

Cómo enseñar Derecho Constitucional

ALFREDO QUISPE CORREA

Catedrático de Derecho Constitucional

I

En mil novecientos ochenta y cinco Domingo García Belaúnde publicaba un artículo sobre "Cómo Estudiar Derecho Constitucional", que reeditaría y ampliaría en mil novecientos noventa y tres en el segundo tomo de su "Teoría y Práctica de la Constitución Peruana". Su preocupación incidía en una metodología del aprendizaje más que en una metodología de la enseñanza. Y destacaba que *"el estudio de la constitución no podía estar alejado del avatar político"*¹.

Desde entonces mucha agua ha corrido bajo el puente y lo que era una inquietud docente es hoy una realidad que obliga a repensar los contenidos del derecho constitucional. El problema radica allí, lo que no significa que se deje de enseñar el derecho constitucional sino que se debe buscar una nueva forma de explicar el derecho constitucional. La globalización no sólo afecta a la economía y a las comunicaciones, también ataca al mundo del derecho y, en especial, al derecho constitucional.

Si se hablara de una "crisis" del derecho constitucional, (la Real Academia dice que es una mutación para

agravarse o mejorarse, momento decisivo, situación en que está en duda la continuación, modificación o cese), no se dramatizaría. Pero debe ser una crisis que conduzca a la perfección si se propone un nuevo orden legal que diseñe otras jerarquías.

André Hauriou² al escribir sobre "Los problemas que resultan del subdesarrollo...", abordaba las dificultades que las desigualdades provenientes de esa situación creaban a la vigencia del derecho constitucional: "La obsesión por el hambre que hay que aplacar"³.

Le explicaba la ausencia de un mínimo de sentido cívico que, más tarde, diera lugar a la controversia sobre el desarrollo en democracia, democracia primero y desarrollo después, primero desarrollo y después democracia. Temas centrales en la discusión política en América latina y causas de diversas infracciones constitucionales.

Sin embargo la orientación de este artículo no aborda esas premisas. Quiere colocarse al centro de una situación de orden ideal para explicar las dificultades que pavimentan el camino de la enseñanza del derecho constitucional. De ellas, los intereses de los

¹ García Belaunde, Domingo.- "Teoría y Práctica de la Constitución Peruana".- Tomo II.- Ediciones Justo Valenzuela.- Marzo de 1993.- Lima, Perú.- Pág. 167.

² Hauriou, André.- "Derecho Constitucional e Instituciones Políticas".- Colección Demos, ediciones Ariel.- 1971.- Barcelona, España.- Pág. 818 y sgtes.

³ Hauriou, André.- Op. Cit. Pág. 821.

inversionistas y los llamados imperativos ecológicos, el tráfico de mujeres y niños, el lavado de dinero, el narcotráfico, la extensión de la economía a mercados insospechados, la defensa y protección de los derechos humanos, la democracia representativa. Intereses, ideologías, modelos políticos que se entrecruzan e influyen de diversas maneras en las decisiones que tiene que adoptar un gobierno y en las explicaciones que el profesor debe a sus alumnos.

Hay que hallar sentido a los contrastes que no se reducen a los enumerados. Pero esas explicaciones relativizan al derecho constitucional. Son hechos que desjerarquizan a la norma constitucional: ¿podemos seguir diciendo que cuando hay incompatibilidad entre dos normas de diferentes jerarquías se prefiere la constitucional? ¿Y el derecho internacional? ¿Cómo explicar la necesidad de atraer inversiones y darles un marco de seguridad, si la constitución impidiera la repatriación de utilidades? *¿Se impone el corsé constitucional o la urgencia de pagar la deuda social a través de la justicia?*

En el capítulo III, del tomo II del "Curso de Derecho Político", del maestro español Pablo Lucas Verdú, se habla de la crisis del Derecho Constitucional y de la constitución. Allí destaca la importancia de la Ciencia política y la relativización de la constitución, explicada por "la disonancia entre norma y realidad"⁴ que sería una disonancia.

Porque hay que "creer" en normas que no tienen correspondencia con el mundo real. Compartimos ese punto de vista pero nuestro enfoque va también hacia el conflicto entre Derecho Constitucional y Derecho Internacional, entre Tratado y Constitución.

Las preguntas anteriores encierran múltiples respuestas por lo que es oportuno ensayar algunos ejemplos. La teoría política que se estima democrática pone énfasis en la soberanía del pueblo, en la importancia del sufragio y en el desarrollo de un modelo

mecanicista que permita que "el poder controle al poder". La constitución señala las funciones de cada uno de los diversos órganos constitucionales: el administrador o ejecutivo, el legislativo, el judicial. Triada tradicional que ha sobrevivido en el tiempo.

Pues bien, resulta un axioma que, para que el poder controle al poder, cada funcionario cumpla taxativamente lo que dispone la constitución. Si no es así el modelo se tambalea. Más, ¿qué ocurre si en virtud de un proceso electoral immaculado el pueblo decide apostar en gran mayoría por una agrupación política determinada? Adiós "separación de poderes", "adiós control del poder". ¿Cómo explicar a los alumnos esta confusión a partir del enunciado constitucional que el congreso, por ejemplo, puede interpelar y censurar a los ministros, pero que no lo hace por disciplina "partidaria"? ¿Apelaremos a la ciencia política para descifrar el misterio? Lo que no es solución ideal porque entonces se debe admitir que el mundo de creencias constitucionales se ha derrumbado. Que han desaparecido parámetros, los paradigmas.

