

Mendoza: hacia un Código Procesal Penal adecuado para la investigación de ciberdelitos

Bárbara Virginia Peñaloza

dra.bpenaloza@gmail.com

Abstract. Al adherir en el año 2017 al Convenio de Budapest, Argentina se comprometió, con algunas reservas, a adecuar su Derecho Penal y Procesal a una política penal común a nivel internacional. Paulatinamente el derecho sustancial ha sido adecuado, a través de leyes nacionales que incorporaron al Código Penal argentino los llamados “ciberdelitos”, ahora es el turno de las legislaciones provinciales, de adecuar sus códigos de procedimiento a los desafíos que hoy plantean la investigación, no sólo de estos ciberdelitos, sino de todos aquellos hechos donde la prueba debe recabarse en o a través de medios digitales, sin transgredir garantías constitucionales.

Mendoza ha dado el primer paso hacia ese cambio, ya cuenta con un proyecto de ley que persigue adecuar el Código Procesal Penal en lo a que al tratamiento de prueba digital respecta.

Keywords: Informática forense. Ciberdelitos. Cibercrimen. Prueba electrónica. Convenio Budapest.

1 INTRODUCCIÓN

Las Tecnologías de la Información y la Comunicación atraviesan todos los aspectos de la vida, desde cómo nos comunicamos, hasta cómo consumimos. También han influido en la forma en que se delinque, dando lugar a los llamados “ciberdelitos”, o al uso de la tecnología para cometer delitos “tradicionales”, como las calumnias e injurias, las amenazas, la extorsión, el chantaje y las defraudaciones, que se han ido complejizando.

Hoy, investigar un delito es un desafío para el Fiscal, que se encuentra con prueba digital, pero con un código procesal diseñado para investigar delitos analógicos.

Ante el cambio de paradigma que se plantea a nivel jurídico y procedimental con la irrupción de las tecnologías, la adaptación de los códigos de forma es indispensable, para dotar al Ministerio Público Fiscal y a la Justicia de herramientas adecuadas para luchar contra el cibercrimen, sin transgredir garantía alguna.

2 CONVENIO DE BUDAPEST

El 15 de diciembre de 2017, nuestro país aprobó por ley la Convención de Budapest sobre ciberdelito adoptada en la Ciudad de Budapest, Hungría, el 23 de noviembre de 2001, ante la necesidad de aplicar una política penal común a nivel internacional, con el objeto de proteger a la sociedad frente a la ciberdelincuencia, en particular mediante la adopción de una legislación penal sustantiva y procesal adecuadas, y la mejora de la cooperación internacional en la lucha contra el cibercrimen.

Previo a la aprobación de la Convención, nuestro país fue adecuando la ley penal sustantiva, incorporando delitos vinculados a la cibercriminalidad informática. Fue así que el 4 de junio de 2008 se sanciona la Ley N° 26.388, denominada “Ley de Delitos Informáticos”, modificatoria del Código Penal argentino, mediante la cual se tipifican los llamados ciberdelitos, tales como la ciberpornografía infantil, la violación, apoderamiento y desvío de comunicaciones electrónicas, la interceptación o captación de las mismas, el acceso indebido a un sistema o dato informático, la publicación indebida de una comunicación electrónica, la revelación de datos que por ley deben ser secretos, el acceso indebido a un banco de datos personales, la inserción de datos falsos en un archivo de datos personales, las defraudaciones por el uso ilícito de tarjeta de crédito o débito, la defraudación informática, el daño informático.

Posteriormente, en el año 2013, se sanciona la Ley de Grooming, bajo el N° 26904, que viene a tipificar el delito de abuso sexual digital perpetrado contra personas menores de edad por medio de comunicaciones electrónicas

Finalmente, en marzo de 2018, el Congreso aprobó la ley N° 27.436, que penaliza la tenencia de pornografía infantil.

Sin embargo, más allá de la incorporación al Código Penal argentino de estos ciberdelitos, la tecnología y la digitalización, sumadas a la convergencia y la globalización continuas de las redes sociales, han complejizado también la comisión y prueba de los que podrían llamarse delitos “tradicionales” tales como las calumnias e injurias, las amenazas, la extorsión, la intimidación pública, la instigación al suicidio, sólo por mencionar algunos. Ocurre que la tecnología ha atravesado nuestras vidas, se ha hecho parte de nuestra cotidianeidad, y hoy el componente informático está presente en la comisión de todos los tipos delictivos, desafiando a quienes deben procurar la investigación y persecución de los mismos, a recabar y analizar evidencia digital.

Por ello, si bien en materia de derecho penal sustancial, Argentina ha ido dando cumplimiento a las exigencias de la Convención de Budapest, es en las exigencias a nivel de derecho procesal penal que nos hemos ido quedando atrasados respecto a la evolución tecnológica.

