

NOTICARIO

XV Congreso Internacional de Derecho Penal

Entre los días 4 y 10 de septiembre de 1994 se ha celebrado en Río de Janeiro el XV Congreso Internacional de Derecho Penal, auspiciado por la Asociación Internacional de Derecho Penal. El Congreso se estructuró en cuatro Secciones, y sus respectivos trabajos concluyeron con la aprobación de las siguientes

RESOLUCIONES

I. En la Sección Primera: DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE. APLICACION DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL A LAS INFRACCIONES CONTRA EL AMBIENTE.

— CONSIDERANDO el creciente riesgo que engendran las actividades industriales y similares para las generaciones actuales y futuras, para la salud y para el ambiente del que forman parte;

— CONSIDERANDO la preocupación mundial por la degradación del ambiente causada especialmente por la comisión de infracciones contra el ambiente en violación del derecho nacional e internacional;

— CONSIDERANDO los desarrollos recientes dirigidos a la inclusión de las infracciones contra el ambiente en los códigos penales y en las leyes de protección ambiental, así como en las convenciones, recomendaciones y resoluciones internacionales;

— CONSIDERANDO la Resolución 77(28) del Consejo de Europa sobre la Contribución del Derecho Penal a la Protección del ambiente, la Recomendación 88(18) sobre la Responsabilidad de las Empresas por Infracciones, la Resolución núm.1 de los Ministros de Justicia europeos adoptada en su Conferencia de 1990 y los trabajos en curso del Consejo de Europa para el desarrollo de una Convención europea sobre protección del ambiente a través del Derecho penal;

— CONSIDERANDO la Resolución núm.45/121 de 1990 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que adopta la Resolución sobre la protección del ambiente a través del Derecho penal aprobada por el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente; las Resoluciones 1993/32 y 1994/15 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y los documentos preparatorios del próximo IX Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en el punto relativo a la «Acción contra el crimen económico nacional y transnacional y el papel del Derecho penal en la protección del ambiente»;

— CONSIDERANDO la recomendación contenida en el informe de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General de las Naciones Unidas, 1991;

— CONSIDERANDO que resulta deseable la previsión de sanciones adecuadas para las graves infracciones contra el ambiente y con el fin de asegurar la reparación del daño contra el ambiente;

— HABIENDO examinado y deliberado sobre las recomendaciones del Coloquio Preparatorio de la AIDP sobre la aplicación del Derecho penal a las infracciones contra el ambiente, celebrado en Ottawa, Canadá, del 2 al 6 de noviembre de 1992, presenta las siguientes

RECOMENDACIONES

I. PRINCIPIOS GENERALES

1. El término «ambiente» engloba todos los componentes del planeta, bióticos y abióticos, e incluye el aire y todas las capas de la atmósfera, el agua, la tierra, incluido el suelo y los recursos minerales, la flora y la fauna y todas las interrelaciones ecológicas entre estos componentes.

2. El «Principio de desarrollo sostenible», en el sentido de la Comisión Brundtland y adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1992, exige que el desarrollo económico no puede tener lugar a expensas del posible disfrute del ambiente por las generaciones futuras.

3. El «Principio de precaución» articulado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Ambiente y el desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en junio de 1992, exige que allí donde exista el peligro de daño grave o irreversible, la falta de una completa seguridad científica no podrá ser usada como razón para posponer la aplicación de medidas efectivas para prevenir la degradación ambiental.

4. En la medida de lo posible, los Estados y la sociedad tienen la responsabilidad de asegurar que los principios de desarrollo sostenible y de precaución sean respetados por todas las personas físicas y jurídicas y por los organismos públicos que desarrollan actividades que pueden suponer un daño potencial para el ambiente.

5. Para garantizar el respeto de los principios de desarrollo sostenible, y precaución los Estados deben tener a su disposición una amplia variedad de medidas de control, con inclusión de incentivos, medidas de aplicación negociadas, poderes de autorización y regulación y de imposición de sanciones para los supuestos de inobservancia de los standards establecidos. En casos apropiados debe contemplarse al Derecho penal como un medio de intervención con medidas realmente efectivas para asegurar la protección del ambiente.

II. CUESTIONES ESPECIALES RELATIVAS A LAS INFRACCIONES CONTRA EL AMBIENTE:

1. En coherencia con el principio de legalidad, la definición de las infracciones contra el ambiente debería ser clara y precisa.

2. Debería realizarse una distinción entre las sanciones, que no incluyan privación de libertad y cierre punitivo de una empresa impuesta por inobservancia de los standards administrativos y reglamentarios, y las sanciones penales, a imponer para prevenir y castigar actos u omisiones culpables que causen daños graves al ambiente.

3. El elemento material mínimo de las infracciones sometidas a sanción penal debería ser:

(a) un acto u omisión que cause un serio daño al ambiente;

(b) un acto u omisión que contravenga los standards ambientales establecidos y que cree un peligro real e inminente (concreto) contra el ambiente.

4. Tanto respecto de los actos u omisiones, como de sus consecuencias, el elemento subjetivo mínimo exigido a la hora de la tipificación de una infracción penal ambiental sometida a sanción penal, debería ser el conocimiento y voluntad, al menos eventual (*dolus eventualis*, *culpa gravis* o su equivalente en cada derecho interno) o, en caso de graves consecuencias, la imprudencia culpable.

5. Cuando se encuentre probado que el acusado actuó u omitió, a sabiendas de que podía crearse un grave daño contra el ambiente, y ese daño tiene efectivamente lugar, debería limitarse de manera razonable la eficacia justificante del respeto de los términos de la autorización o del permiso o de los niveles o prescripciones establecidos en la normativa en vigor.

6. En coherencia con el principio de intervención mínima, las sanciones penales deberían sólo emplearse cuando las sanciones y demás

recursos civiles y administrativos sean inapropiados o inefectivos para el tratamiento de determinadas infracciones contra el ambiente.

III. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS POR INFRACCIONES PENALES CONTRA EL AMBIENTE

1. Las conductas merecedoras de la imposición de sanciones penales pueden ser realizadas tanto por personas físicas como por personas jurídicas y organismos públicos.

