

# **Delitos Informáticos: Principios generales para la adaptación del Derecho Penal a la Sociedad de la Información**

Federico D. Arrué<sup>1</sup>

**Resumen.** La irrupción de la Sociedad de la Información ha producido grandes cambios en todas las actividades humanas, entre ellas el funcionamiento de la justicia. El Derecho Penal debe adaptarse a la nueva realidad promoviendo reformas en su legislación de fondo y de forma, y bregando por la profundización de la cooperación internacional en lo que a su ámbito concierne. A su vez los Estados deben contar en la esfera judicial con medios técnicos modernos y personal capacitado para su manejo. Todo ello asumido como un proceso de actualización constante.

**Palabras Clave:** Sociedad de la Información. Adaptaciones. Cooperación internacional. Eficiencia. Continuidad.

**Abstract.** The appearance of Information Society has produced great changes in all human activities, including justice administration. Criminal law must adapt to this new reality by promoting reforms in substantive and procedural law, and looking for increasing international cooperation as far as it concerns. In addition, States should count on modern technology and personnel trained to handle judicial administration in this context. This assumed as a process of constant updating.

**Keywords:** Information Society. Adaptations. International Cooperation. Efficiency. Continuity.

---

<sup>1</sup> Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina. - federicoarrue@hotmail.com

## **1 Introducción y esquema del trabajo**

Desde fines del siglo pasado el desarrollo de la humanidad, en sus diferentes ámbitos, se ha visto afectado de manera transversal por la aparición, consolidación e ininterrumpido avance de la llamada Sociedad de la Información.

Las relaciones humanas, lejos de mantenerse al margen de esta coyuntura, se sitúan en su vértice. De allí que el Derecho se vea afectado en su funcionamiento tradicional y deba adaptarse con miras a intentar cumplir su misión de armonizar la sociedad y resolver los conflictos suscitados de manera justa y eficiente.

El Derecho Penal, a su vez, se inscribe en la situación descripta.

Desde estas líneas, entonces, describiremos los lineamientos generales por los que debe transitar la modernización del Derecho Penal en aras de mantenerse como herramienta social acorde a los tiempos actuales.

En primer lugar daremos cuenta de cómo afecta, puntualmente, la Sociedad de la Información al Derecho Penal.

Seguidamente, en base a lo señalado, explicaremos los tres ejes centrales de necesaria adaptación de la disciplina: el de fondo, el de forma, y el de cooperación internacional. Cada uno estrechamente ligado a los otros dos.

Cerraremos el trabajo con una síntesis de lo expuesto y algunas consideraciones finales.

La investigación se basa en el análisis de las problemáticas del Derecho ligadas a la temática en cuestión y sus posibles soluciones, sustentado por distintas fuentes bibliográficas. Complementado en cuanto se ha considerado oportuno con referencias a instrumentos jurídicos internacionales y ejemplos del Derecho interno argentino.

## **2 La Sociedad de la Información y su efecto sobre el Derecho Penal**

Sobre la Sociedad de la Información es mucho lo que se ha escrito. No buscaremos desde estas líneas realizar una exposición profunda sobre sus posibles definiciones, su origen, sus características o sus múltiples consecuencias. Nos limitaremos a exponer algunas consideraciones de índole general que den cuenta de su esencia a fin de encuadrar este trabajo.

Nos serviremos entonces de la descripción que ofrece *el Livro Verde para la Sociedad de la Información en Portugal*:

La expresión “Sociedad de la información” se refiere a un modo de desarrollo social y económico en que la adquisición, almacenamiento, procesamiento, transmisión, distribución y diseminación de información, conduce a la creación de conocimiento y a la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos y las empresas, desempeñan un papel central en la actividad económica, en la creación de riqueza, en la definición de calidad de vida de los ciudadanos y de sus prácticas culturales. La sociedad de la información consiguiente, a una sociedad cuyo funcionamiento recorre crecientemente las redes digitales de información. Este cambio del eje de las actividades económicas y de los factores determinantes del bienestar social es resultado del desarrollo de las nuevas tecnologías de información, audiovisuales y de las comunicaciones, con importantes ramificaciones e impactos en el trabajo, en la educación, en la ciencia, en la salud, en el ocio, en el transporte, en el ambiente, etc.<sup>2</sup>

