

México y el Convenio de Budapest: #

POSIBLES INCOMPATIBILIDADES



Danya Centeno



Esta obra está disponible bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 Internacional (CC BY 4.0):
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.es>

Portada: Violeta Cereceda
Diagramación: Constanza Figueroa.
Edición: Marianne Díaz
Junio 2018.



La Red en Defensa de los Derechos Digitales (R3D) es una organización mexicana dedicada a la defensa de los derechos humanos en el entorno digital. Utilizamos diversas herramientas legales y de comunicación para hacer investigación de políticas, litigio estratégico, incidencia pública y campañas con el objetivo de promover los derechos digitales en México. En particular, la libertad de expresión, la privacidad, el acceso al conocimiento y la cultura libre.

Derechos Digitales es una organización independiente y sin fines de lucro, fundada en el año 2005 y cuya misión es la defensa, promoción y desarrollo de los derechos fundamentales en el entorno digital, desde el interés público. Entre sus principales ejes de interés está la defensa y promoción la libertad de expresión, el acceso a la cultura y la privacidad.

MÉXICO Y EL CONVENIO DE BUDAPEST: POSIBLES INCOMPATIBILIDADES

El Convenio sobre la Ciberdelincuencia, popularmente conocido como Convenio de Budapest, fue elaborado durante el 2001 por el Consejo de Europa, con la activa participación de los Estados involucrados, con el fin de combatir la comisión de delitos informáticos. Se trata del único tratado internacional vinculante en la materia y constituye una especie de guía, “ley modelo” o “acuerdo marco” para que los Estados Parte: i) implementen dentro de su ordenamiento jurídico nacional la legislación pertinente para investigar y perseguir penalmente aquellos delitos cometidos en contra de sistemas o medios informáticos o mediante el uso de los mismos y ii) faciliten la cooperación internacional en este sentido.

El Convenio está abierto a ratificación para Estados no parte del Consejo de Europa. En función de que durante los últimos años se ha incrementado considerablemente la “ciberdelincuencia” tanto a nivel nacional como internacional, también ha aumentado considerablemente la presión internacional para que más países, sobre todo aquellos que no pertenecen al Consejo, se adhieran al tratado. Sin embargo, no todos los Estados parten de los mismos contextos ni enfrentan los mismos problemas en materia de delitos relacionados con las tecnologías de la información y las comunicaciones así como de respeto al Estado de Derecho y a los derechos humanos.

Las condiciones y obstáculos en este sentido que enfrentan los países que forman parte del Consejo de Europa difieren mucho de aquellas que confrontamos en América Latina. Por tanto, resulta fundamental analizar caso por caso la pertinencia e implicaciones de adherirse a un tratado penal internacional “modelo” como el Convenio para los países situados en este lado del hemisferio. Sobre todo, para los países de este lado del hemisferio cuyo contexto demuestra la comisión generalizada de violaciones a derechos humanos y al Estado de Derecho. Por ello, el presente texto se enfocará en llevar a cabo dicho análisis para México.

En esencia, el Convenio requiere que los Estados Parte implementen dentro de su ordenamiento interno las siguientes dos cuestiones. Primera, criminalizar ciertas conductas, enlistadas y definidas por el mismo Convenio, como delitos del orden nacional. Segunda, dotar a las autoridades en materia de procuración de justicia penal de las facultades y herramientas procedimentales necesarias para investigar la comisión de estos delitos, incluyendo expandir capacidades de inteligencia y vigilancia; tales como, cateo e incautación de bienes, monitoreo de contenido en línea, retención y transferencia de datos e intervención de comunicaciones privadas.

Respecto de la primer cuestión, el Convenio establece principalmente la tipificación de cuatro (amplias) categorías de delitos: i) delitos cometidos contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de sistemas y datos informáticos, ii) delitos cometidos mediante el uso de las tecnologías de la información y

las telecomunicaciones (ej. fraude y falsificación informáticos), iii) delitos por su contenido (ej. pornografía infantil) y iv) delitos en materia de derecho de autor.