2. Los sistemas jurídicos nacionales deberían prever, si fuera posible en su Constitución o derecho fundamental, una amplia variedad de sanciones penales y otras medidas adaptadas a las personas jurídicas privadas y organismos públicos.

3. Cuando una persona jurídica, pública o privada, se encuentre involucrada en una actividad que plantea un serio riesgo de daño para el ambiente, debería obligarse a los directivos y a las autoridades gestoras de esos organismos que ejerzan su responsabilidad de control de modo a prevenir la producción del daño; y deberían ser considerados penalmente responsables si se produce el daño como consecuencia de su fracaso en el adecuado cumplimiento de su responsabilidad de control.

4. Para minimizar el riesgo de injusticia procedente de la inadecuada aplicación de leyes relativas a las infracciones contra el ambiente, el derecho doméstico debería especificar lo más claramente posible los criterios de identificación de los agentes humanos intervinientes en el marco de las personas jurídicas privadas u organismos públicos potencialmente responsables de infracciones contra el ambiente cometidas por esas entidades.

PERSONAS JURIDICAS PRIVADAS

5. En la medida en que sea posible de acuerdo con la constitución o las leyes fundamentales del país, sin perjuicio del respeto del principio de personalidad de las infracciones penales debería ser posible la persecución de personas jurídicas privadas por infracciones penales contra el ambiente si no cabe atribuir directamente esa responsabilidad a un agente humano identificado de la entidad.

6. Cuando una persona jurídica privada sea responsable de grave daño contra el ambiente, debería poder perseguirse a esa entidad por infracciones contra el ambiente, con independencia de si el daño resulta de un acto u omisión individual o de actos u omisiones acumulados a lo largo del tiempo.

7. La imposición de sanciones penales contra personas jurídicas privadas no debería servir de exoneración de los culpables pertenecien-

tes a las entidades involucradas en la comisión de infracciones contra el ambiente.

ORGANISMOS PUBLICOS

8. Cuando en el curso del cumplimiento de su función pública, o de cualquier otro modo, un organismo público cause un grave daño al ambiente o, en contravención de los standards ambientales establecidos, crea un peligro real e inminente (concreto) para el ambiente, debería ser posible la persecución de los agentes humanos (de la entidad) penalmente responsables por una infracción penal contra el ambiente.

9. Siempre que permita la Constitución o el derecho fundamental de un país la atribución de responsabilidad a los organismos públicos por infracciones penales cometidas en el curso de la ejecución de sus funciones públicas o de cualquier otro modo, debería admitirse la persecución de tales organismos por infracciones contra el ambiente aun cuando la responsabilidad por el delito concreto no pueda ser directamente atribuida a ningún agente humano identificado de la entidad.

IV. INFRACCIONES PENALES CONTRA EL AMBIENTE

1. Las infracciones penales principales contra el ambiente, esto es aquéllas que son *sui generis* y cuyo contenido no depende de otras leyes, deberían ser definidas por los códigos penales nacionales.

2. Cuando las infracciones penales contra el ambiente sean susceptibles de sanción penal, los elementos claves de las mismas deberían encontrarse legalmente definidos y no dejados a la determinación de autoridades delegadas subordinadas.

3. Las infracciones penales principales contra el ambiente que afecten a más de una jurisdicción nacional o al ambiente global, fuera del alcance de ninguna jurisdicción nacional deberían ser reconocidas como crímenes internacionales por las convenciones multilaterales.

4. En el marco de la constitución y de los principios básicos del cada sistema jurídico nacional, debería facilitarse la participación de los ciudadanos en la iniciativa de investigación y persecución de las infracciones penales contra el ambiente.

V. COMPETENCIA

INFRACCIONES TRANSFRONTERIZAS

1. Cuando el daño o el grave riesgo de daño (peligro concreto), subyacente a una infracción penal principal contra el ambiente se produ-

ce, en todo o en parte, fuera de la jurisdicción del Estado donde la infracción penal se haya cometido, debería ser posible la persecución del delincuente, con respeto de las adecuadas salvaguardias del acusado y del derecho internacional aplicable, tanto en el Estado donde la infracción penal se haya cometido como en cualquiera de los Estados en que se produzca el daño o el grave riesgo de daño.

INFRACCIONES PENALES EXTRATERRITORIALES

2. Cuando el daño o el grave riesgo de daño (peligro concreto) subyacente a una infracción penal principal contra el ambiente se produce fuera de la jurisdicción de cualquier Estado o en un espacio internacional común, los Estados deberían aprobar un convenio internacional o implementar las convenciones internacionales existentes, que les habilite a perseguir la infracción penal en el orden siguiente: principio del pabellón, principio de nacionalidad, principio de «persecución o extradición» y, en casos de crímenes internacionales generalmente reconocidos, principio de universalidad.

EXTRADICION

3. Las infracciones penales contra el ambiente especialmente graves deberían ser extraditables.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

4. Para facilitar la persecución de los crímenes internacionales, en particular, crímenes contra el ambiente global, éstos deberían incluirse en el marco de competencia del Tribunal Penal Internacional propuesto por la Comisión de Derecho Internacional y actualmente en estudio por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

APLICACION DE LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES

5. Cuando las convenciones internacionales relativas a los crímenes contra el ambiente no sean *self-executing* en el derecho interno en cuanto a la ejecución de las sanciones penales, los Estados signatarios deberían aplicar estas convenciones aprobando la necesaria legislación interna.