La Sociedad de la Información, entonces, se basa en nuevas tecnologías que facilitan la consecución, el manejo y la

---

<sup>2</sup> *Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal* de la *Missão Sociedade da Informação*, consultado online, pág. 5. Traducción propia.

compartición de información. *En cualquiera de sus formas –oral, escrita o visual-, con independencia de la distancia, el tiempo y el volumen.*<sup>3</sup>

Las *Recomendaciones para el Consejo de Europa sobre la Sociedad de la Información* de 1994 enfatizan la relevancia de ésta al describirla como

...una nueva revolución industrial que ya puede considerarse tan importante y profunda como sus predecesoras... Esta revolución dota a la inteligencia humana de nuevas e ingentes capacidades, y constituye un recurso que altera el modo en el que trabajamos y vivimos. <sup>4</sup>

La Sociedad de la Información crea nuevos bienes jurídicos o maximiza el papel de los ya existentes. Estos bienes jurídicos, claro está, son susceptibles de ser afectados por la acción de personas que no son sus titulares, provocándoles a éstos un perjuicio.

A su vez la Sociedad de la Información habilita que los bienes jurídicos “tradicionales” sean afectados de nuevas formas o por nuevos medios.

De allí que se necesiten crear nuevos tipos penales para recoger estas conductas.

He aquí la línea *de fondo* del necesario *aggiornamento* del Derecho Penal.

Paralelamente la Sociedad de la Información, que habilita la vulneración de bienes jurídicos por medios novedosos, en muchos casos obliga al Estado a valerse de nuevas herramientas para la

---

<sup>3</sup> Conforme *Recomendaciones para el Consejo de Europa sobre la Sociedad de la Información* de 1994.

<sup>4</sup> En la misma línea de pensamiento “*Oliver Quéau, director de la División Informática y de la Información de la UNESCO, ha oportunamente manifestado: ‘Lo que está sucediendo lo podemos comparar con lo que Europa vivió durante el siglo XV con la invención de la imprenta, el descubrimiento de América y el fenómeno de la reforma. Esta revolución del siglo XV se está viviendo en la totalidad de los países desarrollados y en vías de desarrollo’*”. - Tilli, Nicolás, *La Convención Europea sobre Cyber-Criminalidad*, consultado online.

investigación de los delitos. Estos medios deben estar reglados para poder servir válidamente como medios de prueba.

Al mismo tiempo la Sociedad de la Información ofrece nuevas alternativas a la Justicia para afrontar los delitos cometidos por los medios “tradicionales”. En este punto la adaptación de la legislación de modo tal de abarcar dichos recursos hace a la mejora de la eficiencia del sistema. La coyuntura muestra en este aspecto su faz proclive al avance técnico en el sistema penal.

Lo descrito hace a la línea *de forma o procesal* de la menester adaptación de la materia aquí tratada.

A su vez, la Sociedad de la Información impulsa el fenómeno de interconexión global. Las personas interactúan entre sí y con la información a la distancia, traspasando sin mayor obstáculos las fronteras estatales.

De aquí que la prevención, investigación y sanción de delitos que pretenden llevar a cabo los Estados deba imperiosamente poder proceder de modo semejante. Esto es posible mediante la profundización de la cooperación internacional.

Surge así el tercer pilar de la apremiante evolución del Derecho Penal: el aspecto *internacional*: el afianzamiento y perfeccionamiento de la *cooperación* entre los Estados.

Seguidamente nos centraremos en cada uno de los tres puntos enunciados.