Veamos otro: si la carta dice que los fallos del Jurado Nacional de Elecciones son irrevisables en sede judicial, ¿puede una instancia internacional dejarlos sin efectos? ¿Lo que queda expresamente prohibido al ciudadano peruano por mandato de la constitución, está permitido a un tribunal internacional? O lo estaría si el gobierno nacional se somete a esas pretensiones.

Hay que considerar que el magistrado nacional puede ser objeto de tacha si se presume su falta de imparcialidad, que responde penalmente si incurre en prevaricato y tiene responsabilidad civil que se traduce en una indemnización, mientras que el magistrado internacional goza de un status que lo hace prácticamente intocable e irresponsable.

Otro caso es el de la aparición de asociaciones nacionales e internacionales, éstas últimas que responden a

⁴ Lucas Verdú, Pablo.- "Curso de Derecho Político".- Volumen II.- Cap. III.-Tecnos 1983.- España. Pág. 452.

intereses geopolíticos ajenos al nacional y que influyen en los gobiernos de determinados países para obtener comportamientos interesados. Se les puede incluir dentro de los llamados grupos de presión. El problema consiste en que, mientras el congreso y el ejecutivo están sujetos a una serie de responsabilidades y son elegidos por sufragio universal y directo para ejercer el poder, estas asociaciones, cuyos integrantes han resuelto sus medios de subsistencia sin tener ninguna responsabilidad por la consecuencia que deriven de sus actos, se dedican a "cogobernar". Se desplaza, así, el control del poder de la órbita del derecho constitucional hacia las fronteras de la ciencia política. ¿Pero apelar continuamente a esta ciencia no es la mejor prueba de la precarización del derecho constitucional? Es el mundo de las creencias constitucionales lo que está en crisis y ese fenómeno afecta la enseñanza de esta disciplina. ¿Qué hacer, entonces?

Un paso importante sería reunirse en un congreso de especialistas para discutir este tema. Otro tramo sería definir las opciones entre monismo y dualismo y, si se optara por el monismo, construir un nuevo mundo de implicaciones legales a partir de la norma internacional, porque sería una presunción vana para un estado pequeño querer derivar el derecho internacional del derecho nacional. Si se avanza en este sentido habría que reformar la constitución para que la consecuencia inmediata se refleje en la coherencia del nuevo orden y evite seguir padeciendo esta esquizofrenia legal que sólo contribuye a confundir más al ciudadano, en lugar de ayudarlo a salir de la crisis.

II

Inicialmente pensé en escribir sobre la desvalorización de la constitución. El sentido del término desvalorización apunta al disvalor, a la pérdida de jerarquía, hecho que puede ocurrir por diversas causas: una de ellas, su incumplimiento, su violación permanente. Las personas dudan de su importancia si de manera constante quienes deben dar ejemplo de observación constitucional, la violentan. Otra causal

puede residir en su poca difusión y la redacción de las normas en forma complicada, extraña para el común de las personas; lo que es una cuestión de pedagogía.

El enfoque que queremos ratificar partiendo del desvalor se refiere al mundo de la globalización que, más allá de sus alcances comerciales y económicos, influye en los sistemas políticos *subordinando la constitución no sólo a los tratados sino a las "decisiones" adoptadas por gobiernos extranjeros*. Se acepta que las variables políticas por las que transitan sociedades modernas pasan por la democracia representativa, el estado de derecho, el respeto y promoción a los derechos humanos, protección del medio ambiente, la guerra al narcotráfico y al lavado de dinero, el tráfico de menores y mujeres. Esas políticas están contenidas en tratados que deben cumplirse.

El punto de preocupación reside en lo siguiente: hemos aprendido y enseñamos que la Constitución es la ley de leyes, que sobre ella no existe norma alguna, que responde a la decisión soberana de un pueblo y configura la existencia de un estado independiente en lo exterior y que goza de autonomía en el interior. Hemos convertido en un dogma que, cuando existen incompatibilidades entre normas de diferentes jerarquías, rige la superior y, si el conflicto se da con la ley fundamental, prevalece la Constitución. Todos esos temas aprendidos y los exponemos en clases.

Pero resulta que hoy en día, sin que el sistema peruano esté afiliado al monismo, se arguye que el derecho internacional prevalece sobre el derecho nacional, a pesar que la constitución reitera que el tratado vigente forma parte del derecho interno y le da rango de ley cuando dice, en el artículo 200, inciso 4), que procede la acción de inconstitucionalidad contra las normas que tienen rango de ley, listado en el que coloca al tratado. Si la Constitución dice, de manera expresa, que el tratado tienen rango de ley, debería disiparse cualquier duda, pero no es así. Comentaristas nacionales, bajo influencia espiritual de la

globalización sostienen que el tratado prima sobre la constitución, sin exponer argumentos convincentes.

Si el razonamiento fuera consistente habrá que olvidarse de la cosa juzgada, del indulto, de la amnistía, porque hay tratados que no les reconocen valor alguno, como en el caso de la Corte Penal Internacional. También habría que prescindir de la norma que dice que las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones no son revisables, porque hoy en día se las impugna ante las Cortes Internacionales con ese fin.