II. En la Sección Segunda: LOS DELITOS COMETIDOS CONTRA Y POR INTERMEDIO DE LA INFORMÁTICA.

Reconociendo la proliferación de la tecnología informática y el surgimiento de una sociedad informatizada que provoca cambios fundamentales en todos los aspectos de la vida cotidiana;

Tomando en cuenta que una serie de actividades antisociales están corrompiendo la tecnología informática en perjuicio de las personas y todos los sectores de la sociedad;

Consciente que la rápida expansión de la interconexión de la tecnología informática en el ámbito mundial trasciende las fronteras nacionales tradicionales, involucrando tanto a los países desarrollados como a los en desarrollo;

Preocupada porque el abuso de la tecnología informática se está verificando al nivel nacional o internacional;

Deduciendo, consecuentemente, que dicha actividad es de relevante importancia para todos los Estados;

Considerando las anteriores contribuciones provenientes de otros cuerpos del saber, organizaciones no gubernamentales e intergubernamentales;

El XV Congreso Internacional de Derecho Penal realizado en Río de Janeiro del 4 al 10 de septiembre, 1994, propone las siguientes recomendaciones:

I.— MEDIDAS DE PREVENCIÓN NO PENALES

1. Existe un creciente reconocimiento de que han aumentado las opciones no penales para prevenir el delito informático. Estas medidas, conjuntamente con enfoques creativos deben estimularse en los niveles nacional, supranacional e internacional, para permanecer constantemente actualizados con las innovaciones tecnológicas.

2. Entre otras, dichas medidas incluyen:

— Implementación voluntaria de medidas de seguridad, por parte de los usuarios de la informática.

— Imposición de medidas de seguridad obligatorias en ciertos sectores sensibles.

— Elaboración e implantación de leyes, políticas y orientaciones sobre la seguridad en la informática, por los gobiernos nacionales.

— Compromiso por parte de la gerencia y altos ejecutivos en pro de la seguridad y la prevención del delito dentro de su organización.

— Incorporación, explicación y promoción de medidas de seguridad por la industria de la tecnología informática.

— Desarrollo, fomento y práctica éticas informática por todos los sectores de la sociedad, especialmente los institutos de educación, asociaciones profesionales y el público en general.

- Práctica de patrones profesionales en la industria de proceso de datos, inclusive la posibilidad de utilizar medidas disciplinarias.
- Promover cooperación entre las víctimas, notificando sobre el delito informático.
- Entrenamiento y educación del personal en los sistemas de investigación, prosecución y judiciales.

II.— DERECHO PENAL SUBSTANTIVO

3. El abuso de la tecnología informática afecta tanto los intereses de carácter económico relacionados a la informática, cuanto a los orientados hacia la intimidad, abarcando situaciones en que el proceso y sus componentes sólo se utilizan como herramientas para infringir los valores tradicionales, así como cuando son objeto directo de una conducta delictiva.

4. En la medida en que se infringen o colocan en peligro los valores tradicionales debido al uso incorrecto del proceso de datos, el nuevo *modi operandi* puede revelar cláusulas de escape en el Derecho penal tradicional. Por otra parte, el desarrollo de la tecnología informática exterioriza la emergencia de nuevos tipos de intereses que requieren protección legal, especialmente la integridad de los sistemas informáticos y datos incidentes, así como la disponibilidad y exclusividad de ciertos datos (seguridad de datos y protección de datos).

5. En la medida en que el Derecho penal tradicional es insuficiente, y en el caso que otras medidas también lo sean, debe respaldarse la modificación de la legislación existente o la definición de nuevos delitos (principio de la subsidiaridad). El mismo criterio se aplica a áreas donde el Derecho penal es un apéndice de otras áreas del derecho, donde la extensión del Derecho penal surge de los cambios substantivos en el Derecho civil o administrativo.

6. En la promulgación de enmiendas y nuevas disposiciones, corresponde subrayar la precisión, claridad y definición de los delitos en términos de elementos objetivos. En aquellas áreas donde el Derecho penal es apenas un apéndice de otras áreas del Derecho (tal como ocurre en el ámbito del derecho del autor), este requisito también debe aplicarse a la parte del otro derecho.

7. Para evitar la excesiva criminalización, debe considerarse el alcance que el Derecho penal ejerce en otras áreas afines. Las extrapolaciones de esos límites exigen un cuidadoso examen y justificación. Por consiguiente, un importante criterio al definir o restringir la responsabilidad penal, se basa en que los delitos cometidos en este área deben, básicamente, limitarse a actos dolosos.

8. A este respecto, el anterior trabajo elaborado por la OCDE y el Consejo Europeo contribuyó significativamente en la especificación de

los tipos de conducta que deben ser punidos por la ley nacional. La AIDP acoge con agrado las directrices formuladas por los legisladores nacionales que constan en la Recomendación N.º (89)9, adoptada por el Consejo Europeo el 13 de septiembre de 1989, que enumera una lista de actos que deben o pueden quedar sujetos a sanciones penales.

La mínima lista de actos que el Consejo Europeo recomendó fuesen considerados como criminales, cuando cometidos intencionalmente, es la siguiente:

a.— Fraude en el campo de la informática

Aporte de datos, alteración, tachaduras o supresión de datos computerizados o programas de informática, o cualquier otra interferencia durante el proceso de datos, provocando como resultado pérdidas económicas o pose de la propiedad a otra persona, con el objeto de obtener una ganancia financiera ilegal para sí o para terceros (anteproyecto alternativo: con el propósito de usurpar ilícitamente la propiedad de dicha persona).

b.— Falsificación en materia informática

El aporte de datos, alteración, tachadura o supresión de datos computerizados, o programas informáticos, o cualquier otra interferencia durante el proceso de datos, realizada de tal forma o bajo condiciones tales que constituyan un delito de falsificación, cuando cometido en conexión a un objeto tradicional de tal delito.

c.— Daños causados a datos computerizados o programas informáticos

Tachadura, daños, deterioro o supresión de datos computerizados o programa de informática sin derecho a hacerlo.

d.— Sabotaje informático

El aporte, alteración, tachadura o supresión de datos computerizados, o programas informáticos, o interferencia en sistemas informáticos con la intención de obstaculizar el funcionamiento de un sistema informático o de telecomunicaciones.

e.— Acceso no autorizado

Acceso sin autorización a un sistema informático o red, infringiendo medidas de seguridad.

f.— Intercepción sin autorización

La intercepción, efectuada sin autorización, utilizando medios técnicos de comunicaciones transmitidas, recibidas o vehiculadas dentro del ámbito de un sistema o red de informática.

g.— Reproducción no autorizada de un programa informático protegido

La reproducción, distribución o comunicación al público no autorizada de un programa de informática protegido por ley.

h.— Reproducción no autorizada de una topografía

La reproducción no autorizada de una topografía protegida por ley, de un producto semiconductor, o su explotación comercial o importación con esa finalidad, no autorizada, de una topografía o un producto semiconductor fabricado en base al uso de dicha topografía.