En lo que concierne a la segunda, conforme al Convenio las facultades y herramientas procedimentales referidas son aplicables para toda aquella evidencia contenida en medios informáticos, con independencia del delito de que se trate. Es decir, su ejecución no se circunscribe a la comisión delitos informáticos exclusivamente. Por consiguiente, el ámbito de aplicación del tratado resulta ser sumamente amplio.

Ambas cuestiones representan diversos problemas a la hora de adoptar e implementar el Convenio en los ordenamientos nacionales. Por cuestiones de espacio, el presente análisis se centrará únicamente en la primera (la parte sustantiva del Convenio) y el problema que implicaría su aplicabilidad en México frente a la observancia del principio de exacta aplicación de la ley penal.

1. CUESTIONES RELEVANTES RESPECTO DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA PARTE SUSTANTIVA DEL CONVENIO DE BUDAPEST.

Conforme al Artículo 15 del Convenio, las medidas que los Estados adopten para combatir la “ciberdelincuencia” deberán diseñarse de tal forma que garanticen el pleno respeto al Estado de Derecho y a los principios internacionales en materia de derechos humanos.¹ Esto implica que cada país que decida adherirse al Convenio se asegure de implementar dentro de su ordenamiento interno las condiciones y salvaguardas necesarias para prevenir el uso abusivo de los poderes y procedimientos previstos en el mismo por parte de las autoridades, garantizando una efectiva y adecuada protección de los derechos humanos.

Tomando en cuenta el preámbulo del Convenio, que expresamente señala la “necesidad de garantizar el debido equilibrio entre la acción penal y el respeto a los derechos humanos fundamentales”, es dable concluir que si bien la obligación impuesta por el Artículo 15 únicamente refiere a los “poderes y procedimientos” previstos por el tratado, esta también le es aplicable a la implementación y aplicación de los tipos penales producto del mismo. Sobre todo partiendo del supuesto de que los Estados Parte del mismo “forman una comunidad de confianza y respetan ciertos principios de derechos humanos y de Estado de Derecho”.²

2. CUESTIONES RELEVANTES RESPECTO DE LA IMPLEMENTACIÓN DE

1 Seger, A. The Budapest Convention on Cybercrime 10 years on: Lessons learnt or the web is a web, 16 de febrero de 2012, disponible en: <https://rm.coe.int/16802fa3e0>

2 Consejo de Europa, Cybercrime Convention Committee (T-CY) Guidance Note # 3 Transborder access to data (Article 32), 5 de noviembre de 2013, p. 5, disponible en: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/libe/dv/7_draft_transborderart32_/7_draft_transborderart32_en.pdf

El artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos sitúa a los tratados internacionales en materia de derechos humanos al mismo nivel jerárquico de las leyes federales e incluso de la propia Carta Magna, debiendo prevalecer en caso de conflicto derivado de “restricciones expresas contenidas en la Constitución” la aplicación de esta última.³ Entonces al momento de adoptarse, los tratados internacionales son incorporados directamente al ordenamiento jurídico nacional. Ello implica que inmediatamente pueden aplicarse, siempre y cuando sean compatibles con la Carta Magna. Sin embargo, existen diversos tratados internacionales que obligan a los Estados contratantes a llevar a cabo ciertas modificaciones a la legislación existente para lograr su efectiva implementación y aplicación en los ordenamientos jurídicos nacionales.

El Estado Mexicano ha firmado y ratificado diversos tratados en este sentido. Es claro que la mera adhesión a los mismos resulta insuficiente para de hecho contribuir o cumplir con su objeto y fin si a la par no se implementan los mecanismos y procedimientos necesarios para su efectiva aplicación; no obstante, a la fecha México ha demostrado muy poco avance e incluso interés en este sentido. Por ejemplo, el país ratificó el Estatuto de Roma (instrumento internacional por virtud del cual se crea la Corte Penal Internacional y se impone a los Estados la obligación de tipificar en su derecho interno los crímenes de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra y el crimen de agresión) en junio de 2005.