### **3 Los cambios *de fondo***

Tal como adelantamos la Sociedad de la Información trae consigo el surgimiento de nuevos bienes jurídicos o el aumento de la relevancia de algunos ya existentes. Es decir: nuevos elementos de la sociedad adquieren un centralismo tal que urge protegerlos con el medio más firme con el que cuenta el Estado: el Derecho Penal.

O bien surge la necesidad de ampliar la protección dada a elementos considerados antiguamente de segundo orden.

Como de la denominación habitual del fenómeno descrito se desprende, el bien que mayor relevancia cobra es la información.

La información, en muchos casos, es la base del manejo de fondos, cultura, derechos intelectuales e industriales, relaciones comerciales y laborales, datos personales y empresariales sensibles, y comunicaciones de la más variada índole. De allí que la información, en sus diferentes formatos y en sus múltiples papeles, sea el eje del nuevo sistema de protección. Máxime al atender también a que el nuevo paradigma tecnológico que la sitúa en un punto de trascendencia que jamás había alcanzado a lo largo de la historia, es el mismo que la hace especialmente vulnerable.

Por otro lado no puede velarse por la información sin considerar al mismo tiempo aquellos elementos materiales que le sirven de sustento.

De manera contemporánea la tecnología consubstancial a la Sociedad de la Información habilita nuevas formas de afectar bienes jurídicos. Ya sea a la información como tal. Ya sea a otro bien –propiedad, intimidad, honor, orden público- a través de la información y la informática.

La realidad antes descrita no puede ser atendida con la legislación anterior a la Sociedad de la Información. La adaptación de la justicia a los nuevos tiempos no puede realizarse vulnerando el principio de tipicidad. Es decir: cada delito debe estar expresamente previsto por la ley con anterioridad al hecho que suscita un proceso. Y esa previsión debe ser detallada. Todo acto que no encaje perfectamente en la descripción legal de un delito, no puede ser punido como tal.

De allí que no puedan equipararse espontáneamente los nuevos bienes jurídicos a los antes existentes, ni las conductas tradicionales de vulneración a las nuevas que habilita la Sociedad de la

Información. El Derecho Penal exige una prohibición expresa. Debe contemplar los llamados *delitos informáticos*.

No existe una definición universal de delito informático. Pero podemos traer a colación una de las definiciones que propone Tobares Catalá. Así, el delito informático comprende

..aquellas conductas que recaen sobre herramientas informáticas propiamente tales, llámense programas, ordenadores etc.; como aquellas que sirviéndose de estos medios lesionan otros intereses jurídicamente tutelados...<sup>5</sup>

A manera ilustrativa daremos un panorama de los cambios realizados en el Derecho Argentino por la ley 26.388 del año 2008<sup>6</sup>:

En el artículo concerniente a definiciones se incorporan conceptos: El término “*documento*” comprende toda representación de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento, archivo o transmisión. Los términos “*firma*” y “*suscripción*” comprenden la firma digital, la creación de una firma digital o firmar digitalmente.

Los términos “*instrumento privado*” y “*certificado*” comprenden el documento digital firmado digitalmente.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Tobares Catalá, Gabriel H. y Castro Arguello, Maximiliano J., *Delitos Informáticos*, Advocatus, Córdoba, 2009, pág. 27.

<sup>6</sup> Vinculado a lo antes dicho, la exposición de motivos de la citada ley señala: *Nuestro Código Penal es un sistema riguroso y cerrado de normas que no resiste ni admite ningún tipo de integración, extensión y analogía, que tiendan a completar los elementos ausentes de los tipos penales; ello en virtud de los principios de legalidad y de prohibición de analogía, emanados del artículo 18 de la Constitución Nacional. Por ello ocurre que algunos ataques a determinados bienes jurídicos tradicionalmente protegidos por el derecho penal no alcanzan a ser punidos, porque los tipos penales no expresan en su letra los adelantos científicos y técnicos que sucedieron con posterioridad a la sanción de la norma....*

<sup>7</sup> Art. 77.