Las directrices del Consejo Europeo también identifican, en una «lista optativa», las siguientes áreas adicionales que también podrían considerarse criminales, cuando cometidas intencionalmente:

a.— Alteración de datos computerizados o programa informático

La alteración de datos o programas informáticos sin autorización.

b.— Espionaje informático

La adquisición, por medios improcedentes, o la revelación, transferencia o uso de una marca registrada o secreto comercial sin autorización o cualquier otra justificación legal, con la intención ya sea de causar pérdida financiera a la persona titular del secreto o a obtener una ventaja financiera ilícita para sí o para terceros.

c.— Uso no autorizado de una computadora

El uso no autorizado del sistema o red informática, que se realice: (i) mediante la aceptación de un relevante riesgo de pérdida causado a la persona habilitada al uso del sistema o de daño al sistema o a su funcionamiento; o (ii) con la intención de causar perjuicio a la persona habilitada al uso del sistema, o daño al sistema o a su funcionamiento; o (iii) causar pérdidas al titular del derecho al uso del sistema, o daño al sistema en sí o a su funcionamiento.

d.— Uso no autorizado de un programa informático protegido

El uso no autorizado de un programa de informática protegido por ley que ha sido reproducido sin derecho a hacerlo, premeditadamente, ya sea para lograr una utilidad financiera ilícita para sí o para terceros, o causar daño para perjudicar al titular del derecho.

9. Tomando en consideración los avances alcanzados por la tecnología informática, el aumento de la criminalidad conexas desde la adopción de la recomendación de 1989 del Consejo Europeo, el considerable valor de los bienes intangibles en la era de la informática, la conveniencia de promover una investigación profunda y el desarrollo tecnológico, así como el alto potencial lesivo en esa materia, se recomienda que los Estados también consideren, en concordancia con las tradiciones legales y culturales y con referencia a la aplicabilidad de sus leyes existentes, punir (total o parcialmente) como crimen, la conducta descrita en la «lista optativa».

10. Además, también se sugiere que algunas definiciones que constan en la lista del Consejo Europeo —como, por ejemplo, el delito del acceso no autorizado— puede exigir mayores aclaraciones y perfeccionamiento a la luz de los avances alcanzados por la tecnología de la informática, y las cambiantes percepciones de la criminalidad. Por estas razones, otros tipos de abuso que no constan expresamente en las listas, tales como el tráfico de claves informáticas obtenidas por medios contrarios a la ley, otras informaciones sobre medios de acceso no autorizado a los sistemas informáticos, y la distribución de virus o programas similares, también deben considerarse candidatos a la criminalización, de acuerdo con las tradiciones nacionales legales y culturales y en lo que atañe a la aplicabilidad de las leyes existentes.

En vista del daño en potencial que pueden provocar los virus, gusanos y otros programas similares destinados o capaces de propasarse y causar daños, o interferir en cualquier otra forma sobre datos, programas o el funcionamiento de los sistemas computerizados, se recomienda discutir e investigar esta materia con mayor profundidad científica. Debe dispensarse especial atención al uso de normas penales que punan

las imprudencias o la creación de riesgos peligrosos, así como los problemas prácticos que surgen de la ejecución de la ley. También debe examinarse si el crimen resultante debe considerarse como un tipo de delito de sabotaje.

11. Con respecto a las supramencionadas recomendaciones, se reconoce que las diferentes tradiciones legales y culturales pueden solucionar algunas de estas pautas de distintas maneras, sin dejar de punir, sin embargo, la esencia de ese abuso particular. Los Estados deben concienciarse sobre los enfoques alternativos que existen en otros sistemas legales.

III.— CUESTIONES ESPECIFICAS A LA PROTECCION DE LA INTIMIDAD

12. Debe reconocerse que, en la constantemente mutante era de la informática, es importante proteger los intereses de la intimidad contra los nuevos cambios que provoca la tecnología informática. Sin embargo, también deben respetarse los intereses legítimos de libre circulación y distribución de informaciones dentro de la sociedad. Los intereses de la intimidad incluyen el derecho de los ciudadanos a acceder, a través de medios legales consecuentes con los derechos humanos internacionales, informaciones sobre sí mismos en poder de otros.

13. Durante la discusión quedó demostrado que existen significativas diferencias de opinión respecto, tanto a los medios mediante los cuales, así como al grado en que el Derecho administrativo, civil, regulatorio y penal deben suplir esta protección. También existen graves desavenencias sobre hasta qué punto el Derecho penal debe involucrarse en la protección de la intimidad. Consecuentemente, deben priorizarse medidas no penales, especialmente cuando la relación entre las partes se rige por un contrato.

14. Las disposiciones penales sólo deben utilizarse, cuando el Derecho civil o la Ley de Protección de Datos no dispone de remedios legales adecuados. En la medida en que las sanciones penales se apliquen, la AIDP destaca los principios básicos que deben tomar en consideración los Estados al promulgar la legislación penal en este campo, tal cual exhorta la Recomendación (89) 9 del Consejo Europeo. La AIDP también propone que, en el área de la intimidad, las disposiciones penales deben utilizarse particularmente:

- en casos graves, especialmente aquéllos que involucran datos altamente sensibles o información confidencial tradicionalmente protegida por ley,
- encontrarse definidas clara y precisamente, y no a través del uso de cláusulas vagas o generales (*Generalklauseln*), especialmente en relación a la ley substantiva de la intimidad;

- establecer la diferencia entre los niveles de gravedad de las infracciones y respetar las exigencias de la culpabilidad;
- restringirse primordialmente a actos intencionales; y
- permitir que las autoridades de enjuiciamiento tomen en cuenta, en lo que atañe a algunos tipos de delitos, la voluntad de la víctima en cuanto al ejercicio de la acción penal.