Casi quince años después, si bien ha habido diversas iniciativas presentadas al respecto, México ha omitido llevar cabo las reformas necesarias para su efectiva implementación dentro del ordenamiento jurídico nacional. Por casos similares a este se ha cuestionado la postura y el compromiso del Estado Mexicano frente a los tratados internacionales en materia de derechos humanos que ratifica ya que, por una parte, promueve y celebra su adopción en el plano internacional pero por otra, omite implementar las medidas jurídicas y procedimentales necesarias para su efectiva aplicación y cumplimiento.

El Convenio de Budapest entra dentro de esta “categoría” de tratados internacionales. “Puesto que el Convenio, además de ser ratificado, tiene en general que aplicarse, la eficiencia del instrumento depende de la plena adaptación de la legislación nacional de los Estados que lo han ratificado. Además, se requieren pruebas que demuestren la plena adaptación.”⁴ Lo anterior cobra especial relevancia al momento de analizar su posible adhesión por parte de un país como México en función de lo que se desarrollará a continuación.

3 SCJN, Contradicción de Tesis 293/2011, México, 3 de septiembre de 2013, disponible en: <http://207.249.17.176/Transparencia/Epocas/Pleno/DecimaEpoca/293-2011-PL%20CT%20Ejecutoria.pdf>

4 ONU, Novedades recientes en el uso de la ciencia y la tecnología por los delincuentes y por las autoridades competentes en la lucha contra la delincuencia, incluido el delito cibernético, A/CONF.213/9, 22 enero 2010, Naciones Unidas, disponible en: https://www.unodc.org/documents/crime-congress/12th-Crime-Congress/Documents/A_CONF.213_9/V1050385s.pdf

3. PRINCIPIO DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN MÉXICO.

En México, los artículos 14 y 16 de la Constitución establecen la obligatoriedad de observar el principio de legalidad o principio *nullum crimen sine lege*. Este principio suele dividirse en cuatro acepciones. Las primeras dos, *nullum crimen sine lege scripta* y *nullum crimen sine lege praevia*, también entendidas como el principio de irretroactividad de la ley, implican que nadie podrá ser juzgado por un delito que no esté previsto en una ley anterior a la comisión del hecho en cuestión. La tercera, *nullum crimen sine lege certa*, implica que la definición de tipos penales deberá construirse de manera clara y precisa; la cuarta, *nullum crimen sine lege stricta*,⁵ refiere a que los tipos penales deberán interpretarse de manera estricta y no podrán ampliarse por simple analogía o mayoría de razón.⁶

Entonces, en el país existe una prohibición constitucional de imponer pena alguna que no esté prevista por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate. Esta prohibición ha sido interpretada a su vez por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en adelante SCJN, como una “exigencia de un contenido concreto y unívoco en la labor de tipificación de la ley. Es decir, la descripción típica no debe ser de tal manera vaga, imprecisa, abierta o amplia, al grado de permitir la arbitrariedad en su aplicación”^{7 8} de tal forma que “no se desvíe ese fin con una actuación arbitraria del juzgador, ni se cause un estado de incertidumbre jurídica al gobernado a quien se le aplique la norma, con el desconocimiento de la conducta que constituya el delito, así como de la duración mínima y máxima de la sanción, por falta de disposición expresa”.⁹

Asimismo, de acuerdo a la SCJN, las leyes penales deben contener expresiones y conceptos claros, precisos y exactos para regular las penas y describir las conductas que criminalicen, incluyendo todos sus elementos, características,

5 Ambos, K. Principios Generales de Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, p. 2, disponible en: http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/voe_Principios_Generales.pdf

6 Ídem.

