

pueden ser: el área de intimidad frente al Estado omnipresente y los monopolios de la información, el medio ambiente, la economía pública y la salud colectiva. Estos bienes jurídicos están siendo directamente afectados por conductas delictuales que no solo inciden en la esfera de derechos de un solo individuo sino el de toda una sociedad y probablemente, en las generaciones por venir.

Se insiste en perseguir al carenciado mientras que, al mismo tiempo, se ponen en peligro las condiciones ambientales que sustentan la vida en este planeta. Las formas de esta delincuencia son variadas: monopolización de los datos (tanto personales como de todo otro tipo), concentración de los medios materiales de progreso, contaminación de lechos de ríos con productos químicos desechados por las empresas de maquila tecnológica, destrucción de bosques tropicales lluviosos para la extracción de la riqueza mineral con el fin de llevarla a centros económicos, contaminación del ambiente con los humos de las industrias que venden sus productos con desiguales precios en el mercado internacional, para contribuir al progreso tecnológico del que somos testigos pero no sujetos actuantes.

El deterioro de nuestros alimentos por el envenenamiento con agroquímicos desechados en las sociedades centrales, adulteración de medicamentos, consumo de fármacos prohibidos en países centrales y vendidos en nuestra región a precios exorbitantes y con grave riesgo para nuestra población;⁶⁴ se conoce con un nombre: delincuencia eco-

nómica o delincuencia de cuello blanco. Esta última causa más daño a nuestra sociedad como grupo organizado que la presencia del vago, del homosexual, de la prostituta y demás "desviados", como pruebas fehacientes del clamor social que corre paralelo a las desigualdades del entorno económico, político y social.

Dentro de este contexto desigual es que el Derecho Penal latinoamericano, y en este caso, el costarricense, debería preguntarse qué papel está jugando en la protección de los individuos, al menos, debería sugerirse alguna respuesta que sirva para salvar la enorme responsabilidad social que carga sobre sus espaldas el Sistema de Justicia Penal.

Aunque sea fuera de lugar, el momento es oportuno para abrir discusión en torno a las verdaderas funciones del Derecho Penal como herramienta de control social. Sobre todo si hemos de plantear a la "pena" como un medio de responder a los peligros que enfrenta el ciudadano en su esfera de intimidad. No vaya a ser que el mismo Sistema de Justicia Penal sea un sujeto activo en los "delitos" que se cometen en contra de los individuos en su esfera de intimidad (piénsese en el caso de los ficheros policiales de detención por contravención y sospecha) bajo las justificaciones del interés público y de los lemas del sistema penal como protector de bienes jurídicos.

Quizás este último argumento sirva para disculpar el anterior discurso, el cual aparece aquí más como un compromiso con un Derecho Penal demo-

64. Para el lector interesado en profundizar en estos temas, las siguientes referencias bibliográficas son de obligada consulta para formar criterio sobre esta peligrosísima actividad criminal: MÁRQUEZ, Marcela, *Variaciones cualitativas y cuantitativas de los alimentos en Panamá*, Panamá, Universidad de Panamá, Instituto de Criminología, 1981; MÁRQUEZ, Marcela, *Notas preliminares para un estudio sobre alteración y contaminación de alimentos en Panamá*, Cuadernos Panameños de Criminología, N° 9, 1980, pp. 119-122; CLEMENTE MENDOZA, Noemí y BULLEN NAVARRO, Marcia, *Fraude de alimentos en delitos de cuello blanco*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1984; BORRERO NAVIA, José María, *Protección penal del ambiente y los recursos naturales en Centro América y el Caribe. Situación y tendencias*, Washington, D.C., Estados Unidos de América, ILANUD, documento de circulación restringida, 1987; MARCO DEL PONT KOCKLIN, Luis, *Estudio comparado sobre contaminación ambiental* (España, México, Panamá y Venezuela), *Revista Mexicana de Justicia*, México, vol. 3, N° 4, octubre-diciembre, 1985, pp. 171-192; CASTILLO BARRANTES, Jorge Enrique, *Fraude de alimentos en América Latina: Síntesis de tres investigaciones en Colombia, Costa Rica, Panamá*, San José, Costa Rica, Seminario Latinoamericano de Criminología Comparada sobre el Delito de Cuello Blanco, Panamá, agosto de 1982, publicado por el ILANUD y la Universidad de Costa Rica, 1982; ANTONY, Carmen y GLACOSA, Wilfrido, *Estudio sobre conductas ilícitas derivadas de la producción, distribución y comercialización de los productos farmacéuticos en Panamá*, Sexta Reunión del Proyecto Internacional sobre Delitos de Cuello Blanco en América Latina, San José, Costa Rica, 6-8 de junio de 1983, ILANUD, volumen 2, 1983; PIERANGELLI, José Enrique, *Ecología, polución y Derecho Penal*, Doctrina Penal, Buenos Aires, año 6, N° 21, enero-marzo, 1983, pp. 51-79; MARCO DEL PONT KOCKLIN, Luis, *Crimen de la contaminación*, México, División de Ciencias Sociales y Humanidades, Unidad Azcopotzalco, Universidad Autónoma de México, 1984; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Alternativas de la protección penal del medio ambiente*, Cuadernos de Política Criminal, Madrid, N° 19, 1983, pp. 133-156; CHIOSSONE, Tulio, *Delitos contra la naturaleza y el ambiente: Delitos ecológicos en Venezuela*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1982; PERIS RIERA, Jaime Miguel, *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, España, Universidad de Valencia, 1984; RUTHER, Werner, *Génesis de la norma penal para la protección sobre el medio ambiente: sobre la creación del Derecho Penal "ecológico" en el contexto de la protección del medio ambiente como nueva tarea sociopolítica*, Cuadernos de Política Criminal, Madrid, N° 25, 1985, pp. 37-57.

crático en un Estado social de derecho que con una reivindicación sin motivo del individuo frente al Estado.