15. Deben emprenderse estudios posteriores para definir la lista de actos que deben ser criminalizados adecuadamente. Esto podría incluir actos intencionales de grave violación del sigilo, y obtención, uso, transferencia y alteración ilícita de datos personales que ponen en peligro a los derechos personales. Un punto de partida para este estudio, pueden ser las propuestas provisionales consideradas por el Comité selectivo del Consejo Europeo, formado por expertos en delitos relacionados a la informática.

IV.— DERECHO PROCESAL

16. La investigación del delito informático, así como de otros delitos más tradicionales dentro del ámbito de la tecnología informática, exigen, en el interés de una defensa social eficaz, la asignación de poderes coercitivos adecuados a las autoridades de investigación y prosecución, que también deben brindar la apropiada y equilibrada protección a los derechos humanos y los intereses de la intimidad.

17. Con el propósito de evitar el abuso de los poderes oficiales, cualquier restricción a los derechos personales requerida para la investigación de estos delitos, debe efectuarse conforme a la ley y de acuerdo a las normas del debido proceso. La violación de los derechos humanos por las agencias gubernamentales, puede ocasionar la responsabilidad criminal del agente que infringió la ley.

a) los poderes para efectuar un allanamiento en un ambiente de tecnología informática, especialmente en cuanto a la aprehensión de intangibles y búsqueda de redes computerizadas;

b) el deber de establecer una cooperación activa entre las víctimas, testigos y otros usuarios de la tecnología informática, con excepción del sospechoso, (especialmente para colocar en disponibilidad la información de forma tal, que pueda ser utilizada para propósitos judiciales); y

c) poderes para permitir la interceptación de las comunicaciones en o entre sistemas informáticos, y utilizar las pruebas obtenidas durante el proceso.

19. Debido a la multitud y variedad de datos que pueden existir dentro de los sistemas de proceso de datos, deben ejercerse poderes coercitivos en forma proporcional a la gravedad del delito cometido, que interrumpan o afecten lo menos posible las actividades lícitas de la persona. Además de los tradicionales montos monetarios, el umbral para

iniciar las investigaciones debo tomar en consideración los distintos valores patrimoniales existentes en el ambiente de la tecnología informática, tales como oportunidad económica, espionaje, violación de los intereses de la intimidad, pérdida o riesgo de privación económica, y el costo inherente a la recuperación de la integridad de los datos.

20. La existencia de normas sobre la admisibilidad y confiabilidad de la prueba puede crear problemas, cuando aplicada a la consideración y evaluación de registros computerizados durante los procesos. Deben realizarse los cambios apropiados cuando fuere necesario.

V.— COOPERACION INTERNACIONAL

21. La movilidad de los datos a través de las redes internacionales de telecomunicaciones, y la naturaleza altamente interrelacionada de la sociedad moderna informatizada, convierte el establecimiento de la cooperación internacional en un elemento esencial para alcanzar la prevención y prosecución del delito informático.

22. La cooperación internacional eficaz exige la armonización del Derecho Penal sustantivo y el otorgamiento de poderes coercitivos en todos los Estados miembros, debido a que, en algunos casos puede requerirse la doble criminalización y los Estados pueden sentirse limitados en su capacidad de asistir a otros Estados, facilitando la cooperación internacional mediante la mencionada armonización.

23. Además, se hace necesario extender la cooperación a otras áreas, que deberían incluir el desarrollo de:

a) Patrones internacionales de seguridad para los sistemas informáticos.

b) Medidas adecuadas para solucionar temas referentes a la competencia o jurisdicción aplicable a delitos informáticos transfronterizos o internacionales.

c) Acuerdos internacionales entre las naciones que aprovechan esta nueva tecnología informática para efectuar investigaciones más eficientes, inclusive acuerdos para simplificar allanamientos transnacionales eficientes, rápidos y lícitos en sistemas computerizados interconectados, así como otras modalidades de asistencia mutua, protegiendo al mismo tiempo los derechos y libertades de las personas.

VI.— TAREAS FUTURAS

24. Con el propósito de alcanzar estos objetivos, las asociaciones de académicos, entidades gubernamentales, profesionales del ramo de la informática, y organizaciones internacionales, deberían estimular la implementación de estas recomendaciones y la adopción en curso de me-

dios apropiados para prevenir el delito, y abordar los nuevos retos representados por la tecnología informática.

25. La comunidad académica y científica, conjuntamente con los gobiernos, deben comprometerse a realizar más investigaciones sobre el delito de la tecnología informática. Dichas investigaciones deberían, en particular, examinar la incidencia de los delitos informáticos, la extensión de las pérdidas, los métodos de perpetración y las características de los infractores. El desarrollo de medidas alternativas a las sanciones criminales que sólo podrán utilizarse como último recurso. La teoría y política jurídica debe prestar especial atención al estudio y desarrollo de la ley de la informática, tomando en consideración las características específicas de la información, al compararla con los objetos tangibles, e investigar los probables cambios que afectan los principios generales y paradigmas.

26. Las autoridades que procesan y aplican la ley deben, tanto al nivel nacional como en el internacional, reforzar sus esfuerzos en el combate al delito informático, coordinando sus actividades para alcanzar una eficiente protección global.

27. Las asociaciones de fabricantes de «hardware» y «software» deben involucrarse en abordar el tema del delito tecnológico, y las organizaciones no gubernamentales e intergubernamentales deben realizar el máximo esfuerzo para involucrar a las asociaciones industriales en la lucha para lograr el consenso internacional.

28. Acogemos con agrado, el manual elaborado por iniciativa y bajo el auspicio de las Naciones Unidas sobre delitos relacionados con la informática, ya que es un medio que podemos utilizar para consolidar la información sobre las actividades desarrolladas en este campo en el ámbito mundial. Sugerimos mantenerlo actualizado para que las comunidades académicas, gubernamentales e intergubernamentales permanezcan conscientes de los desarrollos contemporáneos; y que la futura revisión de este manual tome en cuenta los principios contenidos en esta resolución.

