

XXXI Congreso Nacional de Derecho Procesal

Comisión 1: El uso de los medios telemáticos y las audiencias remotas en el proceso penal

Título: La supervivencia de las garantías en los medios telemáticos

Autor: Gastón Alejandro Obligado

DNI: 40.673.295

La tecnología imparable

Formar parte de la actividad jurídica actual, evidentemente, resulta un desafío. Y, en esta oportunidad, quisiera destacar no sólo los obstáculos técnico-jurídicos que involucra cualquier proceso, sino también, la inescindible y dinámica evolución tecnológica que ha ido cobrando valor a lo largo de los últimos años, en particular, para las audiencias de juicio oral y cómo ello ha incidido en nuestros usos y costumbres tan arraigados, de un modelo de enjuiciamiento presencial.

De esta manera, se plantea la cuestión de cómo preservar las garantías constitucionales en estos nuevos espacios de virtualidad. Ya sea, la garantía de igualdad, en virtud de asegurar la disponibilidad de un ordenador o un celular y que, cualquiera de ellos, posea un servicio con internet, cámara y micrófono. De modo que, de comienzo, ya tenemos una limitación en cuanto al acceso a la justicia si cualquiera de estos elementos resultara disfuncional o no estuviese a disposición para todas las partes.

Por otro lado, la garantía de legalidad se evidencia en riesgo ante este nuevo tipo de audiencias, debido a que nos colocan en la necesidad de modificar las normativas. La gran diferencia que anoticio y que varios doctrinarios ya han mencionado, es cómo se ve afectada la *inmediación*. En este sentido, el profesor Cafferata Norés, la define como: *“el contacto directo, personal y permanente en un lapso y en un espacio físico común, que jueces, acusadores, imputados, víctimas y sus defensores tienen durante su desarrollo con las pruebas que se reciben, y el que mantienen todos ellos entre sí, interactuando verbalmente cada uno en los roles como actores, contradictores, directores o decisores que la ley procesal les asigna, ante la presencia de cualquier ciudadano que lo desee.”*¹ Claramente, las audiencias realizadas a través de medios telemáticos, posicionan a la normas procesales en jaque, ya que, la pandemia del covid 19 ocasionó que la intervención tecnológica en los procesos, sea más veloz que nuestra

¹ José Cafferata Norés. “De los estados tribunalicios” a los “estrados cibernéticos”: el covid 19 y el cyberjuicio. Pág.4. Revista Pensamiento Penal, 18/06/20. Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/49039-estrados-tribunalicios-estrados-ciberneticos-covid-19-y-cyberjuicio>

capacidad de respuesta por medio de normas que prevean estas situaciones. Entonces, pondero ineludible la exigencia en la cual nos posicionan los medios telemáticos, en este caso, respecto a ser más audaces, más cautelosos y, sobretodo, más previsores, para adelantarnos a los avances tecnológicos que comienzan a emerger, con el objeto de no ser “sorprendidos” luego, con las consecuencias perjudiciales para las garantías constitucionales.

Declaraciones sin trampas

A modo de ejemplo, podemos considerar la primera parte del art. 118 del Código Procesal Penal de la Nación, atinente a las declaraciones en los diversos actos procesales, el cual enuncia: *“El que debe declarar en el proceso lo hará de viva voz y sin consultar notas o documentos, salvo que el tribunal lo autorice para ello, si así lo exigiere la naturaleza de los hechos (...)”*

Me interesa, en este punto, distinguir cómo el hecho de *“no consultar notas o documentos”*, en la presencialidad, es más sencillo que sea cumplido con un simple control del personal presente. Mientras que, en una audiencia virtual, tener este aspecto resguardado se torna complicado, si no se cuenta con tecnología aún más avanzada, como el reconocimiento de datos biométricos o mecanismos de inteligencia artificial que, por medio de algoritmos, dificulten ciertas acciones violatorias a la norma precitada. En este sentido, se podría utilizar en tal supuesto, un mecanismo como se utiliza para la realización de exámenes virtuales de idiomas extranjeros en la plataforma Duolingo. Allí, previo a rendir el examen, se establecen una serie de requisitos que bien podrían aplicarse en las declaraciones testimoniales virtuales. A saber, éstos son:

“Debes estar a solas en una habitación silenciosa y bien iluminada.