Hay más, la Constitución dice que nadie puede interferir en un proceso judicial en trámite, ni suspender sus decisiones, sin embargo una Corte Internacional notifica al gobierno peruano para que disponga se suspenda un proceso penal entre particulares. ¿Quién queda obligado a cumplir la carta es el ciudadano peruano y la autoridad, mientras que queda totalmente excluida de respetarla la Corte Internacional?

Estos son ejemplos irrefutables que apreciamos todos los días y afectan no sólo al Perú. Otras naciones comienzan a sentir las presiones de los organismos internacionales y no saben qué hacer, si cumplir la constitución y disponer que todos los ciudadanos la cumplan, o violentarla accediendo a las presiones internacionales pero exigiendo a todos los demás, a todos los que carecen de imperio, que la sigan obedeciendo. ¿No es un caso para meditar? ¿Se puede seguir enseñando derecho constitucional bajo esos límites? ¿No es hora de generalizar la vigencia y valor de las normas supranacionales, por encima de las cartas nacionales, adecuando éstas a lo que contienen los tratados?

Para dar otra pista de este desconcierto se puede recordar que hay Tratados que no reconocen el antejuicio y consideran que, a pesar de lo decidido en un caso de antejuicio constitucional, hay juzgados competentes para juzgar a cualquier funcionario así la constitución les acuerde un procedimiento especial que los libere. ¿Qué hacer en esos casos? La marcha

del mundo hacia una centralización política, jurídica, comercial, parece inevitable. Si es así, ¿se aceptaría esta invitación para sentarnos y discutir cómo debemos enfocar la enseñanza del derecho constitucional?

No se crea que es sólo una preocupación. Hay otras que se siguen alimentando del derecho internacional. Hay diversos tratados que consagran el principio de no-intervención; esto es: que ningún estado por poderoso que sea debe inmiscuirse en la vida interna de ningún país. Sin embargo, ocurre todo lo contrario, naciones grandes y también pequeñas envalentadas por el respaldo de ese nuevo "árbitro" en que se ha convertido el gobierno de los Estados Unidos, intervienen diariamente en la vida de naciones ajenas.

Fijan pautas de política interna, recomiendan leyes, proponen acciones policiales, intervienen en materia electoral olvidando que su propia carta les recuerda que el pueblo tiene derecho a darse la forma de gobierno que crea conveniente. Pero no lo aceptan: hoy en día hay que darse la forma de gobierno que quiere el árbitro, basándose en estándares que ha creado y nadie conoce. Resulta insólito lo que ocurre, porque hay intervenciones que apelan a la definición de las armas, prescindiendo de lo que digan las Naciones Unidas y la doctrina respecto a la soberanía. ¿Qué hacer? ¿Cómo enfocar el derecho constitucional? ¿Lo revisamos y lo subordinamos totalmente al derecho internacional?

El principio de no-intervención no es un tema ajeno a los profesores de Derecho Constitucional, cuando se habla de soberanía. La historia demuestra que los grandes Estados han intervenido siempre en la vida interna de los Estados pequeños. La igualdad de los Estados es un principio que no ha tenido vida efectiva. Se pueden citar variedad de ejemplos, antiguos y recientes, en que este principio aparece vulnerado.

A pesar que existe en los tratados internacionales el imperativo del *pacta sunt servanda*, (cumplimiento de lo pactado), no se acata cuando el conflicto se da entre

estados de diferente potencia o cuando, a pesar que dos países tienen debilidades internas, uno de ellos resulta respaldado por el poderoso que quiere imponer su interés. ¿Cómo explican este principio los internacionalistas? Los profesores de Derecho Constitucional tenemos grandes limitaciones cuando hablamos de la soberanía, de la no-intervención y de la autodeterminación como rasgos de esa soberanía y alguien cita el caso de Haití o Panamá, en años recientes.

La autodeterminación de los pueblos significa que pueden optar por la ideología y la forma de gobierno que crean conveniente. El principio de no-intervención garantiza la libre determinación, otro componente de la soberanía. ¿Se cumple en el mundo de hoy? Hace poco se realizaron elecciones en Austria y fue proclamado el candidato vencedor pero como no era del agrado de gobiernos de otros países poderosos hicieron tal tipo de presiones que lo obligaron a dimitir. Tuvo que sacrificarse para no perjudicar al pueblo que lo había elegido. ¿Funciona el principio?

Otro caso fue Albania. Y en ambos el interventor fue el gobierno de Estados Unidos, el mismo que habla de estándares internacionales para evaluar la democracia y que acepta que en las elecciones de su país los medios de comunicación actúen inequitativamente y permite mediante el argumento que el sufragio no es obligatorio que cerca del cuarenta por ciento de los ciudadanos no participen en su proceso electoral para elegir Presidente de la República. Y qué decir del racismo que impregnan las decisiones de sus tribunales.

La libre determinación de los pueblos, la autodeterminación, es otro componente de la soberanía y, si

bien aceptamos que éste no es un término absoluto, que su significado se ha relativizado y que es más propio hablar de interdependencia, no es posible irse al otro extremo y justificar las constantes violaciones de esas pequeñas fronteras de soberanía que sobreviven.