Necesidad de un replanteamiento de la política criminal de nuestro tiempo: El reto de la informática.

Entendamos al orden jurídico penal como un orden discontinuo de ilicitudes y representémoslo como una línea de puntos discontinuos entre sí, donde estos puntos vendrían a ser las conductas que el legislador no quiere que se realicen por cuanto, si tal fenómeno ocurriera, los bienes jurídicos se afectarían mayormente, y la vida de relación se haría imposible.

Muy bien, hasta aquí, pero imaginemos que la representación gráfica de ese orden penal fuese una línea continua de puntos, nos daríamos cuenta de inmediato que el legislador ha regulado todo, lo ha prohibido todo y ya no queda una sola área de la vida de convivencia que quede al libre discernir del hombre.

Creemos que esta última representación del ámbito de lo injusto no es cierta porque el legislador no ha regulado todo. No obstante, últimamente parece que los espacios vacíos entre los puntos no se han llenado con tipos penales sino con otras formas de control por parte del Estado (médicas, educativas, sanitarias, laborales, administrativas, terapéuticas, etc.).

La política criminal vigente, en el entendido de que es la política criminal que se demuestra en el estado actual del planteamiento del problema de la protección de los bienes jurídicos prevalecientes.

Se trata de una política criminal que pretende ser democrática y respetuosa del hombre, pero que representa una clara contradicción entre lo que propone a nivel teórico, y lo lleva a cabo en la práctica. Contradicción que motiva casi la construcción de un modelo de política propio de un Estado terapéutico y no de un Estado democrático. Esto es, en pocas palabras, un Estado que busca la "curación" de las enfermedades sociales por intermedio de la sanción, reminiscencia positivista que aún no hemos podido eludir en la creación de tipos penales.

En relación con todo lo dicho, es necesario tener en cuenta que la sociedad siempre reaccionará frente a toda conducta desviada de las reglas del grupo, y frente a todas las conductas que se señalen

como dañosas la reacción será particularmente severa. Las respuestas sociales ante la delincuencia son múltiples, pero podemos distinguir dos fundamentales: la respuesta estatal (por intermedio de las instituciones estatales previstas para ello) y la respuesta social (por intermedio del mismo grupo social, hacemos referencia al concepto de sociedad civil).

Se responde ante las infracciones descritas en las leyes y ante las conductas desviadas, en una interacción de mecanismos de control tanto formales como informales, no habiendo un orden establecido en cuáles deben entrar a funcionar ante cuáles conductas.

Cuando se estudia un modelo de política criminal, se suele dejar de lado lo que se suele denominar un modelo dialéctico de política criminal. Se rechaza este modelo porque hace referencia a una "situación paradójica" donde el Estado, aún reconociendo una diferencia entre conducta desviada e infracción penal, decide responder solamente ante las conductas desviadas. "En un sistema tal, el Estado se desentiende de los hechos incompatibles con las normas sociales, abandonándolos a la venganza o a la mediación del grupo, mientras asume el tratamiento del estado de no conformidad constitutivo de la desviación, pero sin incluir dentro de ella a la desviación nacida de la infracción, pues en este caso se confundirían las dos nociones en un concepto único."⁶⁵

Claro está que este es un modelo teórico que supuestamente no debe darse en la realidad, pues "...la respuesta estatal se orienta prioritariamente hacia la infracción y solo a título complementario hacia la desviación, salvo cuando ésta viene concebida en un sentido tan amplio que engloba, también, a la infracción."⁶⁶ Sin embargo, en la realidad de las legislaciones contravencionales deberíamos repensar su asimilación o no a este modelo de la política criminal conforme a una persecución de la desviación antes que a la infracción.

El mismo funcionamiento del Sistema Penal manifiesta que el gran volumen de casos está constituido por la resolución de problemas contravencionales, que como hemos visto son esencialmente un problema de desviación que ha pretendido ser "curado" por vía penal.

En lo que se refiere a la protección de los intereses difundidos del grupo social corresponde enten-

65. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 51.

66. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 51.

der bien las recomendaciones que se hacen en foros internacionales para lograr una política criminal alternativa. Esto es, no una criminalización alternativa, cambiando el foco de atención de la criminalidad contravencional y contra la propiedad hacia la criminalidad de cuello blanco, sino más bien hacia la descriminalización, "...la más rigurosa reducción posible del sistema penal."⁶⁷

Se trata en general de entender, que hay un ámbito libre de regulación jurídica, es decir, que existen zonas donde el Ordenamiento jurídico no debe intervenir, ya que su papel en esas zonas resulta inadecuado e innecesario.⁶⁸ Zonas donde el hombre queda librado a su conciencia y donde el derecho debe respetar esa instancia individual del ciudadano responsable, moralmente libre.⁶⁹

HIRSCH, opina que el ámbito libre de regulación jurídica, entendida en estos límites, queda fuera de aplicación del Derecho Penal, desde que este último es entendido como un orden discontinuo de ilícitos.⁷⁰ Coincidimos en principio con este autor alemán, pero es conveniente hacer algunas precisiones en torno a sus ideas.