Tus orejas deben estar descubiertas y a la vista.

Tu cara debe estar a la vista y debe poder verse con claridad.

No uses auriculares o audífonos.

No uses material externo, lo que incluye dispositivos móviles, notas o manuales.

No copies ni memorices respuestas de otras fuentes.

No te comuniques con nadie.

No lleves papel ni elementos para escribir.

No apartes la mirada de la pantalla.

No salgas de la ventana del examen en tu navegador por ningún motivo.

No uses ningún sistema de escritura predictiva o correctores ortográficos.

No utilices programas de cámaras web de terceros.

Si tienes un segundo monitor, desconéctalo. No utilices programas que permitan compartir tu pantalla o dar acceso remoto a tu computadora.

Habla por al menos 30 segundos sobre los temas que se presenten en las secciones de Speaking (conversación) del examen.

No utilices el nombre o la información de la identificación de otra persona para hacer el examen.”²

En efecto, ello evitaría o, al menos dificultaría en gran parte, la violación del art. 118 del CPPN, ya que el sistema de inteligencia artificial lo identificaría con facilidad, al igual que lo hace para evitar fraudes en la realización de exámenes. Este tipo de tecnología es conocido como inteligencia a distancia y resulta acertada la definición que han podido recabar desde IALAB, el laboratorio de inteligencia artificial de la Facultad de Derecho de la UBA en el trabajo “Inteligencia Artificial y Robótica”: *“La inteligencia a distancia es la capacidad de las tecnologías de inteligencia artificial (IA), en combinación con las telecomunicaciones, para remediar la carencia de recursos en campos que no cuentan con personal suficiente o han sido poco investigados. Esto es especialmente importante si se considera que el aprendizaje multitarea y de transferencia permite reutilizar la inteligencia generada u obtenida en otro lugar. Una de las aplicaciones pioneras es el uso de la IA en los sectores de educación y salud, como en el caso de la educación a distancia automatizada y los diagnósticos a distancia para tratar una serie de enfermedades (cataratas congénitas, tuberculosis y cáncer de mama,*

² Duolingo English test. Reglas del examen. Disponible en: <https://testcenter.zendesk.com/hc/es/articles/360052828331-Pol%C3%ADticas-reglas-y-requisitos-del-examen#:~:text=Reglas%20del%20examen&text=Tus%20orejas%20deben%20estar%20descubiertas, dispositivos%20m%C3%B3viles%2C%20notas%20o%20manuales.>

entre otras)". (Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL, 'Datos, algoritmos y políticas: la redefinición del mundo digital', LC/CMSI.6/4, pág. 178, Santiago de Chile, 2018, disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/43477-datos-algoritmos-politicas-la-redefinicion-mundo-digital>).³

El detrás de escena

Las cuestiones descriptas precedentemente, sin lugar a dudas, requieren de una gestión administrativo-judicial, encargada de la adecuada realización de las audiencias. Por ende, en el último tiempo, el rol de los especialistas informáticos de los Poderes Judiciales, tanto nacionales, provinciales como municipales, ha adquirido relevancia, en cuanto a la asistencia técnica que, cada vez, demanda mayores conocimientos en la materia. Mientras que los secretarios de audiencia, deben estar atentos a aquellas necesidades tecnológicas de las partes, ya sea por desconocimiento en su utilización o mal funcionamiento.