III

Si somos reiterativos es por la preocupación que origina este mundo que desapareciendo abre paso a uno nuevo que no alcanzamos a configurar. De la tecnoeconomía que trajo problemas de orden moral, de derechos de autor, de respeto a la dignidad y a una nueva forma de economía, transitamos a la bioeconomía que dará énfasis a otro tipo de actividad comercial, industrial, ética y que obligará a repensar el derecho constitucional y la forma en que lo enseñamos.

En dos oportunidades en el presente trabajo se ha invocado la necesidad de que se reúnan los profesores de Derecho Constitucional a nivel nacional para estudiar, discutir y proponer caminos que conduzcan a la coherencia en la enseñanza de esta disciplina. Reitero: si el orden internacional se estrecha en un nuevo modelo, como presagiaba Toynbee, no queda otra alternativa que privilegiar al Derecho Internacional. Sería una forma de adelantarse alguna vez a los acontecimientos y a no ser avasallados y prisioneros de los cambios. Dejemos para el derecho interno que ciertos fenómenos los explique y justifique la ciencia política. Entre tanto busquemos un nuevo lenguaje constitucional con qué entendernos todos los mortales. ^{D&S}

III. SOBRE LOS DELITOS INFORMÁTICOS

Cuando el estratega militar chino Sun Tzu reveló las pautas a desarrollar en el Arte de la Guerra (pautas que son ampliamente citadas y utilizadas en diversos niveles competitivos en que se desenvuelven las relaciones humanas) aseguró que un sabio líder conoce los movimientos del oponente a través de los cinco espías básicos (el local, el interno, el contraespía, el muerto y el vivo quien regresará a informarle) Definitivamente este gran filósofo nunca se imaginó que dos mil años mas tarde existirían “espías” que podrían captar, alterar o destruir la información valorada por las empresas a kilómetros de distancia sin dejar el menor rastro que les permita ser identificados. Ellos son quienes constituyen una verdadera amenaza al soporte lógico de las computadoras, a la información contenida en ellas así como a las actividades que dependen del normal funcionamiento del sistema.

Para el Departamento de Justicia Norteamericana, delito informático es cualquier acto ilegal en relación con el cual el conocimiento de la tecnología informática es esencial para su comisión, investigación y persecución. De otro lado la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo los define como “cualquier conducta no ética, o no autorizada, que involucra el procesamiento automático de datos y/o la transmisión de datos”. Al respecto Miguel Gómez⁴ señala que un delito informático es el conjunto de comportamientos dignos de reproche penal que tienen por instrumento o por objeto a los sistemas o elementos de técnica informática, o que están en relación significativa con ésta, pudiendo presentar múltiples formas de lesión de variados bienes jurídicos.

Es oportuno señalar que numerosas clasificaciones doctrinales se basan en distinguir los delitos informáticos a partir de dos criterios: como instrumento (o medio) u como fin (u objeto). Nosotros en

cambio; clasificamos las acciones cometidas por estas personas susceptibles de ser consideradas como Delitos Informáticos, a partir de las acciones cometidas sobre los sistemas por cuanto consideramos que la información, el elemento lógico del sistema, se constituye en sí misma como un bien materia de protección jurídica.

3.1. *Delitos de Captación de información*

Es todo acceso no autorizado a la información contenida en los sistemas. Esta actuación suele constituirse en una etapa previa hacia la comisión de un delito mayor. Se puede dividir en:

3.1.1. *Hacking*⁵

La intrusión busca una satisfacción moral, interna o un reconocimiento social.

3.1.2. *Espionaje Electrónico*

El acceso es motivado por el interés de lograr una ventaja económica de la información obtenida.

A modo de ejemplo podemos señalar la violación del correo electrónico o la obtención indebida de claves de acceso de los usuarios.

3.2. *Delitos de Destrucción de Información*

Busca impedir, al titular o a la persona autorizada, el normal acceso de los programas informáticos al inutilizarlo destruir el soporte lógico de un sistema computacional. Estos a su vez pueden ser dos tipos:

3.2.1. *Sabotaje de Datos*

Impide el normal acceso a los datos almacenados, como sucede al borrar documentos sobre contabilidad, planes de inversión, cartera de clientes, etc.

⁴ GÓMEZ PERALS, Miguel. Los Delitos Informáticos en el Derecho Español EN Informática y Derecho N° 4. setiembre 1992.

⁵ Suele diferenciarse al hacker del cracker en la medida de que éste último a pérdida toda filosofía o principio de conocer y explorar buscando únicamente satisfacciones económicas o la inutilización de los sistemas.

3.2.2. Sabotaje de Programas

Impide el normal acceso a los sistemas informáticos, por ejemplo, eliminar archivos de Word, Excel, etc

Estas acciones pueden ser realizadas por quien tenga un acceso físico directo a la unidad o ejecutadas a distancia a través de un virus informático⁶. En el Perú los virus pueden ser creados en media hora por quien tenga un mínimo de conocimiento de computación debido a la abundante información que se puede conseguir para ello en la red⁷. Los casos más comunes son los macrovirus anexados (attached), sucede cuando se recibe un mensaje de un correo electrónico familiar con un archivo anexado, y en consecuencia el usuario al intentar abrir el archivo adjunto, está convirtiendo a su computadora en portadora de un virus.