Si bien es cierto que el Derecho Penal se configura como un orden fragmentario, donde sólo se toman en cuenta aquellos bienes jurídicos preeminentes para la convivencia, debemos seguir en el discurso, que solo esos bienes preeminentes pueden ser protegidos por el Derecho Penal.

Así las cosas, la política criminal de un Estado de Derecho como el costarricense debería tomar en cuenta estas situaciones de índole político y social. Debería de ser consciente de que hay una serie de normativas que están en abierta contradicción con el espíritu de nuestra última Constitución liberal, y que es momento de empezar a reconducir los ámbitos de protección penal a los bienes jurídicos más importantes para las legislaciones futuras, en una palabra, reconducir los esfuerzos punitivos del Estado a la protección de la vida de relación, garantizando una oportunidad de vida para las generaciones futuras.

En este sentido, las recomendaciones de política criminal incluirían todos los aspectos que ya hemos analizado en otro lugar,⁷¹ no obstante, haciendo alusión a la serie de situaciones que han sido discutidas en torno a la idea general que debería perseguir una visión democrática de la reacción penal, es que proponemos lo siguiente:

i. Evitar la construcción de leyes que establezcan las diferencias "positivistas" entre los seres humanos, es decir, iniciar una lucha contra las leyes de peligrosidad ante *delictum*, las leyes contravencionales de vagos y mendigos y las disposiciones legales que consignan la posibilidad de funcionamiento de sistemas penales paralelos. Sabemos que genéricamente, esta pretensión es imposible desde que los subsistemas del poder penal ejercen su labor al

67. BARATTA, *op. cit.*, p. 11.

68. HIRSCH, Hans Joachim, *El Derecho Penal y el ámbito libre de regulación jurídica*, *Doctrina Penal*, N° 39, año 10, julio-setiembre, 1987, p. 397. Tenemos en cuenta en este sentido, las críticas de RADBRUCH, quien decía que no existían áreas libres de regulación jurídica, ya que si bien existían zonas donde el Derecho no intervenía, éstas lo eran precisamente por voluntad de la ley, es decir, por cuanto el mismo Derecho había definido negativamente su participación en esas instancias. Luego, no existen zonas libres de regulación jurídica sino simplemente zonas donde el Derecho, por voluntad de la ley, ha decidido no intervenir. La crítica es de recibo, aunque un concepto de Derecho como el que se sostiene no deja de ser amplísimo, casi carente de contenido. No debemos olvidar que en este orden de ideas no nos estamos separando del orden jurídico. En nuestro criterio, es la Constitución Política, el bastión donde se señalan los límites para la intervención del Derecho. En nuestro Ordenamiento jurídico, casualmente, el artículo 28 constitucional, señala que aquellas acciones privadas que no vayan contra la moral, el orden público o contra terceros no pueden ser perseguidas por la ley (segundo párrafo). Si bien, los conceptos de moral, de buenas costumbres pueden variar según el entorno social y cultural de que se trate, también es cierto que dicha definición debe hacerse tomando en cuenta los principios dentro de los cuales se halla definido el proyecto político de organización del Estado. Si estamos hablando de un Estado de Derecho, casi al mismo momento estamos mencionando que la libertad del ciudadano y su área de intimidad están tomadas en cuenta por las percepciones del legislador. HIRSCH, hace una importante distinción del área libre de regulación jurídica, con el ámbito libre de regulación penal. Tiene razón, ya que el Derecho Penal es fragmentario, es decir, ya por definición sólo intervendrá como última ratio, sea, de principio sólo intervendrá en esas áreas donde las relaciones de convivencia corran peligro y sea necesaria la sanción penal por tratarse de conductas lesivas de bienes jurídicos fundamentales. HIRSCH, *op. cit.*, pp. 402-403.

69. *Ibid.*, p. 400.

70. HIRSCH, *op. cit.*, p. 424.

71. CHIRINO SÁNCHEZ, Eric Alfredo, *Política criminal, criminalización, descriminalización y medios sustitutivos de la prisión. Análisis concreto de la problemática contravencional*, en: *Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, San José, diciembre 1989, N° 1, pp. 7-18.

amparo de una serie de prácticas que son connaturales a su visión parcializada y concreta del problema criminal, no obstante, se trataría de optar por mecanismos de control sobre las agencias de persecución y castigo de las conductas tipificadas que prohíban la arbitrariedad y que sean una constante retroalimentación en la dimensión de los derechos humanos del perseguido en relación con los derechos humanos del perseguidor. Y, en relación con las legislaciones de criminalización selectiva (como la actual Ley Contra la Vagancia, la Mendicidad y el Abandono), se propone su derogación, ya que son portillos abiertos para la "justificación" legal del control policial sobre grupos de población muy concretos de nuestro país.

ii. Permitir una mayor participación de los grupos afectados por la criminalización selectiva del sistema penal. Se impone como necesidad que los grupos más carenciados de nuestra sociedad tengan una voz en el proceso de formación de las leyes que eventualmente les pudieran afectar, de manera que sean éstos los que puedan ayudar a determinar la oportunidad o no de las regulaciones penales. Esta participación, verdaderamente democrática, de los sectores afectados por el poder penal, permitiría dar un acomodo a los discursos legislativos que hasta el momento han sido un medio útil de deslegitimar cualquier intento de cambiar la situación actual de las incriminaciones contravencionales.