En lo que hace a la pornografía infantil, el delito de reproducción o divulgación de la misma puede ahora ser realizado *por cualquier medio*.<sup>8</sup>

El delito de acceso, apertura indebida, apoderamiento, o desvío o supresión del destinatario de una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, que no le esté dirigido; se comete también en relación a una *comunicación electrónica*.<sup>9</sup> También se agrega esta posibilidad –*comunicación electrónica*– en lo atinente a la publicación indebida de correspondencia.<sup>10</sup>

A la revelación de hechos, actuaciones o documentos que deben quedar secretos, por parte de un funcionario; se incorpora en el mismo tipo penal la revelación de *datos*.<sup>11</sup>

Además comete delito el que a sabiendas accediere por cualquier medio, sin la debida autorización o excediendo la que posea, a un *sistema o dato informático* de acceso restringido. Agravándose si el acceso fuese en perjuicio de un *sistema o dato informático* de un organismo público estatal o de un proveedor de servicios públicos o de servicios financieros.<sup>12</sup>

Y a la revelación de datos personales cuyo secreto debe ser guardado por ley se agrega la acción de *proporcionar* y el objeto *archivos*.<sup>13</sup>

Se incorpora dentro de los casos especiales de defraudación el defraudar a otro *mediante cualquier técnica de manipulación informática* que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos.<sup>14</sup> Anteriormente se había incorporado como

---

<sup>8</sup> Art. 128.

<sup>9</sup> Art. 153.

<sup>10</sup> Art. 155.

<sup>11</sup> Art. 157.

<sup>12</sup> Art. 153 bis.

<sup>13</sup> Art. 157 bis.

<sup>14</sup> Art. 173 inc. 16.



tipo el defraudar *mediante el uso de una tarjeta de compra, crédito o débito*, cuando la misma hubiere sido falsificada, adulterada, hurtada, robada, perdida u obtenida del legítimo emisor mediante ardid o engaño, o mediante el uso no autorizado de sus datos, aunque lo hiciera por medio de una operación automática.<sup>15</sup>

En lo que respecta a daños se suma como delito el causar alterar, destruir o inutilizar *datos, documentos, programas o sistemas informáticos*; o vender, distribuyere, hacer circular o introducir *en un sistema informático*, cualquier *programa* destinado a causar daños.<sup>16</sup>

Paralelamente se establece como un nuevo agravante vinculado a la afectación de bienes públicos el daño en *sistemas informáticos públicos*.<sup>17</sup>

La interrupción o entorpecimiento de comunicaciones telegráficas o telefónicas se realiza ahora también si el hecho recae sobre *comunicaciones de otra naturaleza*.<sup>18</sup> En clara referencia a las comunicaciones vía internet.

A la sustracción, ocultamiento, destrucción o inutilización de elementos destinados a servir de prueba ante la autoridad, se agrega su *alteración*.<sup>19</sup> Como veremos luego, la alteración es un peligro latente en caso de secuestro de equipo informático.

Como surge del ejemplo argentino, en algunos casos la adaptación pasará por la creación de nuevos tipos penales más o menos ligados a los ya existentes. En otros puede que sea una técnica legislativa más ordenada un cambio en la descripción del tipo penal, en general agregando acciones típicas –*alterar, proporcionar*–,

---

<sup>15</sup> Art. 173 inc. 15 incorporado por ley 25.930.

<sup>16</sup> Art. 183 seg. párrafo.

<sup>17</sup> Art. 184 inc. 5.

<sup>18</sup> Art. 197.

<sup>19</sup> Art. 255.

detalles de éstas –*por cualquier medio*–, u objetos sobre los que recae la acción –*comunicación electrónica, datos, archivos, programas, sistemas informáticos*–.

También puede realizarse una definición de términos, de modo tal que éstos abarquen los elementos que incorpora al mundo la Sociedad de la Información. De este modo se modifican todas las normas que hacen uso de cualquiera de los términos redefinidos.