7 SCJN, Tesis aislada; 10a. Época; Sala; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro I, México, octubre de 2011, Tomo 2; p. 1094

8 SCJN, Tesis aislada;; 9a. Época; Tribunal Colegiado de Circuito.; Semanario Judicial de la Federación, y su Gaceta; XXIII, México, febrero de 2006; p. 1879

9 EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL. LA GARANTÍA, CONTENIDA EN EL TERCER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, TAMBIÉN OBLIGA AL LEGISLADOR. El significado y alcance de dicha garantía constitucional no se limita a constreñir a la autoridad jurisdiccional a que se abstenga de imponer por simple analogía o por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al hecho delictivo de que se trata, sino que también obliga a la autoridad legislativa a emitir normas claras en las #que se precise la conducta reprochable y la consecuencia jurídica por la comisión de un ilícito, a fin de que la pena se aplique con estricta objetividad y justicia; que no se desvíe ese fin con una actuación arbitraria del juzgador, ni se cause un estado de incertidumbre jurídica al gobernado a quien se le aplique la norma, con el desconocimiento de la conducta que constituya el delito, así como de la duración mínima y máxima de la sanción, por falta de disposición expresa.

condiciones, términos y plazos¹⁰ para evitar confusiones en su aplicación y así salvaguardar la seguridad jurídica de las personas.¹¹ De lo anterior se desprende que en México no deberán aplicarse tipos penales cuya definición sea vaga, imprecisa, abierta o amplia; no gocen de un contenido concreto y unívoco o no establezcan los mínimos y máximos de la sanción aplicable, de tal forma que se prevenga una actuación arbitraria del juzgador y se evite vulnerar la seguridad jurídica de los ciudadanos.

Partiendo de la última cuestión en específico, es decir la necesidad de que la ley penal prevea la sanción aplicable, es preciso referir por último al principio del bien jurídico tutelado. Este principio deriva de la reforma al sistema de justicia penal que se llevó a cabo en México durante el 2008 e implica la garantía constitucional de que la pena aplicable a cualquier tipo penal deberá ser proporcional a la importancia del bien jurídico protegido por el mismo. Mientras mayor sea la importancia del bien que la norma penal desea proteger así como la afectación al mismo, mayor deberá ser la pena aplicable y viceversa.

4. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.

Otro de los principios que, junto con el de legalidad, constituye un límite a la potestad punitiva del Estado al constituir una de las condiciones necesarias para imputar responsabilidad penal e imponer la pena correspondiente es el principio de culpabilidad.¹² Este implica que no puede haber pena sin culpabilidad y que la gravedad de la pena no debe exceder la gravedad de la culpabilidad.¹³ A su vez implica que debe de prevalecer un derecho penal de hecho frente a un derecho penal de autor¹⁴, propio de los regímenes autoritarios. Es decir, que sólo podrán imponerse penas por acciones u omisiones mas no por ideas, creencias, personalidad o supuesta peligrosidad.¹⁵

Todo régimen democrático que pretenda garantizar la existencia de un Estado de Derecho deberá evitar asignar responsabilidad penal a un individuo basán-

-
- 10 SCJN, Tesis: 9a. Época; Pleno; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Parte: I; México, mayo de 1995; Tesis: P. IX/95; p. 82, disponible en: http://200.33.14.34:1033/archivos/pdfs/Jur_13.pdf
- 11 SCJN, Amparo directo en revisión 947/2011, Tesis XXI/2013; 10a. Época; Mayoría de diez votos en relación con el sentido; votó en contra: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Unanimidad de once votos respecto del criterio contenido en esta tesis. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Jaime Santana Turrall; México, 10 de enero de 2013.
- 12 Fernández, M. "Principio de culpabilidad, Derecho Penal y Criminología Latinoamericana, Carlos Parma, disponible en: http://www.carlosparma.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=105:principio-de-culpabilidad&catid=39:parte-general&Itemid=27
- 13 Bunster, Á. "Culpabilidad en el código penal", Revista jurídica: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/88/el/el15.htm>,
- 14 Fernández, M. op. cit.
- 15 Dotti, R. A., traducido al español por Sánchez Ríos, Rodrigo, Principios fundamentales del Derecho Penal Brasileño, pp. 314-326, disponible en: <http://www.defensesociale.org/revista2003/20.pdf>