iii. Evitar la contradicción que se presenta con lo interno de los sistemas penales por el establecimiento de "carreras delictivas" a través del ejercicio de las posibilidades omnímodas de control que tienen los sistemas penales paralelos. Nos referimos a las posibilidades reales que existen en la actualidad (por la vía de legislaciones contravencionales, de peligrosidad y penales en general) de incentivar la asunción de papeles o roles criminales por aquellos sujetos con antecedentes penales y policiales. Esta última actitud de los sistemas penales, y que ha sido olvidada por la política criminal de los últimos diez años o quince años, ha motivado una "amplificación de la reacción social y judicial" que es perjudicial para la misma lógica de los sistemas penales.⁷²

iv. Imponer a lo interno de los sistemas penales una readecuación de los principios de igualdad ante la ley, de seguridad jurídica, de legalidad criminal y de mínima intervención del Derecho Penal, para garantizar al individuo que vive en sociedad las posibilidades de hacer efectivo su proyecto indivi-

dual con independencia de la intervención del Estado.

v. Enfatizar el estudio, discusión y puesta en práctica de las acciones necesarias, como forma de contrarrestar y eliminar en lo posible, dentro de estas conductas violatorias de bienes jurídicos, el ejercicio de los poderes penales. Se debe avanzar en la verificación real de los objetivos de la sociedad: equitativa distribución de la riqueza, igualdad de oportunidades, combate contra la miseria, el abandono y el vagabundaje abriendo opciones reales de trabajo y dando más posibilidades a los grupos carenciados para que accedan por medios legítimos a los bienes jurídicos.

vi. "Desinstitucionalizar" los conflictos que permitan evitar los hondos problemas sociales que se suscitan con la aplicación de la pena privativa de la libertad y la puesta en movimiento de los engranajes del poder penal. Algunas de estas formas serán analizadas y propuestas más adelante.

vii. Acercar, mediante una política criminal adecuada, el funcionamiento de los sistemas penales a la pretensión básica de convertir al Derecho Penal en última ratio, es decir, en el último instrumento de protección de los bienes jurídicos, y en términos más precisos: convertirlo en el último medio de control social. En materia contravencional, esta pretensión debería orientar el destino futuro de las regulaciones y dar el verdadero límite a la acción del legislador, en el sentido de hacer el derecho de faltas o contravencional, no el portillo de control para conductas que de otro modo sería muy difícil de perseguir, sino la vanguardia del movimiento de reforma penal hacia una democratización de la reacción penal.

Estas reglas generales deberían orientar el movimiento de reforma penal en Costa Rica.

Es evidente la necesidad de que el Derecho Penal proteja la *privacy* en todas aquellas hipótesis en donde el actuar ilícito represente un grave daño social y un perjuicio individual notable. Sin embargo debemos dejar bien claro que el Derecho Penal debe ser en este sentido solamente complementario.

Es necesaria una legislación preventiva que tutele las relaciones de los individuos con los bancos de datos de manera que se puedan establecer límites y regulaciones al funcionamiento que garanticen la *privacy* (licencias de funcionamiento, reglamentos de servicio, controles de encuestas, control de soportes lógicos, códigos de deontología para funcio-

72. ANIYAR DE CASTRO, *Criminología de la liberación*, op. cit., p. 99.

narios de centros de cómputo, etc.) antes de que se sucedan las hipótesis que consignaría el Código Penal.

Solo cuando estas medidas preventivas revelen su ineficacia es que podremos entender que se hace imperativa la construcción de incriminaciones donde se consignent los diversos tipos de conductas de abuso informático en contra de la intimidad.

Como bien lo afirma *Morales Prats*: "...no basta con reseñar la gravedad de las acciones discriminatorias a que puede dar lugar la manipulación del ordenador. Tampoco es suficiente la constatación de la trascendencia del derecho a la intimidad en la sociedad cibernética. La gravedad de la ofensa y la calidad del bien jurídico, puesto en peligro o destruido, conforman los presupuestos definitorios de la misión del Derecho Penal en las sociedades democráticas."⁷³

El principio de mínima intervención del Derecho Penal y de última herramienta (*última ratio*), que ya hemos mencionado existen como propuestas en diversos foros y discusiones internacionales, deben de ser elementos necesarios para la reflexión legislativa. La protección penal debe de buscarse sólo cuando otros remedios y paliativos extrapenales revelen su ineficacia para la protección de los bienes jurídicos.

La protección penal de la libertad informática en Portugal.

Resulta de especial interés analizar los proyectos de Ley Nº 64/III y 381/V, ya citados, para destacar algunas de las tendencias de la moderna política criminal en materia de bancos de datos y tutela de la *privacy*.

Ambos proyectos manifiestan la tendencia de incriminar las conductas de trasiego de datos (incluyendo los flujos transfronteros), la revelación de datos sujetos al secreto profesional, uso ilegítimo de bases de datos para obtener provecho patrimonial, desvío de datos de la finalidad autorizada y la modificación fraudulenta e ilícita de datos consignados oficialmente en bancos de datos autorizados.

La idea de ambos proyectos de ley va en el sentido de prevenir algunas afectaciones de la esfera de intimidad creando leyes marco que reglamenten los derechos que consigna el artículo 35 de la Constitución portuguesa.