III. En la Sección Tercera: LOS MOVIMIENTOS DE REFORMA DEL DERECHO PENAL Y LOS DERECHOS HUMANOS.

Partiendo de la idea de que toda reforma del Derecho procesal penal debe estar necesariamente en armonía con las garantías establecidas en la Declaración Universal de Derechos del Hombre de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948, en el Pacto Internacional de Derechos civiles políticos de 19 de diciembre de 1966, así como las distintas Convenciones regionales sobre Derechos del Hombre;

Teniendo presentes las Resoluciones del XII Congreso Internacional de la AIDP (Hamburgo, 1979) que se corresponden en gran medida con las Declaraciones anteriormente referidas:

Considerando que incluso en la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado no podrán restringirse los derechos fundamentales más allá de lo estrictamente necesario;

Convencidos de que el núcleo esencial de los derechos y libertades fundamentales contenidos en estos documentos no podrá ser restringido, ni tan siquiera en los casos de guerra o crisis;

Estimando necesario desarrollar un modelo de reforma que sobrepase el nivel de las garantías mencionadas, a través de su concretización y definición de acuerdo con los respectivos sistemas y situaciones procesales;

Se adoptan las siguientes recomendaciones que serán conocidas como «Recomendaciones de Toledo por un procedimiento penal justo»:

1. La protección de los Derechos del hombre debe estar garantizada en todas las fases del proceso penal, incluso cuando éste no comienza necesariamente mediante una decisión judicial o de cualquier otro funcionario público. Para considerar abierto el proceso se considera suficiente que un órgano del Estado realice cualquier acto de persecución criminal.

2. El inculpado debe beneficiarse de la presunción de inocencia a lo largo de todo el procedimiento, que cesa sólo cuando la sentencia adquiere el valor de cosa juzgada. La presunción de inocencia es también válida para las causas de justificación y el resto de las causas de exclusión de la responsabilidad penal.

3. En la fase preparatoria que precede al juicio la presunción de inocencia requiere la aplicación del principio de proporcionalidad cuando se adoptan medidas coercitivas. De acuerdo con este principio debe existir una relación razonable entre la gravedad de la medida estatal que afecta a los derechos fundamentales, de una parte, y la finalidad de las medidas, de otra. Esta consideración debe llevar a que el legislador establezca sobre todo medidas alternativas a la prisión provisional, que en todo caso debe ser una medida excepcional.

4. Asimismo la presunción de inocencia exige en el momento del juicio la imparcialidad del juez con respecto a las partes del proceso. La imparcialidad presupone la separación entre la función de instruir y juzgar. En consecuencia, el juez del juicio no debe haber participado en los actos de la fase preparatoria. Es altamente recomendable además que el juez del juicio sea distinto de aquél que decide la admisión de la acusación contra el sospechoso.

5. En virtud del principio de presunción de inocencia, la prisión provisional ha de ser acordada por un juez y debidamente motivada conforme a las circunstancias del caso. Debe prohibirse ordenar y/o mantener la prisión provisional si no existen indicios serios de culpabilidad y una voluntad real por parte de las autoridades competentes para llevar a cabo el proceso o continuarlo. La prisión provisional es también ilícita cuando su duración sea mayor que el mínimo de la pena prevista por la ley o, cuando ésta no establezca mínimas, que la que presumiblemente impondrá el Tribunal a tenor de las circunstancias del caso.

6. El defensor y, a petición del detenido, los familiares próximos o cualquier otra persona de su confianza serán informados en el menor tiempo posible de la detención y, a lo más tardar, en 24 horas.

7. No han de tomarse en consideración por el Tribunal en el momento de la determinación de la pena condenas anteriores, si éstas no han sido dictadas en el marco de un proceso penal justo.

8. Toda medida de una autoridad estatal, incluyendo las realizadas por la policía judicial, que afecte a los derechos fundamentales del detenido ha de ser autorizada por el juez o debe poder ser sometida a control judicial.

9. Independientemente de la recomendación N.º 8, cada medida coercitiva adoptada por la autoridad que realiza la instrucción o por la policía, requerirá ser confirmada por un juez a lo sumo en 24 horas.

10. Todas las pruebas obtenidas mediante violación de un derecho fundamental, así como las que se deriven de ellas, serán nulas y no podrán tenerse en cuenta en ningún momento del proceso.

11. Los medios de prueba que afecten de un modo especialmente grave al derecho a la intimidad, tales como las escuchas telefónicas, sólo se admitirán cuando sean previamente autorizadas por un juez y en los casos expresamente previstos por la ley.

12. Es recomendable que el legislador determine también las condiciones en que pueden ser conocidos los códigos genéticos y el recurso a escuchas electrónicas a distancia.

13. La concesión por algunos Estados de privilegios penales a los testigos o agentes secretos, sólo será admitido excepcionalmente en los casos de delitos muy graves y de criminalidad organizada. Mas si la identidad de esas personas no es revelada en el juicio, sus declaraciones no tendrán valor probatorio alguno, y no podrán ser fundamento de medidas cautelares. A su vez, se asegurará la protección de todo testigo amenazado por organizaciones criminales.

14. La búsqueda de pruebas respetará en todo caso el secreto profesional.

15. Las informaciones ofrecidas por los medios de comunicación, durante la investigación o el proceso, evitarán producir el efecto de una pre-condena del inculcado y ofrecer la imagen de un «proceso espectáculo». Si tal efecto resulta previsible, la información sobre el juicio por la radio o la televisión podrá ser restringida o prohibida.

16. El derecho de defensa debe ser garantizado en todas las fases del proceso. Nadie puede ser forzado a contribuir directa o indirectamente a su propia condena.

17. El inculcado tiene derecho a guardar silencio, sin que pueda ser tomado en su contra, y a conocer el contenido de la acusación desde el primer interrogatorio, policial o judicial.