3.3. Delitos de Alteración de Información

Son los delitos de manipulación no autorizada de la información en provecho del agente o de un tercero. Así, tenemos entre ellos:

3.3.1. Alteración Informática

Modificación de la información contenida en los sistemas, puede comprender una previa destrucción de la misma.

3.3.2. Estafa Electrónica

Es habitual encontrar esta modalidad clasificada en un rubro independiente⁸. Por nuestra parte, consideramos al igual que Ventura Monfort⁹, que existe una

gran proximidad entre la estafa y el hurto, produciendo infracciones penales conexas en el ámbito informático, por ello a nuestra razón lo relevante es la manipulación informática no autorizada de los sistemas de procesamiento de datos que generará como consecuencia que se le prive al titular de la disponibilidad de su bien.

Entonces pues, la estafa informática no es otra cosa que la manipulación informática no autorizada realizada con el fin de provocar en el sistema, usuario o en el servidor un error que origina una "transferencia" patrimonial.

a. Técnica del Salami: es la modificación de las instrucciones del programa con el fin de realizar transferencias no autorizadas de dinero (por lo general en sumas muy pequeñas) de unas cuentas a otras. Un ejemplo común es el Redondeo que consiste en llevar los decimales de las cuentas a cero, así, una que tenga en su haber S/ 9'163,657.15 al ser manipulada queda con S/ 9'163,657.10 cifra que pasará imperceptible, pero que sumadas a otras podrían ser exorbitantes.

b. Datos Falsos: se modifican las instrucciones con el fin de que las operaciones de ingreso o salida de dinero se destinen a una cuenta no autorizada. También se puede buscar confundir al programa sobre la identidad del verdadero dueño del dinero.

3.3.3. El Hurto Electrónico

Modificación no autorizada de la información para

⁶ Este nombre fue dado en 1986 por Fred Cohen a los programas que pueden modificar a otros para incluir una copia posiblemente evolucionada, de sí mismos hasta el infinito, clasificándolos como Trojan Horse (Caballo de Troya) y Worms (gusanos). Aunque estos programas se remontan hacia 1942 cuando por primera vez John Von Newman presentó unos con la capacidad de multiplicarse y esparcirse en la memoria sin la intervención del programador, fue recién hacia 1987 cuando los virus mostraron su poder destructivo al aparecer Brain, el primer virus para PC con sistema operativo MSDOS.

⁷ Estadísticas actuales señalan que el 95% de los virus nacionales lo conforman la familia de macrovirus de Word y Excel, cifras lógicas si tenemos en cuenta que cualquier estudiante de sistemas conoce el Visual Basic (lenguaje en que son creados los macrovirus). Según Network Associates y McAfee Antivirus. Huesped no deseado. P.12 En PC WORLD Lima. N°193 Mayo 1999.

⁸ Así lo considera: BARRIUSO RUIZ, Carlos. Interacción del Derecho y la Informática, Madrid, 1996, p.245-252. JOVER PADRÖ, Josep. El código penal de la informática, Pamplona, 1997, p.360-365. DAVARA RODRIGUEZ, Miguel Angel. Manual de Derecho Informático. Pamplona: Arazandi, 1997, entre otros.

⁹ VENTURA MONFORT, Joaquín. La estafa cometida mediante la utilización de medios informáticos. Castellón 1997.

obtener bienes ajenos. Nos referimos al “robo de tiempo”, “suplantación de personalidad” o la copia ilegal de programas en el caso de por ejemplo, las adquisiciones directas, esto último sucede, a raíz de que el comercio electrónico a través de Internet puede realizarse en forma indirecta cuando se adquieren bienes materiales que necesitan un posterior envío y en forma directa, cuando se venden servicios o información sin necesidad de realizar los clásicos trámites aduaneros. La venta de música o libros que necesitarán ser grabados o impresos por el comprador en su propia unidad constituye un ejemplo de venta directa. En estos casos existe la posibilidad de acceder ilícitamente a los programas que manejan estos servicios y obtener en beneficio propio o de un tercero los bienes ofrecidos. La tendencia actual es considerar el comercio de un producto digitalizado como un servicio donde el mayor valor agregado se encuentra en haber convertido precisamente el bien en un producto digitalizado.

Una vez presentado una aproximación al conocimiento de los delitos informáticos intentaremos exponer el ámbito de protección que ofrece la legislación peruana al respecto.

IV. LOS DELITOS INFORMÁTICOS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Es preciso resaltar que nuestra Constitución consagra al Principio de Legalidad como una garantía fundamental para toda persona, (principio recogido a su vez por el artículo II del Título Preliminar del Código Penal) así pues, al señalar que “*nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley*” nos obliga a actuar cautelosamente al encuadrar estos actos que

atentan contra la información (manejada a través de la informática), como tipos penales regulados explícitamente en la legislación. No se puede permitir interpretaciones extensivas.

Defendemos lo antes señalado, al referirnos que la información se constituye en un bien valorable que amerita protección jurídica por cuanto constituye en un primer momento una necesidad para el desenvolvimiento económico de su titular así como, una ventaja competitiva de la empresa que le permite una mejor posición en el mercado. A continuación examinaremos los tipos penales que hacen referencia a los delitos informáticos.