Resulta fundamental la acción de la administración pública por intermedio de la Comisión Nacional de Informática y Libertades (artículo 14 del Proyecto 381/V) y de la Comisión Nacional de Protección de Datos (artículo 14 del Proyecto 64/III). Este órgano se convierte en contralor del desarrollo y funcionamiento de los bancos de datos que se creen en el ámbito privado y público.

En ambos proyectos el tenor del articulado es similar: "Se crea la Comisión Nacional de Protección de Datos, con la atribución genérica de controlar el procesamiento de datos de carácter personal, en riguroso respeto de los derechos del hombre y de las libertades y garantías consagradas en la Constitución y en la presente ley."⁷⁴

La creación de este órgano no afecta los tipos penales que se crean después ya que la función contralora funciona a nivel preventivo. En el caso de conductas dolosas en daño de la intimidad los tipos penales funcionan con el carácter personal y de determinación del daño causado ya comunes en la tradición represiva de los Códigos Penales.

La mayoría de los tipos penales que se crean en ambos proyectos tienen la característica de ser tipos penales abiertos, en donde la determinación de los verbos y de los otros elementos del tipo objetivo requieren de conocimientos técnicos y de definiciones que no solo deben encontrarse en la ley marco, sino también en la pericia de los operadores de los centros de cómputo.

El artículo 41, por ejemplo, conjuga la amplitud del tipo no sólo en la definición técnica de los verbos y elementos, sino también en la alusión directa a un artículo de la Ley que le da a su vez contenido y extiende (y a la vez limita) su cobertura típica:

73. MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 328. No en vano, como ya lo advertíamos más atrás, el Derecho Penal suele usarse como discurso legitimante de prácticas antidemocráticas, como "...coartada soterradora de contradicciones que supone la protección legal de derechos y pretensiones antagónicas a la estructura del sistema socioeconómico." (*Ibid.*). Estas prácticas convierten al Derecho Penal en un armatoste ideológico que lo justifica todo y que en el momento de la protección de los intereses prevaletentes de la sociedad se convierte en un camino sin salida para la Democracia, pero sobre todo, para el individuo que busca guarecer su esfera de libertad de los abusos del Estado.

74. Artículo 14 del Proyecto de Ley Nº 64/III.

***Artículo 41:**

Quien procese o mande procesar, en contravención con lo dispuesto en la presente ley, datos de carácter personal referidos en los artículos 3 y 4 será penado con prisión de hasta dos años.⁷⁵

En el artículo 42, otro caso interesante el juzgador deberá determinar qué significa "usar" datos o programas registrados en soporte informático. La redacción podría incluir demasiadas conductas, entre ellas, algunas cuya diferencia con la conducta típica solo estaría en la determinación del enriquecimiento ilícito. Sin embargo, creemos importante la inclusión de este tipo de conductas, ya que de esa manera, aunque lo sea de forma indirecta, se incluirían hipótesis usualmente relacionadas con "usos" lícitos de bancos de datos que acarrearán serios perjuicios al ciudadano:

***Artículo 42:**

Quien con el propósito de obtener para sí o para terceros, un enriquecimiento ilegítimo usare datos o programas registrados en soporte informático, será penado con prisión de hasta dos años y multa de hasta 120 días.

- 2) Si el agente hubiere actuado sin el propósito de enriquecimiento será penado con prisión de hasta un año o multa de hasta 60 días.
- 3) En el caso del número anterior el procedimiento penal depende de denuncia.⁷⁶

En el mismo sentido de los artículos anteriores, el artículo 37, viene a circunscribirse en la misma tónica de técnica legislativa:

***Artículo 37:**

Crear o mantener un fichero automatizado de datos de carácter personal con inobservancia de lo dispuesto en la Ley será penado con multa de hasta 60 días."

Cabe destacar que la intención de los proyectos es la de incluir la previsión de que el proceso penal puede ser enervado sólo a partir de denuncia. Este elemento permite distinguir un especial interés legislativo en que la protección penal se dirige al individuo.

El artículo 43 incluye dos verbos que requieren determinación y pericia técnica: se trata de la modificación y destrucción de datos en programas registrados en soportes informáticos. No se entiende si el tipo incluye las modificaciones del soporte lógico en sí mismo (software), mediante la introducción de nuevas instrucciones y de rutinas; o la destrucción del software introduciendo un "virus" o "bomba lógica" que desnaturalice el programa. También, y esa parece ser la intención del legislador, el tipo se refiere a los datos que el programa ha permitido manejar y registrar (es decir no el software propiamente dicho sino los registros que ha permitido tratar, conservar y manejar):

***Artículo 43:**

- 1) Quien ilegítimamente modifique o destruya datos en programas registrados en soporte informático será penado con prisión de hasta dos años o multa de hasta 120 días.
- 2) Si con el comportamiento descrito en el número anterior el agente hubiere provocado perjuicio de valor considerablemente elevado será penado con prisión de dos a seis años o multa de hasta 200 días.
- 3) El procedimiento criminal depende de denuncia salvo que el delito haya sido cometido en ocasión de motín público."