Por demás, si ampliáramos la intervención tecnológica hacia la aplicación de inteligencia artificial en las audiencias, también sería necesario el recurso humano encargado del control de que esa inteligencia artificial funcione adecuadamente. Sin mencionar que, el sistema judicial que aplique este sistema, debe estar con los ojos bien abiertos para evitar la existencia de sesgos en sus algoritmos. Si bien, parece dificultoso considerar la eliminación de tales sesgos, es necesario que el mecanismo de inteligencia artificial que se aplique, se base en datos lo más objetivo posibles. Y, aunque parezca, prácticamente utópico, que exista una objetividad absoluta, intentar una aproximación, traería soluciones más justas. En suma, es innecesario exigir que todas las ciencias utilicen una definición consensual de la información. No obstante, sí es relevante para el logro de una comunicación precisa y para el progreso científico, el entendimiento de las diferencias que existen en las definiciones y los criterios de información que se presentan.⁴

³ Inteligencia Artificial y Robótica. Recomendaciones de Organismos Internacionales, IALAB. Pág. 11, Enero 2017- Julio 2019

⁴ http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1024-94352005000300004

Además, la actividad judicial está repleta de tareas automatizables. En una investigación realizada para ahondar en los fundamentos de la utilidad de PROMETEA, resulta claro este aspecto.

Así, desde el Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires, en principio, *segmentaron tareas de la Fiscalía General Adjunta en lo Contencioso Administrativo y Tributario. Allí, pudieron determinar que de 169 actividades que se realizan, 54 resultan automatizables por completo, frente a 74 que no pueden serlo y 41 que solo pueden serlo en parte.*

PROMETEA 				
ACTIVIDAD	Automatizable	No automatizable	Semi-automatizable	Total
Jurídicas - Sistematización	16	26	13	55
Jurídicas - Dictamen	1	5	6	12
Jurídicas - IA	1	8	3	12
Planificación y gestión	9	7	3	19
Administrativas - Dictamen	14	-	-	14
Capacitación y difusión	13	28	16	57
Total según grado de automatización	54	74	41	169

De las 86 actividades que requieren habilidades complejas como el pensamiento crítico y la resolución de problemas, sólo 11 resultan completamente automatizables, 28 semi-automatizables y 47 no automatizables. En cambio, las actividades rutinarias y repetitivas que demandan metodicidad y practicidad, en su gran mayoría son completamente automatizables: 37 de 46.

ACTIVIDAD	Automatizable	No automatizable	Semi-automatizable	Total
Administrativa	313	74	29	416
Jurídica	11	105	43	159
Gestión	14	26	2	42
Total según grado de automatización	338	205	74	617

Aquí pudieron inferir que de aquellas tareas que requieren de habilidades complejas, como detectar la normativa aplicable y el pensamiento crítico, solo 2 son

*automatizables, frente a 111 que no lo son, y a 12 semi-automatizables. Sin embargo, entre las actividades que requieren metodicidad y practicidad, se ubican las rutinarias, mecánicas o estandarizadas. Aquí, el escenario está prácticamente dividido en tercios: 61 automatizables, 51 no automatizables y 60 semi-automatizables.*⁵

Sin embargo, ante los riesgos de subjetividad en la realización de estas tareas, no debemos dejar de lado que estos sistemas están privados de la aplicación del derecho en base a criterios morales. El potencial sesgo, entonces, se encuentra en quien diseña o modifica los estándares de los algoritmos del sistema en uso y es allí donde debemos prestar especial cuidado.