4.1. Delitos contra el Patrimonio

“En el sentido clásico, por apoderarse se entiende toda acción de poner bajo el dominio y disposición inmediata de una persona un bien que antes se encontraba en la esfera de custodia de otra, donde podemos notar que lo relevante del comportamiento es la existencia de la sustracción del bien del lugar donde se encuentra”

Como ya hemos señalado el Hardware está constituido por toda la parte material de los sistemas informáticos, todo lo tangible, sobre este punto no hay discusión alguna encontrándose toda acción ilícita que se cometa contra ella perfectamente regulada por el Código. La-

mentablemente no se ha considerado la diferencia en el valor económico que puede existir entre el soporte material y el software que es la parte lógica, intangible. Son a éstos programas a los que nos remitimos a continuación.

4.1.1. Hurto

“El que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra [...]”

Se equiparan a bien mueble la energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético.”

El comportamiento tipificado consiste en apoderarse ilegítimamente de un bien mueble, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, en donde, ha sido tradicionalmente entendido, por bien mueble, todo objeto del mundo exterior con valor económico, que sea susceptible de apoderamiento material y de desplazamiento¹⁰.

En el sentido clásico, por apoderarse se entiende toda acción de poner bajo el dominio y disposición inmediata de una persona un bien que antes se encontraba en la esfera de custodia de otra, donde podemos notar que lo relevante del comportamiento es la existencia de la sustracción del bien del lugar donde se encuentra. La dificultad nace en encuadrar al patrimonio informacion, como elemento que pueda ser objeto del requisito "desplazamiento"¹¹ que comprende la sustracción, sin referir a su soporte material (diskette o papel) teniendo en cuenta que hoy en día se puede acceder indebidamente a información ajena a kilómetros de distancia.

Ante la aplicación del "apoderamiento" a estos supuestos, habrá que preguntarnos si concuerda con la intención de la norma o si está realizando un cambio completo del lenguaje jurídico creando un nuevo tipo penal.

Sobre el agravante: "si el hurto es cometido: mediante la utilización de transferencia electrónica de fondos, de la telemática en general, o la violación del empleo de claves secretas", es preciso mencionar que se tipifica el uso indebido de los sistemas informáticos como medio para la comisión de un delito, el hurto de los fondos, interesante y previsoramente respuesta del legislador; empero, ahora nos interesa la acción cometida contra la información en sí.

4.1.2. Estafa

"El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en

perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta..."

Esta forma tradicional de estafa difiere del concepto manejado de estafa informática¹² en la medida que para esta última ya no es relevante el engaño ni el error en la persona engañada, ahora hablamos de soportes informáticos, que trabajan sobre la base de información preestablecida en su memoria. La estafa electrónica se centra en la manipulación informática para obtener un provecho, punto que no prevé nuestro ordenamiento.

4.1.3. Daños

"El que daña destruye o inutiliza un bien, mueble o inmueble....."

Una vez más nos encontramos frente a problemas de lenguaje jurídico. Es evidente que el legislador del 91 no proyectó la avalancha informática desarrollada en todo el quehacer cotidiano en nuestro país en los últimos años. Es difícil encontrar en este tipo penal la intención de distinguir la parte material de la parte intangible, así, sólo podríamos recurrir a este supuesto, cuando se halla producido un daño contra el soporte físico de la computadora mas no frente a daños ocasionados a los programas, los cuales pueden, por ejemplo, ser mucho más valiosos que los pocos soles que cuesta un CD que los almacene.

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

Es oportuno señalar que a consecuencia del avance informático surgen nuevas conductas delictivas que tienen por objeto a estos sistemas o que utilizan a éstos como medio para la comisión de delitos, queremos poner énfasis en que es al primer supuesto al

¹⁰ MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. Parte Especial. 9ed. Valencia: Tirant lo blanch. 1993. BRAMONTARIAS, Luis. Manual de Derecho Penal 2ed. Lima: San Marcos. 1996. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Barcelona: Ariel. 1986

¹¹ BRAMONTARIAS, Luis. op. cit., p. 265

¹² Al respecto véase: los conceptos de fraude y estafa manejado por BARRIUSO RUIZ, C. op. cit., JOVER PADRÓ, J. op. cit., VENTURA MONFOR, J. op. cit. y GUTIERREZ FRANCÉS, M. Fraude Informático y Estafa. en publicaciones del ministerio de justicia. Madrid. 1991

que se ocupa este estudio, si para ello se utiliza tecnología informática es un punto secundario.

Violación de la Intimidad

El artículo 154 pretende proteger la intimidad personal y familiar como garantía de un ámbito de no intervención en la vida privada, reservándose así sólo la calidad de sujeto pasivo a la persona o a la familia a la que se viola la intimidad siendo común encontrar posiciones que acuerdan en señalar que una persona jurídica no puede gozar de esta calidad¹³.

Si quisieramos considerar al artículo 157 que hace referencia al "uso indebido" de cualquier archivo que contenga datos, esto sólo sería aplicable a la información almacenada referente a personas naturales y como es lógico, si se desea cierto grado de intimidad no estarán expuestas a través de estos sistemas informáticos.

Violación del Secreto de las Comunicaciones

El artículo 161 abarca el comportamiento consistente en abrir o apoderarse de una comunicación que no le esté dirigida abarcando así parte de los supuestos que estudiamos en la medida que los datos contenidos en los sistemas hallan sido transmitidos.