Finalmente, el artículo 44 consigna los verbos: elaborar, desencadenar un tratamiento automatizado de datos produciendo datos erróneos y causando una transferencia de valores en perjuicio de terceros. Este tipo es el más complejo para la interpretación, no solo por lo inusitado de la apertura, sino también porque el bien jurídico tutelado no aparece claro. Resulta interesante, eso sí, que se pretenda incluir en esta sección de delitos una descripción típica que se refiera a la manipulación no solo de la base de datos en sí misma (haciendo transferencia de datos o desencadenando procesos de tratamiento de información) que permiten cubrir efectivamente una serie de conductas que de otra manera estarían lejos del ámbito de cobertura. No obstante, la redacción resulta confusa y el bien jurídico no es fácilmente discernible:

75. Artículo 41, Proyecto de Ley Nº 64/III. Los artículos 3 y 4 (de ambos proyectos) enumeran los siguientes datos personales cuya prohibición de manipulación es absoluta: datos referentes a convicciones filosóficas o políticas, filiación partidaria o sindical, fe religiosa, raza, antecedentes penales, aplicación de medidas de seguridad, sospechas de actividades ilícitas, salud, situación patrimonial o financiera, los hábitos o tendencias sexuales, o bien cualesquiera otros datos cuyo procesamiento se manifieste en concreto atentado de la intimidad.

76. Artículo 42 del Proyecto Nº 64/III.

***Artículo 44:**

Quien con el propósito de obtener, para sí o para terceros, un enriquecimiento ilegítimo, elabore o desencadene un tratamiento automatizado o de transmisión de datos y de ese modo consiga resultados erróneos o hubiere impedido un tratamiento automatizado o una transmisión de datos que normalmente conduciría a resultados correctos, causando así una transferencia de valores en perjuicio de terceros, será penado con la pena prevista en la Ley para el hurto calificado.⁷⁷

El artículo 45 describe dos conductas que a nuestro criterio son base fundamental de la protección de los datos personales. Se trata, en primer lugar, del manejo ilícito de un ordenador para obtener provecho patrimonial y, en segundo lugar, la utilización del ordenador para acceder datos cubiertos por el deber de sigilo y secreto profesional por un tercero (no necesariamente cubierto por el deber ético ya mencionado).

***Artículo 45:**

- 1) Quien sin consentimiento del que tuviere derecho hiciere uso en provecho propio de un computador o de una red de datos será penado con multa de hasta 50 días.
- 2) Si el agente a través del uso ilegítimo del computador o de la red de datos hubiere tenido acceso a datos personales o de otros, cubiertos por el secreto profesional, será penado con prisión de hasta un año.
- 3) Si el agente hubiere divulgado informaciones a las que tuviere acceso con perjuicio del Estado o de terceros será penado con prisión de dos a seis años o multa de hasta 200 días.
- 4) La tentativa será punible.
- 5) El procedimiento penal depende de denuncia salvo en el caso del número tres si la divulgación tuviere perjuicios particularmente graves.⁷⁸

Caso especial es el del artículo 38, que establece la conducta genérica de rompimiento del deber de sigilo y de secreto profesional, vendría a convertirse en el tipo genérico:

***Artículo 38:**

- 1) Quien sin justa causa:

a) Rompa el secreto profesional en Perjuicio del Estado o para Terceros;

b) No brindar las informaciones exigibles en los términos de la presente ley o no cumplir con lo dispuesto en el número uno del artículo 33;⁷⁹

Será penado con multa de hasta 30 días.

2) El procedimiento penal depende de denuncia.⁸⁰

Una importancia adicional del artículo 38 está en el hecho de que se le brinda protección al derecho del ciudadano de obtener satisfacción a su interés de acceder a los datos personales consignados en el banco de datos y/o modificar, rectificar o eliminar (derecho de rectificación) aquellos datos que considere atentatorios de su intimidad. Este tipo presupone que se hayan creado las condiciones necesarias para el ejercicio de este derecho.

Es necesario un sistema de medidas preventivas eficaz para la protección de la intimidad desde la perspectiva del personal que labora en centros de cómputo.

La construcción de un Código Deontológico en esta área sería una manera de dotar de contenido al deber de sigilo y de secreto profesional que también se intenta regular con el Derecho Penal y las penas. La existencia de este Código sería fundamental para la interpretación de los tipos penales. No sabemos si se planea construir en Portugal, pero no hay duda que es el presupuesto necesario para la interpretación de los tipos que custodian el sigilo y secreto profesional. Es de esta opinión, en la doctrina española, *Morales Prats*, quien se manifiesta sobre esto de la siguiente manera: "La instauración de estas reglas éticas de la informática, cuya infracción comporte sanciones internas por parte de los órganos de representación corporativa, no basta para una tutela adecuada del derecho a la intimidad, pero reviste importancia porque puede coadyuvar a la interpretación de las normas de cuidado que puedan llegar a ostentar un significado penal en futuras incriminaciones de conductas imprudentes o de omisiones en la explotación y transmisión de datos personales automatizados."⁸¹

77. Artículo 44 del Proyecto Nº 64/III.

78. Artículo del Proyecto 64/III. El artículo 33 (en ambos proyectos) se refiere a que el responsable del fichero debe dar satisfacción al titular del registro o comunicarle lo que fuere conveniente en el plazo máximo de 30 días.

79. MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 346.

Los siguientes artículos de los proyectos de ley portugueses se refieren al sigilo y al secreto profesional:

***Artículo 39:**

El funcionario que con infracción de lo dispuesto en esta ley rompa el secreto profesional con la intención de obtener para sí o para otro un beneficio o de causar un perjuicio de interés público o de terceros" (art. 39 del Proyecto 381/V establece prisión de hasta dos años o multa de 50 a 150 días, en el Proyecto 64/III la tentativa es punible).

