjunto de información. Los archivos pueden ser operativos o de datos. Un archivo operativo es uno que da instrucciones al computador para que realice ciertas operaciones. En otras palabras, es un programa. Un archivo de datos es un conjunto de información, pero que no contiene instrucciones para el computador. Por ejemplo, si yo estoy trabajando con un procesador de palabras, por una parte tengo un archivo operacional (el programa), pero por otra estoy creando un archivo de datos (el texto que yo estoy escribiendo).

⁶ Por ejemplo, yo estoy trabajando con un procesador de textos que me conseguí clandestinamente. El procesador está contaminado con un virus activo. Sin embargo aún no ha presentado síntomas que me hagan percibir que algo anda mal. Cuando ya he preparado el programa, empiezo a trabajar en un texto que había empezado hace varios meses. En ese momento, este archivo también se contamina, y se destruye la información que tenía almacenada.

⁷ Hay otras hipótesis que pueden surgir en torno a la cuestión de los virus computacionales. Por ejemplo, la creación por un usuario cualquiera de un virus con claras intenciones dolosas. No es mi interés analizar aquí esas hipótesis. Me limitaré al caso propuesto, por lo que este artículo no debe ser leído como reflexión global en torno a los problemas que puede plantear el virus computacional al derecho penal.

⁸ Si el fabricante no informa, las cosas se le hacen más complicadas. A mi me interesa rastrear el disvalor que pueda haber en la conducta del fabricante. Para ello le otorgo el beneficio de ponerlo en la condición más ventajosa que se pueda.

Casos como éste pueden presentarse en cualquier momento.⁹ El desarrollo de los virus computacionales es una realidad y ha causado pérdidas anuales por millones de dólares en todo el mundo. La probabilidad de que las empresas decidan proteger sus software con este recurso son más altas mientras más débil sea la protección legal y judicial a este tipo de propiedad intelectual.¹⁰

Cabe luego preguntarse qué aspectos jurídicos están involucrados en la protección de la propiedad sobre las creaciones de software mediante virus computacionales. La pregunta debe formularse tanto en el ámbito del derecho civil (responsabilidad extracontractual) como en el del derecho penal.

⁹ Por ejemplo, hasta donde tengo noticia, el programa DBase IV, una poderosa base de datos, está protegido con un virus computacional. Al parecer no son tantos los programas importantes que vienen con virus, pero la posibilidad de que las empresas acudan a este tipo de protección está al alcance de la mano y por esto es importante analizar sus consecuencias jurídico-criminales.

Creo pertinente al análisis que se hace en el texto central, la transcripción de una carta de don Edmund Grasty Cousiño, Presidente de Software Chile S.A., publicada en el diario *El Mercurio*, sección cartas, p. A2, 13 de marzo de 1992:

Señor Director:

En la noche del 4 de marzo, el noticiario de un canal de TV hizo un reportaje a un virus computacional que se activaría en la fecha de nacimiento de Miguel Angel (el famoso pintor). El reportaje pretendió ser una simpática alusión a la característica pseudohumana que han adquirido estas máquinas: un tiempo atrás se jugaba con la fantasía de que los computadores podrían pensar y reemplazar al hombre; ahora los computadores podrían enfermarse a través de un virus y requerir de un experto que lo sane. El reportaje terminó entrevistando a un "experto en informática" chileno, quien habría descubierto un "antídoto" para éste y todos los demás virus existentes en los computadores de hoy.

Mis comentarios son los siguientes:

1. El virus computacional no es una enfermedad sino una rutina computacional destructiva escondida en los paquetes originales de diversos fabricantes de software que se activa solamente al hacer copias no autorizadas (sin pagar licencia de uso) de éstos. El único propósito de estos virus es el de desincentivar el uso de copias "pirateadas" de los originales.

2. El entrevistado "experto en informática" no es un médico salvador, sino un eventual cómplice de quienes están cometiendo un delito penado por la ley.

¹⁰ Tanto da que no exista una adecuada protección legislativa como que, existiendo tal protección legal, ella no sea eficiente al someterse a los tribunales de justicia. Si las alternativas son protegerse con el virus o invertir enormes sumas de dinero en juicios eternos, la opción razonable está en elegir la primera de ellas.

