COMISIÓN 2 DERECHO PROCESAL PENAL

Estrategias de investigación, delitos complejos, relación con las policías

TÍTULO: "La utilización de evidencia digital en el sistema penal: un desafío aún sin solución en el proceso penal y en los mecanismos de cooperación internacional"

Marcos Salt[1]

[1] Profesor de Derecho Penal y procesal penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

I. Objetivos de esta presentación

El objetivo de la ponencia que presentaré durante el Congreso, es analizar los diferentes desafíos que plantea la utilización creciente de evidencia digital al sistema Procesal penal tradicional y a los mecanismos de cooperación internacional en materia penal.

Pretendo demostrar que el avance de las tecnologías de la informática y de las telecomunicaciones han posibilitado nuevas formas de investigación y nuevos medios de prueba que significan un "cambio de paradigma" para el proceso penal, especialmente para la cuestión probatoria, que no ha recibido aún un tratamiento adecuado en la legislación procesal de nuestro país atada a los viejos principios y criterios pensados para la obtención de prueba física. La falta de una regulación procesal adecuada a las nuevas realidades que plantea la evidencia digital está generando dificultades prácticas en los procesos que obligan a resoluciones "forzadas" de la jurisprudencia con serios riesgos tanto para la eficiencia de las investigaciones como para la protección de las garantías tanto de quienes son sometidos a proceso penal como de terceros. La cuestión se agrava si advertimos el escaso tratamiento que tiene el tema por parte de la doctrina nacional y las carencias de formación tanto en los operadores judiciales como por parte de las universidades.

El carácter eminentemente trasnacional de los delitos informáticos y, de manera más amplia, del almacenamiento de la evidencia digital que puede resultar útil para la investigación de cualquier delito en servidores ubicados en diferentes países, hace que estos problemas se trasladen también a los mecanismos de cooperación internacional en materia penal.

Este breve trabajo constituye sólo una introducción de los temas que serán abordados durante el congreso en el que pretendo analizar la cuestión con una perspectiva teórica y práctica utilizando un caso como modelo de análisis de las cuestiones jurídicas que abordaré.

II. Introducción del tema

La informática y las computadoras en sí mismas como herramientas de almacenamiento y procesamiento de información han "desafiado" al sistema penal generando, desde su surgimiento, la necesidad de adecuaciones normativas. Los conflictos para el sistema penal tradicional se han profundizado con el avance vertiginoso de las tecnologías informáticas y de las telecomunicaciones (especialmente con el avance de "Internet"). Este desafío requirió y aún requiere de modificaciones tanto en el ámbito del Derecho penal material como del Derecho procesal penal y de los mecanismos de cooperación internacional en materia penal si es que pretendemos que el derecho, como herramienta de solución de conflictos, se adecue a las necesidades que plantean estos avances tecnológicos.

En lo que respecta al Derecho Penal material, estos cambios implicaron la adecuación de las normas penales tradicionales para tipificar nuevas modalidades de conductas o formas de comisión de delitos tradicionales que, por las características de su comisión, no estaban alcanzadas por los tipos

penales tradicionales. Este proceso iniciado a finales de la década del 80 en países de Europa continental llegó, tardíamente, a nuestro país con la sanción de la Ley de Delitos Informáticos[2].

Sin embargo, el movimiento mundial (trasladado a nuestro entorno jurídico) de reformas de las leyes penales de fondo para hacer frente a conductas que no era posible alcanzar con los códigos penales tradicionales, contrasta con la lentitud para aceptar las reformas necesarias en el proceso penal para hacer frente a los desafíos que plantea la investigación en entornos digitales.

La fuerte impronta del principio de legalidad penal en los países de tradición europeo continental puso en crisis al derecho penal sustantivo cuando conductas como el fraude informático, el acceso a sistemas informáticos ajenos o los daños causados a datos no podían ser perseguidas por la falta de una adecuada tipificación. En lo que respecta al proceso penal, el principio de libertad probatoria o la costumbre aceptada jurisprudencialmente de utilizar por analogía regulaciones pergeñadas para medios de investigación tradicionales de evidencia física a la obtención de evidencia en entornos digitales, retrasaron los cambios. Así, una simple lectura de los códigos procesales vigente en el país (incluso los más modernos, salvo excepciones parciales), nos permite advertir que todo el sistema de prueba está diseñado teniendo en cuenta la evidencia física y no la evidencia digital que, como veremos, presenta características absolutamente diferentes que dificultan la aplicación por analogía de las normas tradicionales. La cuestión adquiere mayor trascendencia cuando se

[2] Ley 26.388, sancionada el 4 de junio del año 2008.

advierte que no se trata solo del tratamiento procesal de los denominados "delitos informáticos" sino que, antes bien, la evidencia digital se ha convertido en un elemento de prueba fundamental en la investigación de cualquier delito, mucho más en los casos de delitos complejos. Prácticamente en todas las investigaciones está y (estará cada vez más) presente la evidencia digital. Sencillamente si hacemos el ejercicio de pensar los casos en los que hemos intervenido últimamente nos permite verificar la veracidad de esta última afirmación. En qué caso no ha sido necesario obtener los datos de tráfico de una comunicación o los datos de contenido, o la localización de un teléfono celular o la intercepción de correos electrónicos o el registro y secuestro de datos contenidos un sistema informáticos, etc.? Es posible también advertir que la utilización de técnicas de investigación informática o de evidencia digital se incrementará también en la medida en que los operadores judiciales adquieran mayor capacitación en la materia. Hoy existen un sinnúmero de oportunidades de lograr resultados más rápidos y eficientes en las investigaciones penales que no están siendo utilizadas por falta de capacitación de los operadores.