Al proteger el secreto en las comunicaciones en los artículos 161 y 162 palabras como "cualquier otro documento análogo" o "similar" respectivamente, pueden englobar al correo electrónico o el "chat" si entendieramos como la posibilidad de acceso a estos datos el abrir o interferir. Lamentablemente el artículo 163 no lo toma en cuenta, por lo tanto un comportamiento dirigido a hacer desaparecer el contenido de un e-mail sería impune.

Violación del Secreto Profesional

"El que, teniendo información por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o ministerio, de secretos cuya publicación pueda causar daño, los revele sin consentimiento del interesado..."

La tutela penal de la intimidad de este artículo puede extenderse también a los datos reservados de las personas jurídicas cubriendo aquellos supuestos en los cuales los encargados, bajo una relación laboral, de las operaciones informáticas dan a conocer tales secretos.

Quedará por establecer, entonces, qué sucede cuando el acceso a esta información lo realizan personas totalmente ajenas al interesado, hasta que punto se puede distinguir cuando una información es realmente valiosa y cuando se puede convertir su divulgación en un daño.

Delitos contra los Derechos Intelectuales

El objeto de protección penal está representado por el derecho de los inventores a que se respete y reconozca el resultado de su creación intelectual¹⁴. Esto es, a que se protejan las invenciones y los signos distintivos que ellos han creado, así en opinión preponderante¹⁵ el derecho nace con el registro, por lo tanto siempre debe mediar la resolución correspondiente para tal efecto.

Es oportuno tomar en cuenta como nos lo recuerda Prado Saldarriaga¹⁶, que la protección jurídica de estos derechos se estructuran en función de disposiciones extrapenales. Estas normas las podemos encontrar en la Constitución (Art.2, num.8), en la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena referido al régimen

¹³ BRAMONTARIAS, A. op. cit. , p. 177

¹⁴ PRADO SALDARRIAGA, Victor. Derecho Penal. Lima: San Marcos. p. 260

¹⁵ BAJO FERNANDEZ, Miguel. Manual de Derecho Penal. Parte especial. Madrid: CEURA. 1987. p. 235. BUSTOS RAMIREZ, J. op. cit. p. 252.

¹⁶ PRADO SALDARRIAGA, Victor. op. cit. p. 261

común sobre propiedad industrial para los países andinos, en el Convenio de París para la protección de la propiedad industrial, en el Código Civil (arts.18, 884 y 886 num.6) y en los decretos legislativos 822 y 823 referidos a la Ley sobre el Derecho de Autor y a la Ley de Propiedad Industrial respectivamente.

Es interesante señalar que estas leyes como el Decreto Legislativo 822 protege, entre otros, la base de datos entendida como la compilación de obras, hechos o relatos en forma impresa, en unidad de almacenamiento de ordenador a partir de su concepción como creación intelectual(art. 78) . Así también la Ley de Propiedad Industrial protege(entre otros elementos constitutivos de la propiedad industrial) en su Título VIII a los secretos profesionales contra la revelación, adquisición o uso en la medida que la información tenga un valor comercial efectivo o potencial por ser secreta centrando su objetivo al ciclo de los productos y a la prestación de los servicios. En ambos casos encontramos ciertos vacíos (como los casos de sabotaje contra la información) pero lo que centra nuestra atención es que sólo se protege derechos de naturaleza creativa no la capacidad operativa de los sistemas ni la información como tal.

Si se pudiera medir una norma por su eficiencia para prevenir el ilícito diríamos que, por ejemplo, sólo en 1998 la piratería de software en el Perú generó pérdidas a las empresas titulares de los derechos por 18 millones de dólares.

Una vez más deseamos detenernos para resaltar que no es materia de nuestro análisis los delitos cometidos utilizando a los sistemas como instrumento para la comisión del ilícito, pues llegado el momento la evolución informática posibilitará que incluso se puedan cometer asesinatos utilizando estos medios (por ejemplo, el caso extremo de una persona que dependa de un sistema interconectado de respiración artificial).

De lo expuesto en línea anteriores y siguiendo los lineamientos de Rodrigues da Costa¹⁷ podemos advertir que la velocidad del desarrollo tecnológico en el sector de la informática, no garantiza que se pueda, eternamente, mantener la aplicación de nuestras actuales normas, o sea , la subsunción de los delitos comunes en las conductas típicas de los delitos informáticos.

APUNTES GENERALES

Los sistemas informáticos han logrado cruzar el ámbito empresarial para instalarse en toda esfera de la vida humana, dependemos cada día más del adecuado funcionamiento de una computadora para cubrir todo tipo de necesidades, así, mientras más avance esta dependencia mas vulnerables estaremos frente a los "fantasmas" que se desenvuelven a través de los sistemas. Los llamamos así por la gran dificultad que existe para presentar pruebas que permitan inputarles la calidad de agentes de estos delitos informáticos.