dose en su peligrosidad mas no en hechos cometidos por este, mediante la imprecisión de los tipos penales, así como la imposición de sanciones de carácter preventivo. “El principio de culpabilidad es el más importante de los que derivan en forma directa del Estado de Derecho, porque su violación importa el desconocimiento del concepto de persona.”¹⁶

Por tanto, la aplicación de este principio junto con el principio de legalidad implica que las definiciones de los tipos penales así como de las sanciones aplicables a los mismos deberán redactarse e imponerse de forma clara, detallada y precisa, con base en la culpabilidad del individuo mas no en su peligrosidad, incluyendo la redacción de las eximentes de responsabilidad penal así como de las agravantes o atenuantes de la pena.

5. PRINCIPIO DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN MÉXICO FRENTE AL CONVENIO DE BUDAPEST.

El Convenio de Budapest deja un amplio margen de discrecionalidad para ciertos delitos debido a la vaguedad, imprecisión, apertura o amplitud de su definición. Por ejemplo, los delitos de acceso ilícito, previsto en el Artículo 2; interceptación ilícita, previsto en el Artículo 3; ataques a la integridad de datos, previsto en el Artículo 4; ataques a la integridad del sistema, previsto en el Artículo 5; abuso de dispositivos, previsto en el Artículo 6; falsificación informática, previsto en el Artículo 7 y fraude informático, previsto en el Artículo 8, requieren de mayor especificación respecto de lo que deberá entenderse como “ilegítimo”. El Artículo 6 del Convenio necesita precisar además cómo deberá interpretarse el término de “posesión”.

No conforme, el tratado tampoco delimita los mínimos y máximos de punibilidad aplicables para cada delito ni identifica el bien jurídico tutelado por cada uno. Por tanto, cumple parcialmente con el principio de legalidad en sentido lato, al omitir los requisitos de *lex certa* y *lex stricta*, e incumple los criterios jurisprudenciales de la SCJN anteriormente referidos.

Lo anterior cobra especial relevancia para el análisis que nos ocupa considerando que México sigue la tradición monista. En este sentido, el artículo 6 del Código Penal Federal establece que se pueden directamente investigar y perseguir penalmente conductas que no se encuentren tipificadas en la legislación nacional pero sí en un tratado internacional del que México sea parte. De ello que, en caso de que el Estado Mexicano se adhiera al Convenio y no lleve a cabo una implementación efectiva del mismo, con base en este artículo pudieran suscitarse al menos los siguientes dos escenarios.

El primero, que en México se instauren procesos penales de manera arbitraria

y/o abusiva por la comisión de delitos previstos en el tratado con fundamento directo en el mismo. El segundo, que en México no se persigan los delitos tipificados en el Convenio al considerar que su apertura y ambigüedad así como la ausencia de un marco penal específico para cada uno viola el principio de exacta aplicación de la ley penal. La incidencia de un escenario o el otro dependerá totalmente del arbitrio del operador de justicia de que se trate. Cualquiera de los dos escenarios representaría un problema de incertidumbre jurídica para los gobernados.