La postura que intentaré fundamentar durante el congreso es que resulta indispensable regular normativamente en los Códigos Procesal penales tanto las medidas de investigación de tecnología informática como los medios de prueba destinados a la obtención de evidencia digital. Asimismo, atendiendo al carácter transnacional que han adquirido los medios de almacenamiento y transmisión de información que potencialmente puede ser de utilidad como evidencia en un proceso penal, estas normas deben reflejarse también en los mecanismos de cooperación internacional. Este

último tema, de extrema complejidad en la medida que implica la necesidad de nuevas interpretaciones de principios arraigados como el de territorialidad y soberanía nacional para hacer frente a un entorno como internet que por sus características técnicas no tiene fronteras, está generando importantes debates de política internacional que muchas veces exceden el marco teórico del derecho. Más complejo aún resulta el tema si consideramos que no se trata solamente de normas de cooperación entre países sino que en muchos supuestos se trata de la necesidad de cooperación rápida entre país-empresa privada de país extranjero.

Intento demostrar que el abuso del principio de libertad probatoria y la utilización de la analogía para aceptar nuevos medios de investigación ha retrasado una regulación adecuada de la evidencia digital que permita una utilización eficiente de estas nuevas herramientas de investigación respetando las garantías individuales.

O sea, para ser más claro, mi postura personal frente a esta temática es que la falta de regulación ha significado una disminución de la eficiencia en la persecución y, al mismo tiempo, un riesgo mayor para las garantías individuales.

III. Cuestiones que serán analizadas:

a. Medidas de investigación y medios de prueba básicos para la obtención de evidencia digital:

- Aseguramiento de datos vs retención de datos de tráfico
- Orden de presentación (facultades de los diferentes sujetos del proceso).

- La problemática especial del registro y secuestro de datos informáticos.
- Intercepción de datos de tráfico y datos de contenido.

b. Cuestiones especiales de investigación en entornos digitales:

- Rastrillaje de datos en entornos abiertos
- Agente encubierto en internet
- Acceso transfronterizo de datos
- Utilización de accesos remotos.

IV. Caso práctico orientador de la discusión:

Ud. como fiscal está a cargo de la investigación de un delito complejo de fraudes, evasión y posibles maniobras de lavado de dinero en el que estarían involucrados los directivos de diversas empresas nacionales y extranjeras, contadores, escribanos y funcionarios de instituciones bancarias.

Supuesto 1:

Necesita para la investigación obtener los datos de tráfico de comunicaciones telefónicas y electrónicas de varios de los directivos de las empresas investigadas.

Es posible pedir que de manera urgente estos datos se aseguren por un período de tiempo. Qué norma del CPP es aplicable.

Puede el fiscal solicitar a las empresa proveedoras de servicios de comunicaciones que le remita los datos de tráfico de comunicaciones y los datos de abonado de diferentes cuentas?.

Supuesto 2:

Un testigo (ex empleado) le informa de la existencia de prueba relevante para la investigación en los archivos informáticos del estudio contable. Es posible ordenar el registro y secuestro de los archivos informáticos? Con qué límites pediría la medida? Qué requisitos debería tener la orden de allanamiento?

Es posible realizar la medida de registro y secuestro de datos a distancia con la participación del juez (on line searching) a fin de obtener la prueba con mayor rapidez y evitar que el contador pueda avisar a sus clientes?

Supuesto 3:

Suponga que obtiene del juez una orden para realizar un allanamiento a una de las compañías y secuestrar toda documentación o información tanto física como contenida en archivos informáticos relacionada con el delito investigado.. Al comenzar con las tareas de análisis del sistema informático de la empresa comprueba que los archivos que le pueden ser de utilidad se encuentran almacenados en un servidor ubicado en un país extranjero, aunque ud puede acceder desde la terminal ubicada en la sede de nuestro país que es objeto de allanamiento. Es posible continuar con el registro y secuestro de los datos?

Supuesto 4:

Una vez copiados los discos rígidos, ordena que se realice un peritaje informático y envía los archivos informáticos a la división especializada en delitos tecnológicos de la Policía. Al realizar el análisis de los archivos informáticos encuentra archivos de uno de los socios del estudio contable que demuestra que hace dos años distribuyo archivos de pornografía infantil en una red de intercambio. Es posible iniciar nueva causas?