Esta dificultad sumada a la común inacción de los agraviados, que por lo general prefieren evitar la divulgación de estas acciones que demuestran una cuestionable vulnerabilidad de sus sistemas de información, además de la dificultad de descubrir cuando se ha cometido un comportamiento ilícito nos llevan a pedir una regulación cautelosa y específica sobre el tema. Para ello podemos optar por dos caminos. reconocer que las acciones generadas sobre los sistemas informáticos y los datos contenidas en estos pueden estar relacionadas con figuras convencionales tales como, el hurto, estafa, violación del secreto de las comunicaciones, etc. pero al realizarse sobre éstos se precisa, en cada caso, un reanálisis de los elementos de la descripción legal, de la tipicidad; es decir, un reanálisis del texto de la norma vigente que conlleve a la modificación de ésta, haciéndola como bien señala Gómez Perez¹⁸, apta para ser aplicada a esos actos humanos que se incrementan de forma directamente

¹⁷ RODRIGUES DA COSTA, Marco Aurelio. El Derecho Penal Informático Vigente en Brasil. en Jus Navigandi. Uruguaiana

¹⁸ GÓMEZ PEREZ: Mariana. Criminalidad Informática: un fenómeno de fin de siglo. En Revista Electrónica de Estudios Jurídicos. Cuba

proporcional al desarrollo científico y técnico de la sociedad. El otro camino consistiría en crear un título especial en el Código Penal que comprenda estos tipos penales. Para el legislador capaz estos caminos no tienen por que ser cancelatorios. No compartimos la idea de crear una ley fuera del texto del Código Penal como la Ley Chilena N° 19.223 sobre Delitos Informáticos.

A contrario del pensamiento común del cual nace un rechazo inicial a toda norma importada por no adecuarse a la realidad del país, este es un delito globalizado cuyo comportamiento está uniformizado alrededor del mundo, por ello creemos conveniente un adecuado estudio de las leyes sobre delitos informáticos desarrollados en los últimos años en países tales como Francia, Noruega y Suecia entre otros, incluyendo a algunos de la región¹⁹, para encontrar el adecuado marco jurídico pertinente aplicable al nuestro.

En todo caso es necesario tener en cuenta ciertos lineamientos básicos que deberán ser consideradas en una futura²⁰ y necesaria regulación normativa sobre los Delitos Informáticos:

- a. Reconocer y distinguir la Información manejada por una persona que sea susceptible de tutela jurídica en la medida que forme parte de su patrimonio.
- b. Establecer un claro y definido marco conceptual frente al término “apoderarse” si la nueva legislación buscara apoyarse en este término.
- c. Tener presente que los sistemas informáticos ante los cuales se cometan los actos que serán tipificados como delitos involucran siempre a personas que ejercen el control de los mismos.
- d. Debe referirse claramente al sistema de procesamiento de datos para diferenciar al soporte lógico de la parte material.
- e. Recordar que no siempre el ingreso, alteración de datos, obtención de información, etc. se hará con el propósito de obtener un beneficio económico.
- f. Comprender que el ilícito se puede desarrollar por etapas, así luego de un ingreso lícito a un sistema por haber sido admitido a él, puede él o un tercero ajeno obtener información por medios ilícitos.
- g. El daño a los sistemas operativos de una computadora puede realizarse por una actuación final del propio usuario, como sucede cuando es él quien introduce el virus en su computadora cuando abre un mensaje anexo al original que lo contiene o cuando entra a una página otorgando su propia identificación.
- h. El daño a los sistemas y a la información manejada por éstos puede realizarse a través de un acceso físico directo (daños contra la parte física de una computadora que ocasionará como consecuencia la pérdida de la información) o a través de otro sistema.
- i. Los delitos pueden dirigirse al normal funcionamiento de una página web cuya localización física será cuestionable para definir el estado que tenga Jurisdicción.

¹⁹ Véase además en España la Ley Orgánica para la Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos (LORTAD) y el Código Penal, en Chile la Ley N° 19.233 de junio de 1993 con 4 artículos al respecto, en Brasil la Ley 7.646 de diciembre de 1987 y la Ley 8.137 de diciembre de 1990 y los proyectos de Ley N° 15.252 y 597 de 1991 que dispone sobre el delito de interferencia en los sistemas informáticos y la inviolabilidad de los datos de la comunicación del usuario.

²⁰ Al término del presente artículo existen en el Congreso de la República del Perú tres proyectos de ley relativos a los sistemas informáticos: El Proyecto N° 5071 que propone acertadamente la creación de un nuevo capítulo dentro del Código Penal sobre los Delitos Informáticos aunque con ciertos vacíos; El Proyecto N° 5132 que presenta cuatro artículos sobre Delitos Informáticos con poca claridad y el El Proyecto N° 5326 que pretende modificar el artículo 196° del Código Penal estableciendo pena para aquel que valiéndose de alguna manipulación informática consiga la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero.

CONCLUSIONES

1. Debemos reconocer que el avance tecnológico producido en los últimos años en nuestro país y que sin duda será mayor cada año, a logrado abarcar tantos aspectos de las relaciones humanas que un adecuado funcionamiento de los sistemas informáticos a devenido en convertirse en una necesidad para la vida en sociedad.
2. Es necesaria una adecuada protección de las conductas indebidas que afecten los sistemas informáticos, la integridad, confidencialidad y disponibilidad de la información.
3. En la actualidad no existe en la legislación penal peruana un adecuado marco normativo que abarque directamente a los delitos informáticos. Urge la aparición de un adecuado sistema de normas que garanticen la seguridad informática, por tanto esta nueva normatividad puede partir de un reanálisis del texto de la norma vigente que conlleve la modificación de ésta o de nuevas figuras delictivas formando un nuevo capítulo en el Código Penal. ^{D&S}