Es esta última solución la que plasma más claramente el llamado *principio de equivalencia funcional*: cuando la Sociedad de la Información posibilita una nueva situación, ésta se resuelve según su equiparación con la situación tradicional análoga. Sin embargo el legislador debe ser por demás prudente al valerse de él, pues debe constatar que cada solución que se suscite a partir de la conjunción del artículo definitorio con un tipo penal, sea una solución indiscutible y razonable.<sup>20</sup>

Desde otra perspectiva, la Sociedad de la Información reabre el debate sobre algunos puntos de la parte general del Derecho Penal de fondo. Así, existen nuevos argumentos para la discusión referida a puntos como la responsabilidad penal de las personas jurídicas –esencialmente, grandes proveedores de servicios informáticos–, la omisión impropia –fundamentalmente por omisión en controles en la red–, y teorías de la imputación.

---

<sup>20</sup> Dice Ernesto Liceda: *El principio de equivalencia funcional ha cumplido y cumple una función muy importante para el derecho, el permitir la utilización de las TICs y asignar a los actos mediados por ellas el valor jurídico derivado del cumplimiento de los preceptos formales tenidos en vista por el legislador inicial, ignorando las diferencias materiales de los soportes. Pero a veces las diferencias materiales importan, no siempre es posible equiparar cosas que son diferentes. Si bien resulta cómodo para “modernizar” las normas crear una que simplemente equipare soportes dejando de lado las diferencias materiales, no se puede soslayar la importancia de llevar a cabo un análisis profundo de las interrelaciones de las normas y de su juego armónico. El hecho de no realizar dicho análisis hace perder coherencia al marco jurídico, se pierde la razonabilidad del sistema.* – Liceda, Ernesto, *Límites de la equivalencia funcional (y de la comodidad del legislador) en el Derecho Penal*, Anales 39 JAIIO, consultado online.

Finalmente diremos que debe quedar en claro que de la misma forma que la Sociedad de la Información supone un proceso de modificación constante el Derecho Penal debe estar abierto a seguir su transformación al mismo ritmo. Del mismo modo en que no existe un salto único hacia la Sociedad de la Información, no puede existir un único paso de adaptación de fondo a la nueva realidad. Por el contrario, ésta exige cambios paulatinos y posiblemente ininterrumpidos.

El Derecho Penal de fondo debe seguir de cerca a la Sociedad de la Información para cerrar rápidamente con la llave de los nuevos tipos penales cada puerta delictiva que aquélla logre abrir. Lo cual implicará un proceso de actualización concienzudo y continuo.

#### **4 Los ajuste *de forma***

La protección de los bienes jurídicos no se agota en la tipificación de las acciones susceptibles de afectarlos. Por el contrario, el Derecho Penal exige para su realización herramientas que tornen esa punición verosímil en la práctica.

La aparición de nuevos bienes jurídicos y la posibilidad de dañar a éstos y a los bienes tradicionales por nuevos mecanismos, hace que el derecho procesal también deba adaptarse.

El centro de esta cuestión es la aceptación –si el sistema es de prueba restringida<sup>21</sup>- y reglamentación de nuevos tipos de prueba que sirvan para recoger las llamadas *huellas electrónicas* que quedan como rastro de algunos delitos informáticos y sirvan para neutralizar el *relativo anonimato de autor* que caracteriza a muchos de estos.

Como ya apuntamos, los avances tecnológicos conllevan que en muchos casos la información se encuentre almacenada en dispositivos informáticos. Esta información así contenida puede

---

<sup>21</sup> En Argentina, por ejemplo, se entiende que en los procesos penales puede probarse por cualquier medio. Por lo cual la aceptación expresa de la nueva prueba no es necesaria, aunque –como se verá- es deseable su reglamentación.

ser la prueba central de un proceso. Ya sea por recaer el delito sobre ella –espionaje, destrucción, manipulación-. Ya porque la información se utilizó para dañar o es el único registro de un delito de índole no informática –calumnias, competencia desleal, pornografía infantil, violación a derechos de autor, amenazas, instigación a cometer delito, discriminación, etc.-

Frente a estos hechos es posible que los medios tradicionales de prueba también puedan resultar insuficientes y deba por tanto producirse prueba por nuevas vías o al menos a través de nuevos mecanismos.