A nosotros nos interesa en el presente trabajo hacer algunas reflexiones en torno a los problemas jurídico-penales que se presentan con este tipo de protección. Estas reflexiones abarcan diferentes cuestiones; entre otras: ¿es un delito penal el acudir a este tipo de protección? Si lo es, ¿cuál sería el delito de que se trata? Y si no lo es, ¿debe incriminarse? ¿Cuál o cuáles son los bienes jurídicos involucrados? ¿Cuál es el objeto material del delito? ¿De qué tipo de delito se trataría: de peligro, de resultado? ¿Cuál sería la faz subjetiva? ¿Quién sería el autor del delito?

II. ¿ES UN DELITO LA PROTECCION DEL SOFTWARE MEDIANTE VIRUS?

Vamos a pensar, a modo de mera hipótesis que luego discutiremos, que si esta conducta se encuadra dentro de algún tipo penal, ésta debe encontrarse en el catálogo de los delitos contra la propiedad.

Lo primero que debemos descartar son todos los tipos de hurto y robo. En todos ellos la conducta consiste en una apropiación. En nuestro caso, ésta está excluida por definición. El virus sólo destruye información, no la traslada de un patrimonio a otro.

También deben ser descartados los tipos construidos en torno al engaño. En nuestro caso estamos excluyendo el engaño desde un principio. En efecto, dijimos que el fabricante del software informa al público de la existencia del virus en los programas que vende.

Otros tipos incluidos en nuestro Código Penal en el párrafo de las estafas y otros engaños tampoco son aplicables. Así, la apropiación indebida, el furtum possessionis y la usura.

Descartados asimismo el incendio y otros estragos, sólo nos quedan las hipótesis de daños. Según el art. 484 del Código Penal "son reos de daño y están sujetos a las penas de este párrafo, los que en la propiedad ajena causaren alguno que no se halle comprendido en el párrafo anterior". De la sola lectura de este artículo aparecen dos problemas que hay que revisar. El primero se refiere al concepto de propiedad ajena. El segundo, a la relación de causalidad.

1. Propiedad ajena.

Si bien el art. 484 está ubicado en el título de los crímenes y simples delitos contra la propiedad, al hablar de la "propiedad ajena" no se está refiriendo al objeto jurídico del delito (bien jurídico) sino a su objeto material. El bien jurídico protegido por el tipo debe ser desentrañado por el intérprete mediante un análisis dogmático. Lo que la ley señala es el objeto material sobre el cual debe producirse el resultado típico.

En este sentido, la expresión "propiedad ajena" parece no presentar mayores problemas. Por propiedad debe entenderse aquello sobre lo cual existe derecho de propiedad, el objeto sobre el cual éste recae. Si una persona destruye el auto de su vecino comete el delito de daños; no por dañar su derecho de propiedad sobre el auto, sino por dañar el auto sobre el que se ejerce la propiedad.¹¹

En los delitos de apropiación se exigen ciertas características del objeto material tales como su aprehensibilidad.¹² Esto dificulta considerar como hurto las hipótesis de destrucción de archivos computacionales. Por el contrario, en los delitos de daños no parece existir ningún requerimiento en tal sentido. Según González Rus,¹³ las únicas exigencias que el delito de daños hace al objeto material son su materialidad y su valor económico. La materialidad estaría dada por su capacidad para ser dañado. En cuanto a su valor económico, es generalmente indiscutido el alto valor económico que tiene la información. Sin embargo hay un problema al respecto, aunque más bien teórico que práctico. El valor de la información suele ser, aunque no siempre, mucho más un valor de uso que de cambio. Esto podría ser importante a efectos de computar la pena. Felizmente la figura básica de nuestro Código Penal tiene asignada una sola pena, independientemente del valor de la cosa dañada. Si bien esto no es

¹¹ Lo cierto es que la solución no es tan simple. Al decir que el objeto material es aquello sobre que se tiene un derecho de propiedad, hemos dejado abierta la cuestión de qué se entiende por derecho de propiedad. Si se entiende por derecho de propiedad el significado que le da el derecho civil, puede resultar muy amplio en algunas ocasiones y muy estrecho en otras. El problema no puede resolverse aquí puesto que está en estrecha relación con el bien jurídico protegido. Sólo una vez determinado éste puede interpretarse correctamente la relación que debe existir entre el sujeto pasivo y el objeto material del delito de daños.

¹² Estoy siguiendo a González Rus, Juan José, "Aproximación al tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N° 12, Madrid, 1986, 130ss, 139ss.