***Artículo 40:**

Será penado con prisión de hasta un año y multa de hasta 120 días quien:

- a) Rompa el secreto profesional con perjuicio para el Estado o para terceros;
- b) Brinde falsas informaciones en el pedido de autorización para la constitución o mantenimiento de un fichero automatizado de datos de carácter personal o proceder a alteraciones no consentidas por el instrumento de creación;
- c) Modifique, suprima o acreciente de forma indebida informaciones personales a un fichero automatizado de datos;
- d) Desvíe de la finalidad legítimamente consentida informaciones de carácter personal o públicas."

La protección penal, como ya lo hemos visto, se enfrenta a dos grandes obstáculos para el principio de legalidad criminal: en primer lugar, la aparente necesidad de crear tipos marco (tipos en blanco) que se llenen de contenido con las especificaciones técnicas que se hagan en otras leyes o reglamentos.

Es necesario regular conjuntamente tanto el tratamiento electrónico como el tratamiento manual de la información. Las posibilidades de que se filtren fraudes a la ley por una regulación parcializada poniendo como punto de análisis sólo el tratamiento electrónico. Bastaría a las compañías monopolizadoras de bancos de datos cambiar la forma de tratamiento de la información para estar fuera del alcance de una ley parcial. Y para mayor abundamiento, la experiencia actual demuestra que ambos

procesos (manual y electrónico) funcionan conjuntamente en dichas compañías públicas y privadas que se dedican a esta labor.

Se debe regular claramente que los órganos de la administración no deben intercambiar datos personales de los ciudadanos. Se deben proteger las áreas de competencia de los órganos administrativos y que la información que se posea se circunscriba a dichos ámbitos de acción, para proteger a los ciudadanos del peligro de que se elaboren perfiles personales mediante el intercambio de los valiosos datos que tiene la Administración Pública sobre la población.

Finalmente, debemos destacar el hecho de que se le da especial importancia a las penas cortas de prisión en ambos proyectos de ley y que hay un especial énfasis en las multas, las cuales pueden tener montos sumamente elevados y ser de esa manera obstáculos fundamentales para los monopolios de la información.

La libertad informática ante el Derecho Penal costarricense.

El Código Penal costarricense de 1971 consagra un título de dos secciones con diez artículos bajo la denominación de delitos contra la intimidad, se incluyen en el Libro Tercero del Código dos contravenciones relacionadas con el tema.⁸⁰

La idea del legislador penal fue la de proteger, no la esfera de intimidad, sino los documentos, correspondencias (artículos 196 C.P.; 197 C.P.; 199 C.P.) y los lugares en donde se puedan manifestar algunos matices de la esfera de intimidad y siempre desde la validación de dicha esfera desde el concepto de propiedad.

El delito de captación indebida de manifestaciones verbales (art. 198 del C.P.), por medios técnicos, resulta ser muy interesante, no obstante, no dejó espacio para la protección de otras violaciones a la intimidad como sería el acceso ilícito a bases de datos para sustraer datos personales con fines comerciales o de cualquier otro tipo ajenos a la voluntad del titular o de los administradores de la base de datos.⁸¹

El artículo 201 del C.P. establece: "Será reprimido con prisión de seis meses a un año el que usare indebidamente en cualquier forma, cartas, papeles,

80. Código Penal, Ley Nº 4573 de 4 de mayo de 1970, San José, Editorial Porvenir, primera edición, 1983.

81. "Será reprimido con prisión de uno a seis meses o de treinta a sesenta días multa, al que grabare las palabras de otro no destinadas al público sin su consentimiento, o al que mediante procedimientos técnicos escuchare manifestaciones privadas que no le estén dirigidas." (Art. 198 del C.P.).

grabaciones, despachos telegráficos, telefónicos, cablegráficos o de otra naturaleza que hubieren sido distraídos o reproducidos".

Este último artículo podría cubrir dentro de la esfera típica aquellas conductas de sustracción de datos y uso indebido de los mismos, la redacción del artículo: "o de otra naturaleza" abre el tipo y por ahí podrían filtrarse en la interpretación judicial, entonces, registros magnéticos, diskettes, discos duros, discos compactos, casetes de almacenamiento masivo, etc.

El delito de violación de secretos⁸² parece centrar en su ámbito de cobertura en la acción de los profesionales que por razón de su cargo sepan de aspectos de la vida privada de las personas y los divulguen. Sin embargo, si no concurren las condiciones exigidas en el tipo (de hecho muy limitadas) no podría aplicarse para la protección de la libertad informática, salvo de una manera residual a través del tipo de injurias (en la doctrina española se considera la posibilidad del delito de coacciones en algunos supuestos).

En las dos contravenciones previstas, interesa a este estudio particularmente el artículo 377 del C.P.: "Se impondrá de tres a treinta días multa a quien: 1) Por cualquier medio divulgare hechos relativos a la vida privada de una persona o de una familia, que sin ser calumniosos o injuriosos puedan causar perjuicio, molestia o mortificación a dicha persona o familia".

Esta contravención podría permitir una protección a la intimidad en el caso de manipulación de datos personales, por cualquier medio (incluyendo el informático). No obstante, la alta sofisticación necesaria para recabar la prueba, la experiencia y la pericia necesaria en el juzgador, y los inusuales talentos para la valoración de los hechos, hace que esta comprobación no se pueda hacer en sede de Alcaldías de Contravenciones en el ambiente costarricense.

La contravención descrita, así como casi todo el Libro III del Código Penal costarricense, tiene la característica de ser una legislación penal inusualmente abierta, en muchos casos en blanco, que

pone en problemas al juzgador al tener que aplicar la ley en abierta contradicción, muchas veces, con el principio de legalidad criminal.