En este sentido, resulta crucial considerar el contexto del país. Diversos reportajes de medios nacionales¹⁷ como internacionales¹⁸ han exhibido a México como uno de los principales compradores de software de vigilancia ilegal, altamente sofisticado e intrusivo, por parte de compañías de “ciberguerra” como Hacking Team y NSO Group. Incluso, se ha documentado el uso de este tipo de software en contra de periodistas, activistas y defensores de derechos humanos críticos del gobierno. Es decir, existen fuertes indicios de que autoridades en México han cometido delitos informáticos en contra de ciudadanos¹⁹; sin embargo, el mismo Estado no parece contar con la capacidad y/o la voluntad política para investigar dichas conductas, ya tipificadas como delitos en la legislación penal mexicana. Ello aunado a la crisis de derechos humanos existente así como a la impunidad y corrupción que caracterizan al país llevan a concluir que es plausible que las autoridades recurran a la ambigüedad de los tipos penales previstos en el Convenio para fundar un “derecho penal de autor” frente a un “derecho penal de hecho”.

Por ejemplo, dada la ambigüedad del término “ilegítimo”, en aplicación directa del delito de “acceso ilícito” previsto en el artículo 2 del Convenio se podrían criminalizar violaciones a los términos y condiciones de los proveedores de servicios de internet tales como acceder a Facebook en el trabajo cuando el empleador lo prohíba o que un estudiante baje música en las computadoras de la universidad cuando no esté permitido.

En el mismo sentido, la vaguedad del término “posesión” utilizado en el artículo 6, mismo que tipifica como delito de “abuso de dispositivos” el poseer una “contraseña, código de acceso o dato informático similar” para cometer cualquiera de los delitos previamente enlistados en el Convenio, podría propi-

-
- 17 REFORMA, Adquiere la PGR equipo para espiar, Cd. de México, México, 12 septiembre 2016, disponible en: <http://www.reforma.com/aplicacioneslibre/preacceso/articulo/default.aspx?id=937450&urlredirect=http://www.reforma.com/aplicaciones/articulo/default.aspx?id=937450>; REVISTA PROCESO, Tourliere, M., Citizen Lab exhibe a la empresa de espionaje favorita del peñismo, México, 15 julio 2015, disponible en: <http://www.proceso.com.mx/410664/citizen-lab-exhibe-a-la-empresa-de-espionaje-favorita-del-penismo>
- 18 THE NEW YORK TIMES, Ahmed, A. y Perloth, N. Using Texts as Lures, Government Spyware Targets Mexican Journalists and Their Families, 19 junio de 2017, disponible en: <https://www.nytimes.com/2017/06/19/world/americas/mexico-spyware-anticrime.html>
- 19 R3D: Red en Defensa de los Derechos Digitales, “Gobierno Espía: Vigilancia sistemática a periodistas y defensores de derechos humanos en México”, disponible en: <https://r3d.mx/gobiernoespia/>

ciar la persecución penal de cualquier tipo de hackeo, aun cuando este se lleve a cabo por razones de seguridad o activismo así como la prohibición de uso de diversos equipos informáticos.²⁰

Consecuentemente, si el Estado Mexicano decide adherirse a este tratado, resulta crucial que implemente, a la brevedad posible, las acciones necesarias para adecuar la legislación nacional de tal manera que delimite la interpretación y aplicación de los términos “ilegítimo” y “posesión” a los que el tratado recurre para tipificar los delitos previstos de su artículo 2 a su artículo 8, como ya se mencionó, para prevenir su aplicación arbitraria y abusiva al carecer de una definición clara, precisa y exacta así como de un marco penal aplicable para cada uno.

6. IMPLEMENTACIÓN EN MÉXICO DE LOS DELITOS PREVISTOS EN EL CONVENIO DE BUDAPEST.

Una vez confirmada la necesidad de que México efectivamente implemente la parte sustantiva del Convenio en caso de adherirse a él, resulta procedente analizar cuál sería la mejor forma para llevar a cabo dicha implementación. En este sentido, la primer cuestión a considerar consiste en definir cuál sería la jurisdicción aplicable. En otros términos, lo primero a analizar es si los cambios en cuestión deberían implementarse a nivel federal, esto es en el Código Penal Federal, en adelante CPF, o mediante la creación de una ley especial; o a nivel estatal, es decir en el código penal de cada una de las entidades federativas que integran el Estado Mexicano.