¹³ *Id.*

cierto en algunas figuras agravadas, pienso que tampoco hay problemas prácticos. Tomemos por ejemplo la figura del art. 485 N° 5°, que se aplica a quien cause daños en archivos, registros, bibliotecas o museos públicos. En este caso la pena dependerá del importe del daño causado. Es importante resaltar que la ley habla del importe del daño y no del valor de la cosa dañada. El importe del daño no puede sino estar dado por el valor de uso que se perdió.

2. Relación de causalidad.

Las figuras de daños son delitos de resultado. Ello exige preocuparse del problema de la causalidad. ¿Puede decirse que el fabricante del software causa la destrucción de los archivos dañados? El asunto es muy importante porque parece difícil eliminar el delito en las otras etapas del injusto y de la culpabilidad.¹⁴

Si aplicamos la teoría de la equivalencia de las condiciones¹⁵ tenemos que la incorporación del virus en el software es efectivamente causa de la destrucción de los archivos. Sin embargo, como ha sido puesto de manifiesto por la teoría de la imputación objetiva,¹⁶ la teoría de la equivalencia de las condiciones sólo soluciona problemas objetivo-descriptivos. El problema que sigue es determinar cuáles de los resultados en sentido objetivo-descriptivo son normativamente imputables a una persona determinada.¹⁷

¹⁴ Es difícil imaginar que no exista dolo eventual. El fabricante sabe que su acción puede producir daño, sin embargo decide llevarla a cabo. Y no existe ningún argumento, al menos gramatical, para excluir el dolo eventual del tipo subjetivo del delito de daños.

¹⁵ La teoría de la equivalencia de las condiciones sostiene que es causa de un resultado todo factor que mentalmente suprimido hace que éste desaparezca. Al respecto ver Cury, Enrique, *Derecho Penal*, Parte General, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, 2ª ed., Santiago, 1988, pp. 242s, y Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Ed. Jurídica de Chile, 12ª ed., Santiago, 1987, pp. 66ss.

¹⁶ Sobre el particular consultar Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Vol. I, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 376ss. Para un enfoque crítico, ver Bustos, Juan y Elena Larrauri, *La Imputación Objetiva*, Ed. Temis, 1989, Bogotá.

¹⁷ "Pero no constituye algo obvio [...] que la relación causal *baste* siempre para poder afirmar la responsabilidad jurídico-penal del autor por el resultado, pues para el Derecho Penal lo esencial no es la relación de causa a efecto, sino únicamente la cuestión de si el resultado puede ser objetivamente *imputado* al sujeto desde el prisma de una justa punición." Jescheck, *op. cit.* en nota

En nuestro caso, la destrucción de los archivos, ¿es imputable conforme a criterios normativos al fabricante del software? Es indudable que la incorporación del virus aumenta el riesgo de que ocurra un daño en los archivos de los usuarios. Sin embargo, cabe preguntarse si tal riesgo sobrepasa los marcos aceptados por el derecho. Para ello es importante tener en consideración que nuestro fabricante ha informado al público del virus y de sus consecuencias. En este sentido el riesgo disminuye bastante y la actualización del daño depende en gran medida de la actitud consciente de los usuarios. Es cierto que la posibilidad de accidentes permanece; pero me parece que ése es un riesgo aceptable.¹⁸

3. Conclusión.

Me parece que, a pesar de ser muy semejantes, la conducta de nuestro fabricante de software no puede caer en el delito de daños. Ello sin perjuicio de que sí pueda haber un delito de daños en el caso de un fabricante que incorpora virus y no lo informa.

Creo además que también ésta es la solución adecuada mirado el asunto desde el punto de vista del disvalor de acción y el disvalor de resultado. Los delitos de daños son delitos en los que el disvalor de resultado es muy importante.¹⁹ Esto explica porqué la figura describe la acción típica como "causar un daño". Ello exige, a mi modo de ver, una gran "cercanía" entre la acción y el resultado. Cercanía que no aparece en el caso del fabricante, en el cual, por el contrario, éste hace lo posible porque no se produzca el daño. En el caso del fabricante lo relevante es el disvalor de acción y no el resultado. Su conducta es igualmente reprochable se produzca o no algún daño. Este último factor depende de demasiados factores que no están en el dominio del

16, p. 378.

¹⁸ La solución puede ser otra, y creo que así lo es, en el ámbito del derecho civil. Ello puede parecer contradictorio, pero no debería serlo si se considera que es diferente la esfera de protección de los delitos criminales de daños frente a los delitos y cuasidelitos civiles.