18. El Estado está obligado a asegurar, desde el principio de la investigación, a todo inculcado o condenado el derecho de ser asistido por un abogado. Esta asistencia será gratuita y a cargo del Estado cuando el inculcado no disponga de medios suficientes.

19. La persona en prisión provisional tendrá derecho a comunicarse en privado con su defensor, quien ha de tener derecho a estar presente en todos los actos de investigación.

20. El defensor deberá tener acceso a la totalidad del sumario desde el primer momento.

21. En el caso de que el inculpado no conociere o no comprendiere el idioma utilizado en el proceso, se le asignará un intérprete, en su caso gratuitamente. Si contare con un defensor asignado de oficio, éste debería conocer básicamente las costumbres y organización social de su asistido.

22. El principio de legalidad en la persecución penal puede constituir una garantía esencial. Sin embargo, su rigidez debiera ser atenuada con el fin de lograr una mayor rapidez en los procedimientos penales, así como por la falta de personal cualificado. En este sentido, podría adoptarse un principio de oportunidad reglada, al menos en los casos de perjuicio leve, hechos imprudentes o cuando así convenga a la protección de la víctima del delito. En estos supuestos, habrán de establecerse criterios precisos con el fin de limitar la discrecionalidad de los órganos de persecución.

23. Los delitos graves no pueden ser juzgados mediante procedimientos abreviados ni por medio de procesos cuya apertura se deje en manos del acusado. Para el resto de infracciones, el legislador deberá determinar las condiciones en que este tipo de proceso es admisible y prever los medios oportunos, como por ejemplo la asistencia de un abogado, que garanticen el carácter voluntario de la cooperación del inculpado con la justicia penal. La adopción de estos procedimientos se recomienda para las infracciones leves, con el fin de conseguir una mayor rapidez del proceso y, una mejor protección del acusado.

24. La mera confesión del inculpado no será suficiente para dictar una condena. El órgano judicial no podrá fundamentar una condena exclusivamente en pruebas producidas en la fase de investigación.

25. La persona que se considere afectada por una infracción, deberá tener la posibilidad de constituirse, en su caso gratuitamente, como parte acusadora «parte civil» o «acusador particular»), o de hacer controlar por un Tribunal u otro órgano independiente la negativa de los órganos estatales de perseguir o de instruir un proceso contra el autor del delito. Asimismo, la parte ofendida deberá tener derecho a influir en el desarrollo del proceso penal, especialmente tendrá derecho a proponer medios de prueba y derecho a recurrir.

26. Un papel de colaboración similar debería ser conferido a las asociaciones legalmente reconocidas como promotoras del interés general y los intereses colectivos.

27. Cualquiera que considere lesionados sus derechos fundamentales por los actos del procedimiento penal, deberá tener la posibilidad (además de los medios recomendados *supra*, N.^{os} 8 y 9) de que éstos

sean controlados por un Tribunal constitucional, por un Tribunal supremo o por un Tribunal internacional de derechos del hombre.

28. Las reformas futuras del proceso penal que las recomendaciones efectuadas pretenden estimular, así como cualquier otra modificación de las reglas fundamentales del proceso, deberán ser adoptadas por los Parlamentos mediante una ley formal. Para la preparación de los debates se invita a los Parlamentos a servirse de los consejos y opiniones de la justicia penal, de la abogacía y de las organizaciones cívicas.

IV. En la Sección Cuarta: LA REGIONALIZACION DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE EN LOS PROCESOS DE COOPERACION INTERNACIONAL EN MATERIA PENAL.

El Derecho Penal Internacional, como el Derecho Penal en general, tiende a un equilibrio entre la protección de la sociedad, a través de la eficiencia del sistema represivo, la protección de los derechos individuales (acusado y víctima), y el respeto al imperio del derecho. La primera parte de la presente Resolución trata de la regionalización del Derecho Penal Internacional; la segunda, de la posición del individuo en el marco de este proceso.

I. Regionalización del Derecho Penal Internacional

1. Aunque el control del crimen sigue siendo básicamente responsabilidad interna del Estado, la regionalización de la cooperación, formal o informal, en materia penal debe ser fomentada por muchas razones. Entre ellas está la necesidad de aumentar la eficacia de la prevención y del control del delito, en particular el delito que se manifiesta a nivel regional, para aumentar la seguridad interior e internacional, y evitar las dificultades prácticas en las relaciones día a día entre Estados.

2. Los acuerdos internacionales para la cooperación en materia penal y otras formas de cooperación legal deberían estar integrados en las actividades de las organizaciones regionales que hayan sido establecidas para el desarrollo de una cooperación más estrecha en dicha región en materia económica, el progreso de la libertad de circulación de las personas, mercaderías y capitales o de otras formas de desarrollo de la región. Esta cooperación jurídica no sólo debe estar dirigida hacia objetivos económicos de la organización regional, sino también hacia los intereses generales de cada Estado participante.

3. La armonización de los Derechos Penales y del Proceso Penal de los Estados participantes, aunque potencialmente útil en la cooperación en materia penal, a menudo es difícil de alcanzar y no debería cons-

tituir un requisito previo para el desarrollo de instrumentos regionales multilaterales para la cooperación en materia penal.

4. Cuando se desarrollan instrumentos regionales sobre cooperación en materia penal, los Estados participantes deben asegurar que está garantizado el ejercicio de formas de control democrático en su elaboración. Igualmente, el control judicial debe poder ejercerse sobre la cooperación al nivel de la aplicación de la Ley, que incluye la cooperación policial.

5. Los instrumentos regionales de cooperación en materia penal deben reconocer la importancia del desarrollo de programas orientados al desarrollo de políticas orientadas a los programas de investigación criminológica, programas de capacitación e información y sistemas de documentación a nivel regional para el personal encargado de aplicar la ley y para otros practicantes del Derecho Penal, y la puesta a disposición de información y experiencia entre regiones.