Hemos ya aportado una definición tentativa de delitos informáticos. Pero es oportuno traer a colación, para el aspecto concreto que aquí nos ocupa, una definición que haga hincapié en su faceta formal. Así, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos definió el delito informático como *cualquier acto que requiera el conocimiento de tecnología informática para su perpetración, investigación o persecución*.<sup>22</sup>

Es menester una regulación específica sobre estos dos últimos puntos, a fin de habilitar la acción punitiva del Estado con reglas claras, en el marco de una armonización de intereses. Tanto la Fiscalía y la Defensa deben saber cómo proceder: cuál es el trámite apropiado y hasta dónde llegan los derechos personales que deben ser *prima facie* respetados.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Tobares Catalá, Gabriel H. y Castro Arguello, Maximiliano J., op. cit., pág. 28.

<sup>23</sup> Muchos Códigos Procesales tienen disposiciones genéricas. Por ejemplo el art. 217 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, y el art. 222 del Código Procesal Penal de la Nación (Argentina) disponen: Para mayor eficacia de las inspecciones y reconstrucciones, podrán ordenarse todas las operaciones técnicas y científicas convenientes.

Sin embargo el primer texto ha incorporado en su art. 265 bis: *El Fiscal deberá requerir a organismos Públicos y/o Privados las filmaciones obtenidas mediante sistema de monitoreo, y las grabaciones de llamadas a los teléfonos del sistema de emergencias. La totalidad del material obtenido será entregado al Fiscal en su soporte original sin editar, o de no ser posible, en copia equivalente certificada en soporte magnético y/o digital. El Fiscal conservará el material asegurando su inalterabilidad, pondrá a disposición de las partes copia certificada, debiendo facilitar las copias que le*

Fundamentalmente debe estar definido el proceso básico de rastreo de datos –sin vulnerar el derecho a la intimidad- y el eventual secuestro del soporte informático de la información –sin afectar el derecho a la propiedad. Debe tenerse en cuenta que es factible que los dispositivos informáticos y la información en ellos contenida sea por demás necesaria para el desarrollo de una actividad laboral en principio lícita-.

Asimismo debe establecerse bajo qué criterio se conservará la información para asegurar que no sea posteriormente adulterada – en beneficio o en perjuicio del sospechoso-<sup>24</sup> y cómo y por quién se llevarán a cabo los peritajes sobre ella.

Debe quedar claro que así como el nuevo derecho de fondo no puede, en su empeño por combatir los nuevos delitos, infringir el principio de tipicidad ni otros principios esenciales, el derecho de forma no puede vulnerar las libertades individuales, ni el derecho de defensa, ni ningún pilar del sistema judicial liberal.

Más allá de esto la Sociedad de la Información abre en el ámbito del derecho procesal penal una puerta. Las nuevas tecnologías habilitan la utilización de procedimientos novedosos que, de ser contemplados por el ordenamiento, son susceptibles de hacer a la justicia más eficiente.

---

*solicitaran. Las reglas precedentes serán aplicables a las filmaciones obtenidas por particulares mediante sistema de monitoreo en lugares públicos o de acceso público.*

En su momento fue una innovación que los códigos de rito recogieran las medidas relativas a la comunicación telefónica. El art. 299 del Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires dicta: *El Juez podrá ordenar a pedido del Agente Fiscal, y cuando existan motivos que lo justifiquen y mediante auto fundado, la intervención de comunicaciones telefónicas del imputado y las que realizare por cualquier otro medio, para impedir las o conocerlas.* En un sentido similar el Código Procesal Penal de la Nación (Argentina) que agrega: *Bajo las mismas condiciones, el Juez podrá ordenar también la obtención de los registros que hubiere de las comunicaciones del imputado o de quienes se comunicaren con él.*

Lo propio debe hacerse con todos los medios de comunicación actualmente vigentes.