Las pruebas de la modernidad

Al respecto, la Guía de Prueba Electrónica del Consejo de Europa⁶ utiliza la siguiente definición: *“La prueba electrónica es aquella información o datos que han sido creados, almacenados o transmitidos a través de dispositivos electrónicos y tienen relevancia en un procedimiento judicial”*; la Organización Internacional de Evidencia Computacional -IOCE-⁷, en el año 2000, definió la evidencia digital como: *“toda información generada, almacenada o transmitida a través de medios electrónicos que puede ser utilizado en una corte judicial”* y, en un sentido similar, la organización Grupo de Trabajo Científico sobre Evidencia Digital -SWGDE-⁸ definió a la evidencia digital como: *“información de valor probatorio almacenada o transmitida en forma digital”*. En el ámbito del Common Law, cabe destacar la definición de Eoghan Casey, cuyo uso se ha extendido ampliamente en la doctrina especializada: *“Cualquier dato almacenado o transmitido utilizando*

⁵ LUIS CEVASCO, JUAN GUSTAVO CORVALÁN Y ENZO MARÍA LE FEVRE CERVINI. *“Inteligencia Artificial y trabajo. Construyendo un nuevo paradigma de empleo”*. Págs. 47,48 y 49.

⁶ Data Protection and Cybercrime Division del Consejo de Europa, Guía de Prueba Electrónica. Guía básica para Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Jueces y Fiscales, versión en español, Estrasburgo, Francia, marzo del 2013.

⁷ International Organization on Computer Evidence, organización internacional creada ya en 1998 con la finalidad de nuclear a agencias de persecución penal de diferentes países a fin de que intercambien información y buenas prácticas en materia de persecución de delitos informáticos y adquisición de evidencia digital. Ver. <http://www.ioce.org/>

⁸ Scientific Working Group on Digital Evidence. https://www.swgde.org/about_us

*computadoras que sustenta o rechaza una teoría sobre cómo ha sucedido un delito o que acredita elementos fundamentales del delito tales como la intención o posibles coartadas”.*⁹⁻¹⁰

Ahora bien, la valoración de la prueba es una actividad jurisdiccional muy relevante y extraordinariamente compleja, que puede ser muy fácilmente víctima de la superficialidad de una labor jurisdiccional mal llevada a cabo.

Si se tienen en cuenta los aportes científicos en la valoración de la prueba, explicando, por ejemplo, en qué se basa la credibilidad de un declarante, quedará expuesta la fundamentación o la inconsistencia de las conclusiones. Lo contrario nos coloca al frente de una especie de oráculo insondable que aleja a la Justicia de la racionalidad, practicándose impunemente la arbitrariedad¹¹ y, por tal motivo, afectando la garantía de imparcialidad.

En particular, La Convención Europea Sobre Delitos Informáticos (Convención de Budapest) es presentada como un hito fundamental por propiciar la regulación de instrumentos procesales especiales que permitan la investigación de los delitos informáticos y extender estas reglas procesales, a la investigación de cualquier delito. Esto es, que los medios de prueba especiales previstos para la obtención e incorporación al proceso de las pruebas digitales se apliquen no sólo en la investigación de los delitos informáticos sino, de manera general, en todos los procesos penales en los que resulte necesaria la obtención de evidencia digital.¹²

Así entonces, se encuentran previstos los siguientes medios de prueba: el aseguramiento de datos (a través de la preservación por un tiempo determinado); la orden de presentación de datos (para que los proveedores de internet o los titulares de cualquier sistema de alojamiento de información entreguen los datos requeridos); el registro y secuestro de datos informáticos (con la finalidad de obtener datos útiles para el objeto procesal); límites a los

⁹ Eoghan Casey, Digital Evidence and Computer Crime. traducción de Marcos G. Salt del texto original.

¹⁰ Análisis jurídico de la situación de la evidencia digital en el proceso penal en Argentina. Natalia Sergi. Informe realizado para la Asociación por los derechos civiles. Febrero de 2018. Pág. 3

¹¹ La valoración de la prueba. Jordi Nieva Fenoll. Pág. 19. Disponible en: <https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788497687577.pdf>

¹² Ver Artículo 14 de la Convención y los puntos 131 y ss. del reporte explicativo de la convención.