6. El modelo de las Naciones Unidas de acuerdos bilaterales para los diversos modelos de cooperación internacional judicial en materia penal podrían ser empleados apropiadamente para el desarrollo de tratados regionales. Modelos similares elaborados por ciertas organizaciones intergubernamentales pueden considerarse para este mismo propósito.

7. Los instrumentos regionales de colaboración en materia penal pueden prever convenientemente mecanismos para la solución de disputas. Estos mecanismos podrían incluir la investigación de un acuerdo a través del intercambio de notas diplomáticas, la sumisión de las disputas de arbitraje, a un litigio judicial internacional o para el rendimiento de opiniones consultivas.

8. Los instrumentos regionales de cooperación en materia penal deberían ser redactados en tal forma que se reduzca al mínimo la posibilidad o necesidad de recurrir a las reservas. Un medio de alcanzar esto es mediante la enumeración de las reservas permitidas y no permitidas. Otro medio, que se podría combinar con el primero, podría ser obligar a los Estados que hayan formulado reservas a revisar periódicamente la conveniencia de su mantenimiento y a dar razones especiales para ello.

9. En la redacción de instrumentos regionales de cooperación en materia penal, los Estados participantes deberían contemplar la posibilidad de suspender —y eventualmente de denunciar— el instrumento por una o más Partes en relación con otra Parte, si esta otra Parte ha cometido una violación material de sus obligaciones convencionales o si una modificación fundamental de las circunstancias ha tenido lugar en la estructura política de esta otra Parte.

10. Con el propósito de prevenir la impunidad, la cooperación internacional para la investigación, prevención y persecución de delitos internacionales también debe estimular la constitución de Tribunales imparciales internacionales permanentes con competencia jurisdiccional en materia penal, ya sea en un nivel regional o universal, tal como ha sido recomendado y defendido por la AIDP durante décadas.

II. La Protección de los Derechos Humanos en la Cooperación Internacional en Materia Penal.

1. Se debería fomentar el creciente reconocimiento en los instrumentos internacionales y en la legislación nacional recientes, de la importancia de la protección de los Derechos Humanos en el marco de la cooperación internacional en materia penal. De modo semejante, también debe estimularse el creciente reconocimiento del individuo como sujeto del Derecho internacional público. Esta preocupación por la protección de los Derechos Humanos no sólo justifica ciertas restricciones que limitan el alcance de las formas de cooperación existentes, sino que también debería incitar el desarrollo de nuevas modalidades de cooperación. La protección de los Derechos Humanos no debería considerarse como un obstáculo a la cooperación internacional, sino más bien como una manera de reforzar la preeminencia del Derecho.

2. Cuando se enfrentan obligaciones de Derecho Internacional Público contradictorias, tendentes a la protección de los Derechos Humanos de un lado y a la cooperación internacional en materia penal de otro, los Estados deberían dar prioridad a las obligaciones relativas a los Derechos Humanos, sea rechazando la asistencia, sea imponiendo condiciones al otro Estado involucrado o llegando a negociaciones mutuamente aceptables en el interés de las personas involucradas.

3. Los Estados deberían revisar los Tratados sobre cooperación internacional en materia penal a los que están obligados y su compatibilidad con las obligaciones internacionales vinculantes relativas a la protección de los Derechos Humanos.

4. Los Estados deben, al cerrar nuevos Tratados sobre la cooperación internacional en materia penal, asegurarse que los mismos no sean obligaciones que puedan resultar en una violación de los Derechos Humanos fundamentales, tales como el derecho a no ser sometido a tortura, tratamiento humillante o inhumano o degradante, a discriminación, a arrestos o expropiaciones arbitrarias, o a procesos criminales que no cumplen con los principios generalmente aceptados de un juicio imparcial.

5. Cuando sean requeridos para proporcionar asistencia internacional en materia penal, los Estados no deben adoptar como norma la no investigación de la equidad y legitimidad de los procedimientos realizados en otros Estados. Deberían tener en cuenta la amplitud en la que los derechos y libertades efectivamente se protegen en estos Estados.

6. En la elaboración de nuevos instrumentos sobre cooperación internacional en materia penal, los Estados deberían prestar específica atención a la definición y protección de los derechos y de los intereses del individuo en procedimientos realizados en el transcurso de la aplicación de tales instrumentos. Estos derechos e intereses pueden incluir, llegado el caso: el derecho a invocar la aplicación del instrumento a su

favor, el derecho a ser informado de cualquier aplicación del instrumento y el derecho al acceso a un Tribunal para controlar la legitimidad de tal aplicación.

7. Los derechos mencionados en el Párrafo 6 también deben ponerse en práctica respecto a todos los instrumentos existentes, especialmente en los casos relativos a la transferencia de prisioneros. Debido a los aspectos humanitarios específicos involucrados, los instrumentos existentes para la transferencia de prisioneros deben aplicarse más ampliamente.

8. Los Estados en los que la regulación sobre la prueba en el proceso penal restringe el uso de la prueba lícitamente obtenida, deberían aplicar estas mismas restricciones de la misma manera con respecto a la prueba obtenida a través de la asistencia internacional en materia penal. En todos los Estados siempre debe excluirse la prueba obtenida sin respetar los derechos humanos fundamentales.

9. El secuestro de una persona de un país extranjero o la seducción mediante falsos pretextos a venir voluntariamente a otro país para someter a esta persona a detención y a persecución penal es contrario al Derecho Internacional Público y no debería ser tolerado, sino que debería considerarse como un obstáculo al proceso. La víctima de tal violación debería tener el derecho a ser restablecida a la posición que existía con anterioridad a la violación. La violación trae consigo la responsabilidad con respecto a la persona concernida y con el Estado cuya soberanía ha sido violada, sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas responsables por el secuestro. Igualmente, deben evitarse los procedimientos tales como la deportación o expulsión, aplicados deliberadamente para circunvenir las salvaguardias de los trámites de extradición.

10. Se debería explorar métodos para proporcionar al individuo el derecho al acceso al control judicial internacional sobre la aplicación de los instrumentos internacionales de cooperación en materia penal, en particular al nivel regional, con toda urgencia e implementados sin demora.