En función de que el ámbito federal es el aplicable a la política exterior del país, la implementación de un tratado internacional como el Convenio debería corresponder única y exclusivamente a este. Sobre todo si se busca garantizar la unidad y la homogeneidad en su aplicación ya que dejar al arbitrio o discrecionalidad de cada entidad federativa la definición aplicable para cada uno de los delitos previstos en este, o en cualquier otro tratado internacional, podría llevar a la existencia de lagunas o incompatibilidades²¹ entre los distintos códigos penales. Por tanto, correspondería al ámbito federal llevar a cabo la implementación.

Como ya se mencionó, siendo así esta podría efectuarse mediante dos vías: i) la creación de una legislación especial o ii) la adición o modificación de otras leyes u ordenamientos preexistentes en el ordenamiento jurídico nacional, en este caso el CPF. Respecto del Estatuto de Roma, cuya implementación en México resultaría asimilable a la del Convenio y por tanto se toma como ejemplo,

20 Baron, R., A critique of the International Cybercrime Treaty, disponible en: <https://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1246&context=commlaw>

21 Galván P., Hortensia S. y Pérez Garrido, A. Y., Manual para la implementación del Estatuto de Roma en la legislación mexicana, Comisión Mexicana de Promoción y Defensa de los Derechos Humanos, A.C., ccLearn, México, disponible en: <http://www.cmdpdh.org/docs/manualcpi.pdf>, p. 26

se han presentado argumentos a favor de ambas vías. “Por un lado se dice que implementar a través de una ley especial implica reconocer realmente el carácter especial de las disposiciones del ER, además de facilitar el conocimiento de las nuevas disposiciones, ya que, en la mayoría de los casos, se encuentran contenidas en un solo cuerpo normativo. Pero por otro lado, se argumenta que la implementación sin crear nuevas leyes facilita su incorporación efectiva, debido a la familiaridad que los operadores jurídicos tienen con los ordenamientos jurídicos preexistentes”.²²

El último argumento es de mayor relevancia para un país como México, en el que existen cerca de 300 leyes federales vigentes. Mientras más leyes, mayor grado de especialización se requerirá de los jueces para efectivamente aplicar las mismas. La práctica ha demostrado que en México tal nivel de especialización está lejos de alcanzarse. Los operadores jurídicos en el país más de una vez han reflejado poco conocimiento de las leyes vigentes e inclusive un menor conocimiento de los tratados internacionales de los que el país forma parte, considerando que rara vez recurren a los mismos. La existencia de problemas de definición y sobre todo de armonización en este sentido representaría ineficiencias respecto de la administración de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones, particularmente en lo que respecta a la elaboración de leyes y mecanismos de atención, defensa y prevención de incidentes delictivos así como a la ejecución de los mismos.²³

Por tanto, reformar una norma preexistente podría tener mejores resultados en la práctica. En este sentido, también se ha argumentado respecto del Estatuto de Roma que un proceso de reforma a una norma preexistente “ayudaría a mejorar las condiciones legislativas no favorables, en tanto se elimina cualquier posibilidad de incongruencia entre el tratado y la norma nacional. Serviría para mejorar en general las disposiciones vigentes relacionadas a implementación del Estatuto”²⁴. De lo anterior se concluye que lo recomendable sería llevar a cabo una reforma al CPF.