A pesar de ser un buen ejemplo de la tradición jurídico-penal continental europea, la protección de la "privacy" en el Derecho Penal costarricense está muy lejos de ser una realidad y se hace imperativo la introducción de legislación penal especial, que junto con una reforma constitucional (para clarificar conceptos y límites) permita resguardar los antes dichos bienes jurídicos.

Libertad informática y ficheros policiales en Costa Rica.

Una de las funciones sui géneris que ha asumido la policía costarricense es la de llevar contabilidad y archivo de las personas y de las conductas delictuosas por las que son aprehendidas. Dicha función no tendría relevancia para un estudio como el presente si no saltara a la vista un hecho preciso: las sospechas y las contravenciones son susceptibles de hacer ingresar a una persona en dicho archivo.

Basta una primera contravención, como la vagancia o el irrespeto a la autoridad, para que a la persona se le fotografíe y se le tomen sus huellas dactilares.⁸³

El Archivo Criminal del Organismo de Investigación Judicial, bajo la autoridad de un director, se encarga de llevar un registro de los posibles autores de delitos, que serían puestos a la orden de la autoridad judicial. La contabilidad de los diversos registros, así como de las personas se lleva por medio de tarjeteros y de expedientes.

Los tarjeteros incluyen la información básica tal como: huellas, datos personales de identificación. Los expedientes contienen información mucho más detallada. Ambos sistemas solo son consultados por el personal adscrito a esta oficina y son confidenciales.

Los tarjeteros de contravenciones son quizá los más interesantes de todos los documentos que se contienen en dicho archivo; y son interesantes no solo por el hecho de contener lo que en buena doctrina se llamaría un archivo de contraventores,

82. "Será reprimido con prisión de un mes a un año o de treinta a cien días multa, el que teniendo noticias por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revele sin justa causa." (Art. 203 del C.P.).

83. En este mismo sentido, MADRID CONESA, advierte sobre este atentado a la intimidad de los ciudadanos de la siguiente manera: "...en este apartado ha de hacerse referencia a los ficheros de policía en los que se encuentran millones de ciudadanos 'sospechosos', es decir ciudadanos respecto a los cuales no ha podido probarse su participación en la comisión de un delito, y que, sin embargo, son tomados en cuenta continuamente para la investigación de sucesivos delitos, lo cual supone también un atentado, sin base de ningún tipo, a la intimidad de los ciudadanos." MADRID CONESA, *op. cit.*, p. 32.

sino por ser este el primer bastión de la lucha del Estado por el control de cierto tipo de conductas que han demostrado más volumen de incidencia que los mismos delitos. Este bastión frontal en la lucha por el control de las conductas ilícitas nos hace razonar una vez más en el Estado de Derecho y en los fundamentos más básicos del Derecho Penal. La razón la hemos expresado en secciones anteriores atrás; pero sirva la redundancia para motivar la reflexión sobre estos problemas.

Si el policía lo consulta en los momentos en que se realizan "redadas" u "operativos policiales" (como prefiere llamárselos actualmente), estaremos en presencia del fenómeno de que las áreas que aún no han sido llenadas con injusto penal se están llenando con control formal e informal del Estado. Los controles formales son evidentes en todo esto y la estigmatización de los sujetos que acceden al sistema de justicia penal por medio de contravenciones son el ejemplo más palpable de la veracidad de estas afirmaciones.

Son alrededor de sesenta y ocho mil fichas las que se contienen en este archivo y es muy probable que la mayoría sean de sujetos sospechosos y de contraventores. Esto es fácil asumirlo si se piensa que gran parte de los sujetos que fueron estudiados como contraventores tienen un historial "criminal" que comenzó por una detención posterior a definir, que al final resultó ser un irrespeto a la autoridad o una figura de vagancia; y que a partir de continuas entradas al sistema, empezó a hacerlo por conductas como robo, hurto, lesiones, agresión, daños, etc. Esto último no quiere indicar por sí solo que se estén

construyendo carreras delictivas por medio de conductas contravencionales sino más bien que hay una correlación muy evidente entre la actuación de los cuerpos policíacos de control y los sujetos que posteriormente acceden al sistema de justicia penal.

No quiere decir esto tampoco que la labor de la policía se adelante a lo que posteriormente serán delinquentes habituales o reincidentes; sino más bien que los contraventores reincidentes están sufriendo un tratamiento especial, evidentemente criminalizante y con consecuencias muy directas sobre las actuales políticas internas de manejo de casos en los cuerpos policiales.

El Archivo Criminal viene a ser considerado como una luz roja de alerta de un fenómeno que a nadie interesa, y que se considera sin importancia pero que puede estar dotado ya de toda una ideología bien consistente encaminada hacia una evitación de medios más benignos de persecución de conductas negadoras de los valores sociales considerados fundamentales.

Creemos que los ciudadanos costarricenses deberían plantearse la necesidad de luchar contra estos archivos policiales, que no tienen ningún control por parte ni de los ciudadanos ni de una Comisión de Protección de Datos y Libertades. Dicho fichero es una afrenta directa a los derechos y libertades de los ciudadanos, los cuales, en la mayoría de los casos, ni se dan cuenta del control que se ejerce sobre ellos y no pondrán resistencia a los manejos que se hagan de dichos ficheros, aun cuando pueda representar para ellos detenciones continuas y abusivas.