¹⁹ Al punto que el art. 486, en los tipos especiales, hace depender la pena del daño producido.

fabricante. No cambia mucho las cosas que producto de la actividad del virus resulten dañados archivos públicos en vez de privados.²⁰

En realidad, la conducta que nos ocupa no es per se punible, sin perjuicio que pueda serlo en determinados casos. Cabe preguntarse si esta es la solución más adecuada.

III. BIEN JURIDICO INVOLUCRADO

No cabe duda que la propagación de los virus computacionales puede ser extremadamente dañina para la propiedad. Sin embargo, esto de por sí no significa que esta conducta deba ser inculpada penalmente. Los mecanismos propios del derecho civil podrían resultar adecuados para evitar este tipo de daños. Sólo en la medida en que éstos fracasen en su control del virus computacional, entonces puede pensarse en la protección penal. Esto es coherente con una concepción del derecho penal como última ratio.

Mas, ¿es la propiedad el único bien que se ve afectado por la conducta de nuestro fabricante? La respuesta es negativa. Hay un bien de mucha mayor jerarquía que se ve afectado por este tipo de conductas: la administración de justicia. Este es un bien tan importante para el Estado moderno que puede decirse que, prima facie, todo atentado en su contra debe ser castigado penalmente.

En efecto, la incorporación de virus computacional a un software es recurrir a una forma de autotutela. Se protege la propiedad intelectual destruyendo la propiedad ajena. Y una de las bases del estado moderno es la proscripción de la autotutela. Son los tribunales de justicia los que tienen el monopolio de la solución de los conflictos de relevancia jurídica. No es aceptable que los particulares se defiendan por mano propia.

Esto significa que la conducta de nuestro fabricante debiera ser constitutiva de delito. Sin embargo, este delito debiera tener características diferentes a los delitos de daños. Características que vienen dadas por el bien jurídico que se busca proteger.

IV. CARACTERISTICAS DEL ILICITO

²⁰ Lo que haría aplicable la hipótesis del art. 485 N° 5° y no la figura básica de los arts. 484 y 487.

Si el bien jurídico que se ve afectado es la administración de justicia, el disvalor de acción es mucho más relevante que el disvalor de resultado. En efecto, el atentado al orden jurídico está dado por el recurso a mecanismos de autotutela y no por los posibles efectos de ésta. Es fundamentalmente el disvalor de acción el que da el carácter de injusto a esta conducta.

De esto se sigue que el delito en cuestión deba ser uno de mera actividad. No se ve porqué deba ser uno de resultado. Lo cual es sin perjuicio de que razones de política criminal que no imagino en este momento, puedan aconsejar que exista una condición objetiva de punibilidad.

Un problema más complejo es el que presenta la autoría. ¿Quién es el autor del delito? La cuestión es compleja porque gran parte del software comercial es diseñado por empresas de computación. Como las personas jurídicas no tienen responsabilidad criminal, se hace necesario buscar a las personas naturales que hayan participado en el hecho. Pero la situación se complica aún más si se tiene en cuenta que la mayor parte del software envasado que se comercia es fabricado en el extranjero. Resulta imposible que el Estado busque a los responsables en el extranjero. Tampoco parece razonable responsabilizar a los representantes o vendedores en el país. Esta es una cuestión compleja que queda abierta.

Hay otro problema de autoría que es de más fácil solución. Imagínese que Pablo, un adquirente legítimo del software, copia éste para un tercero, sin indicarle la existencia del virus. Me parece evidente que Pablo no comete el delito contra la administración de justicia. Su conducta no afecta ese bien jurídico. Él no está protegiendo su propiedad. Lo que podría haber aquí es un delito de daños. En este caso sí parece ser posible la imputación objetiva que no existía en el caso del fabricante.

V. CONCLUSION

Los delitos contra la propiedad no permiten castigar al fabricante de software que protege su producto con la incorporación de virus.

Esto es así porque su atentado no va dirigido directamente contra la propiedad, sino contra la administración de justicia. Si bien ello puede significar un daño a la propiedad ajena, este daño no merece por sí solo la tutela penal.

En cuanto atentado contra la administración de justicia, la protección de software mediante virus exige la prohibición penal mediante un delito especial, que considere las especiales características de este bien jurídico y de la conducta en cuestión.