Una vez definida esta cuestión, podría optarse a su vez por dos métodos de implementación. Uno consistiría en crear un capítulo exclusivo para los delitos comprendidos en el Convenio. El otro, en implementar de forma dispersa cada delito en diferentes apartados del CPF. En función de que la dispersión normativa es incompatible con la necesidad de coherencia, sistematicidad y

22 *Íbidem*, p. 38

23 Di Camillo, F. y Miranda, V., *Ambiguous Definitions in the Cyber Domain: Costs, Risks and the Way Forward*, Istituto Affari Internazionali WORKING PAPERS, 26 septiembre 2011, p. 16

24 Comisión Andina de Juristas, *Lineamientos para la Implementación del Estatuto de Roma*, Lima, octubre de 2008, disponible en: [http://www.iccnw.org/documents/Lineamientos2\[1\].pdf](http://www.iccnw.org/documents/Lineamientos2[1].pdf)

proporcionalidad que debe caracterizar a la legislación punitiva²⁵, lo recomendable sería evitarla agrupando dentro de un mismo apartado del CPF todos los delitos correspondientes a la implementación del Convenio.

7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

En caso de que el Estado Mexicano se adhiera al Convenio de Budapest, para que el mismo pueda aplicarse de manera efectiva, garantizando la seguridad jurídica de los ciudadanos así como sus derechos fundamentales, el país debería implementar dentro de la legislación nacional, idealmente dentro de un mismo capítulo del CPF, los tipos penales enlistados en este tratado, definiendo de forma clara, precisa y exacta las conductas que los configuren así como los máximos y mínimos de pena aplicable para cada uno.

Si bien el Convenio establece que en lo que respecta al mismo, los Estados deberán “garantizar el debido equilibrio entre la acción penal y el respeto de los derechos humanos fundamentales”, el mismo únicamente representa para los países adherentes una “guía” generalizada o “ley modelo” que no prevé estándares mínimos en materia de debido proceso ni exactitud en materia de definición de tipos penales ni de penas aplicables a los mismos.

En este sentido, el mismo Reporte Explicativo de la Convención señala que deberán ser las “legislaciones nacionales las que determinen, al momento de aplicar obligaciones internacionales vinculantes y principios nacionales establecidos, qué poderes y procedimientos son lo suficientemente intrusivos como para requerir implementación particular de las condiciones y salvaguardas aplicables”.²⁶ Por tanto, el Convenio impone la carga de garantizar la protección adecuada a los ordenamientos jurídicos nacionales.²⁷

No se omite mencionar que los procesos de armonización son complejos y no existen indicaciones inequívocas o exhaustivas respecto de los métodos para alcanzar esta. Sin embargo, es necesario que en todo caso dichos procesos impliquen a todos los múltiples interesados, tanto en el ámbito político e institucional como en el técnico y operativo.²⁸

Considerando todo lo anterior en un contexto como el de México, sería recomendable que, en caso de concretar su adhesión al Convenio, el país cumpla

25 Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal (Res. M.J. y D.H. N° 303/04 Y N° 136/05), Fundamentos del Anteproyecto de Reforma y Actualización Integral del Código Penal en Revista electrónica Derecho Penal Online, disponible en: <http://www.derechopenalonline.com>

26 Consejo de Europa, Explanatory Report to the Convention on Cybercrime, Budapest, Hungary, 23 November 2001, disponible en: <https://rm.coe.int/16800cce5b>

27 Clough, J., A World of Difference: the Budapest Convention on Cybercrime and the Challenges of Harmonisation.

28 Di Camillo, F. y Miranda, V., op. cit.

como mínimo con dos cuestiones fundamentales. La primera consiste en implementar en la legislación nacional los tipos penales que el tratado prevé de conformidad con el principio de exacta aplicación de la ley penal. La segunda, en llevar a cabo dicho proceso de implementación con absoluta transparencia, partiendo desde una perspectiva de derechos humanos que incorpore en todo momento los comentarios y observaciones de las múltiples partes interesadas, particularmente de la sociedad civil. De lo contrario, además de incumplir con el objeto y fin del mismo tratado, el Estado Mexicano reforzará la percepción, nacional e internacional, de que su compromiso con los derechos humanos sigue pendiente.

o

#

≠

*

>=

ö

œ

@

DERECHOSDIGITALES
Derechos Humanos y Tecnología en América Latina

✓

@



R3D

Red en Defensa
de los Derechos Digitales

π

≤

~