Atento que el dictado de los códigos de forma es materia no delegada en la Nación, es competencia legislativa de cada provincia llevar a cabo la tarea de *aggiornar* los

Códigos Procesales en materia penal, dando cumplimiento a las exigencias de la Convención de Budapest, para poder investigar y perseguir los delitos informáticos y aquellos que, sin serlo, tienen el componente informático en su comisión.

3 NULLA COACTIO SINE LEGE

Acceder a un dispositivo tecnológico es más invasivo que allanar un domicilio, la intimidad y la privacidad pueden ser gravemente vulneradas. Por ello, la ley debe prever expresamente una medida para ordenar el acceso a un dispositivo tecnológico, pues ello implica una injerencia en la vida privada de las personas que, si no está legalmente establecida, será arbitraria.

Si bien se consagra el principio de libertad probatoria, este debe respetar la máxima *nulla coactio sine lege*, por la que se exige interpretar restrictivamente las disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten el ejercicio de un derecho de los sujetos del proceso, y prohíbe la interpretación extensiva y la analogía mientras no favorezcan la libertad del imputado ni el ejercicio de una facultad conferida a las partes del procedimiento.

Las reglas vigentes sobre medidas de prueba, tales como el registro; el allanamiento; el secuestro; la requisita personal y la interceptación de comunicaciones, no pueden hacerse extensivas a casos en los que se debe recabar y tratar evidencia digital.

4 EL PROYECTO DE REFORMA¹

A fines del año 2018, a instancias de la Senadora Provincial Ana Sevilla, con el asesoramiento de quien escribe este artículo, se presenta en el Senado de la Provincia de Mendoza un proyecto de ley que pretende *aggionar* el Código Procesal Penal a los estándares internacionales de investigación que han sido volcados en el mencionado Convenio de Budapest.

Dicho proyecto pretende incorporar medidas novedosas, ya implementadas en otros países, como en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Entre ellas:

- El registro de dispositivos informáticos para acceder a los mismos, previa autorización judicial. Ello resguarda la intimidad del titular del dispositivo y evita accesos espontáneos en el momento del registro, que pueden alterar la evidencia digital y viciarla.

El registro puede ser remoto, siendo esta modalidad muy novedosa, pero de gran injerencia en la privacidad, por ello sólo será autorizada cuando la vida o integridad física o sexual de una persona estén en grave peligro.

- La confiscación de datos informáticos almacenados. El tribunal puede disponer su secuestro, la clonación de los datos informáticos almacenados y la posibilidad de hacerlos inaccesibles desde el sistema informático o el dispositivo tecnológico.

1 El proyecto puede consultarse en <https://www.legislaturamendoza.gov.ar/>. El número de expediente es el 0000072000.

- Se incorpora la posibilidad de facilitar voluntariamente datos informáticos, usuarios y contraseñas.
- Se admite solicitar la conservación rápida de datos informáticos (ya sean básicos, de tráfico o de contenido) a proveedores de servicio, para que estos no sean alterados en el transcurso de la investigación, pudiendo obligar a los proveedores a mantener el secreto para que el usuario no advierta la medida. Asimismo, se propone la posibilidad de solicitar y acceder a esos datos posteriormente.
- Finalmente, se introduce la figura del agente encubierto informático, que puede ser muy útil en la lucha contra la pornografía infantil y el delito de *grooming*.

5 REFLEXIONES FINALES

La reforma que se propone a la legislación procesal mendocina, se funda en la importancia de que la incorporación al procedimiento de la prueba sea legal, pues si la prueba que se agrega al proceso ha sido recabada en detrimento de garantías y derechos constitucionales, dicha prueba estaría viciada. De manera que, procurando amparar derechos y garantías de las personas ante el poder coercitivo del Estado, también se asegura un procedimiento transparente y válido.

Es por ello que se propone reformar aquellos artículos que consagran medidas probatorias que suponen una injerencia en la vida privada de las personas, así como también se propone añadir nuevas medidas de prueba y conservación exclusivas para el caso de tener que recabar y analizar evidencia contenida en dispositivos tecnológicos o en sistemas informáticos.

Con este proyecto, de ser aprobado, Mendoza contará con un Código Procesal de vanguardia, y permitirá a los fiscales recabar y tratar la prueba digital adecuadamente, respetando garantías constitucionales y convencionales, de acuerdo a estándares internacionales, evitando la frustración de una investigación o de un procedimiento a causa de nulidades que vicien la prueba.

Asimismo, la aprobación del mismo puede significar el puntapié inicial para que todas las provincias argentinas proyecten reformas en sus legislaciones procesales, de manera que también se facilite la cooperación entre provincias en la lucha contra el cibercrimen.

Bibliografía

- Coussirat, J. (2013). *Código Procesal Penal comentado de la Provincia de Mendoza*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley.
- Grupo de Investigación en sistemas operativos e informática forense. Universidad FASTA. (2017). *El rastro digital del delito*. Mar del Plata: Universidad fasta.
- Petrone, D. (2014). *Prueba Informatica*. Buenos Aires: Didot.