accesos transfronterizos.¹³ Es necesario que estemos atentos a prevenir la vulneración de garantías constitucionales al realizar la valoración probatoria de este tipo de prueba, para evitar la reiteración de casos como el de Estados Unidos vs Hill¹⁴, en el cual se afectó la intimidad y privacidad del imputado. Sin embargo, no hacerlo implica una tarea cuidadosa ya que se debería especificar los puntos de pericia y en casos en que los puntos de análisis son amplios, como el de Silk Road¹⁵, esto se torna más complejo. O bien, como también que exista un efectivo control durante el proceso de evaluación probatoria, con el fin de evitar casos como el de Estados Unidos vs Carey¹⁶, en el cual se extralimitó una orden para buscar pruebas informáticas sobre drogas y, en su lugar, se buscó pornografía infantil durante 5 horas.

Desde un enfoque nacional, la profesora Sergi señala que: *“en Argentina existe una escasa regulación de los nuevos medios tecnológicos. Del mismo modo que ha sucedido en el resto de la región, los diferentes estados provinciales han ido reformando sus leyes procesales en los últimos 20 años.*

Sin embargo, esta extensa actividad reformista no ha llegado a la incorporación de normativa que solucione en forma alguna el problema de la evidencia digital, ni ha tenido una incorporación de medios tecnológicos novedosos. En este sentido, y a modo ejemplo, el devenir del CPPN, en ese aspecto, es el que han tenido los códigos provinciales. Los diferentes códigos procesales penales en Argentina han seguido el mismo esquema (con pequeñas diferencias) en las medidas de coerción probatorias: regulan el allanamiento, la requisa, la interceptación de la correspondencia, la intervención de las comunicaciones. Adviértase que correspondencia y comunicaciones suelen tener regulaciones diferenciadas, ello seguramente tendrá motivos más históricos que jurídicos, en el sentido, que la correspondencia era la única manera de comunicarse hasta principios del siglo XX, en donde la comunicación telefónica amplió el espectro. El legislador ha tomado la decisión de regular las formas de comunicarse de modo diferenciado.

¹³ Análisis jurídico de la situación de la evidencia digital en el proceso penal en Argentina. Natalia Sergi. Informe realizado para la Asociación por los derechos civiles. Febrero de 2018. Págs. 6 y 7

¹⁴ Estados Unidos vs. Hill, en <https://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1256638.html>

¹⁵ Caso Silk Road, en <https://freeross.org/>

¹⁶ F.3d 1268, 1273-75 (10º Cir. 1999).

(...) Las maneras de comunicarse se vuelven tan diversas, que nos deben incitar a la reflexión si, la regulación de las formas de intromisión de las comunicaciones no deberían unificarse, para evitar discusiones en el futuro sobre las nuevas maneras tecnológicas de comunicarse.

El Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén¹⁷, prevé una norma para habilitar el registro y secuestro de datos en equipos informáticos encontrados en el marco de un allanamiento y, agrega, sin mayores condiciones ni requisitos especiales, la posibilidad de los registros remotos: Artículo 153. Información digital. Cuando se hallaren dispositivos de almacenamiento de datos informáticos que, por las circunstancias del caso, hicieran presumir que contienen información útil a la investigación, se procederá a su secuestro, y de no ser posible, se obtendrá una copia. O podrá ordenarse la conservación de los datos contenidos en los mismos, por un plazo que no podrá superar los noventa (90) días. Quien deba cumplir esta orden deberá adoptar las medidas necesarias para mantenerla en secreto. También, podrá disponerse el registro del dispositivo por medios técnicos y en forma remota...”¹⁸

La ley 27.063¹⁹, el nuevo CPPN, avanzó en la regulación de nuevas medidas, en su artículo 143, que refiere a la interceptación y secuestro de correspondencia postal, telegráfica, electrónica o cualquier otra forma de comunicación. Asimismo, en el art. 144, atinente a la incautación de datos.

Por fuera de estas disposiciones, las leyes procesales penales no prevén normas novedosas, sin embargo, ello no ha impedido al sistema recolectar evidencia digital.²⁰

¹⁷ Ley 2784 del año 2011.

¹⁸ Criticado por Salt, tesis doctoral, p. 98: “Según entiendo, esta norma ya vigente en la provincia de Neuquén, no prevé un sistema de garantías adecuado para regular este mecanismo intrusivo. Del texto de la norma parece surgir que asimila los requisitos a los previstos para el allanamiento. Si bien habilita la medida legalmente bajo autorización judicial, la falta de claridad sobre los supuestos en los que puede ser aplicada y la posibilidad de afectación al principio de proporcionalidad ponen en duda su legitimidad constitucional”.

¹⁹ Sancionada el 4/12/2014, ley procesal que reforma el CPPN, es ley vigente sin embargo, no ha entrado en vigencia efectiva (vacatio legis) a la espera de una ley de implementación que aún no pareciera estar regulándose, y continuamente se prevén proyecto de reformulación de esta ley, cfr. Salt, tesis doctoral, p. 98.

²⁰ Análisis jurídico de la situación de la evidencia digital en el proceso penal en Argentina. Natalia Sergi. Informe realizado para la Asociación por los derechos civiles. Febrero de 2018. Págs. 57, 58 y 59.

Pensar para prevenir

Movilizados por la pandemia del covid 19, hemos tenido que saber adaptarnos a la nueva realidad que estábamos viviendo. En esta oportunidad, quisiera llamar a la reflexión respecto de que sea la realidad la que se adapte a nosotros y, en particular, a las normas de prevención que deberíamos proyectar. Tener una respuesta inmediata o simultánea a los avances tecnológicos no es sólo para evitar la existencia de vacíos legales y sus posibles consecuencias dañosas, sino también para brindar un efectivo cumplimiento del acceso a la justicia.

Contar con normas procesales y de fondo, vinculadas a las audiencias remotas y teniendo en consideración la tecnología que puede llegar a utilizarse en ellas, es una forma de evitar cuestiones de arbitrariedad en la realización de los debates orales. No sería desacertado tener en cuenta la aplicación de sistemas de realidad virtual, así como de otras experiencias inmersivas e, incluso, proyectar la utilización de un metaverso, entendido como: *“una red interoperable de mundos virtuales, tridimensionales, en tiempo real y persistente en el tiempo.”*, específicamente, para la actividad judicial a distancia.

Ya Marienhoff, en su Tratado de Derecho Administrativo²¹, refería que la ley que no sigue a los hechos, no es derecho. Y, así como *el Poder legislativo se ocupa, principalmente, del futuro y el ejecutivo del presente, el judicial es retrospectivo y obra sobre lo pasado. Además, con referencia a la actividad del Estado, no corresponde hablar de “separación de poderes”, sino de “distribución de funciones” entre estos órganos estatales.* Queda en evidencia, entonces, que la realidad, ya sea en su faz tecnológica, social, cultural, étnica o la que se trate, va a requerir de una actividad legislativa dinámica y discrecional. Puede que ello resulte un ambicioso, pero, del mismo modo que la vida nos coloca desafíos, debe ser nuestra actitud académica, científica y personal, fomentar la superación de ellos de la mejor manera posible.

²¹ Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Marienhoff, Miguel S. Págs. 37 y 38.

Sumario

La era digital, requiere de una actividad humana cada vez más especializada y crítica en cuanto a las normas a futuro, la adaptación a las nuevas tecnologías aplicables, el control de ellas y, en especial, en cuanto a su uso y las consecuencias que traen aparejadas.

Esta influencia ocasiona no solamente el desarrollo de nuestra capacidad de adaptación sino también requiere apertura crítica para ampliar nuestras posibilidades de modernización de la justicia y no quedarnos estancados en tareas innecesarias. Resulta fundamental, por ende, ejercer un dominio de la tecnología y no viceversa, con el objeto de allanar el camino hacia criterios más científicos y objetivos, que aseguren un futuro avanzado en términos de seguridad jurídica y garantías constitucionales.