<sup>24</sup> El art. 226 del Código Penal de la Provincia de Buenos Aires reza: *Se podrá ordenar la obtención de copias o reproducciones de las cosas secuestradas, cuando puedan desaparecer, alterarse, sean de difícil custodia o así convenga a la instrucción.* – En un sentido similar el art. 233 del Código Procesal Penal de la Nación (Argentina).

Poniendo sólo algunos ejemplos: Técnicas como la *videoconferencia* pueden ser empleadas para la declaración de testigos y peritos a la distancia, evitando el desplazamiento –con la consiguiente disminución de tiempo y costos- e incluso en muchos casos pudiendo así preservar mejor su seguridad.

Las *grabaciones audiovisuales* puede utilizarse para emplear en una etapa del proceso declaraciones obtenidas en otra.<sup>25</sup>

Los *sistemas electrónicos de vigilancia* –tales como los dispositivos que se ajustan al cuerpo de la persona para reconocer la ubicación de ésta- son alternativas a la prisión preventiva más respetuosas del principio de inocencia. Ya en el ámbito de la Ejecución Penal, pueden servir para un mejor control de los beneficiarios de salidas transitorias o de prisión domiciliaria.

La labor judicial puede agilizarse también con la *informatización de los procesos*, a fin de un mejor manejo de la expedientes, legislación y jurisprudencia aplicable.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> En este sentido el art. 366 del Código de Procedimiento de la Provincia de Buenos Aires –modificado por la ley 14.172- establece: *Las actuaciones de la investigación penal preparatoria no podrán ser utilizadas para fundar la condena del imputado. Como excepción se podrán incorporar por su lectura, exhibición o reproducción de audio o audiovisual.*

<sup>26</sup> Dicen Moggiardino y Blanco Illari: “...dentro de la informatización del proceso, debemos hacer una clasificación que distingue tres subespecies de informática jurídica: la documental, la de gestión y la decisoria.

*La informática documental es la parte de la informática jurídica que persigue el almacenamiento de datos (leyes, decretos, resoluciones, fallos judiciales u otros documentos jurídicos, así como referencias acerca de ellos o información bibliográfica) y su clasificación de acuerdo con criterios apropiados para su recuperación rápida y oportuna.*

*La informática de gestión es el sector que busca elaborar, a partir de los datos almacenados, otros nuevos y presentarlos bajo una nueva forma, afín de cumplir necesidades o funciones jurídicas (como, por ejemplo, expedir certificaciones del estado, dominial de los inmuebles o testimonios de las sentencias, o seguimiento de expedientes por poner sólo algunos ejemplos).*

*La informática decisoria finalmente procura sugerir o adoptar soluciones apropiadas para casos concretos que se le planteen: valorando los datos de cada problema por comparación con los criterios de decisión que se le hayan provisto previamente en la programación, tratando de hacer por medio del ordenador lo que con su razonamiento hacen hoy los encargados de adoptar decisiones jurídicas, especialmente cuando se tratan de decisiones de rutina sujetas a modos de solución suficientemente conocidos.” - Mongiardino, Marina y Blanco Illari, Patricio Gregorio, *El futuro inmediato de los procesos electrónicos*, Anales 41 JAIIO, consultado online.*

La nueva regulación procesal no necesariamente debe provenir de cambios en un código de forma. Dependiendo de las normativas esenciales de cada ordenamiento pueden bastar reglas técnicas, acordadas judiciales o anexos que sirvan como complemento al código de rito.

## **5 La profundización de la Cooperación Internacional en materia penal<sup>27</sup>**

*Cooperación* significa obrar conjuntamente con otro, para la consecución de un mismo fin. Implica la existencia de un trabajo coordinado y una finalidad preestablecida. Cuando se habla de *cooperación internacional*, la interacción se da entre naciones, o, en un sentido técnico, entre Estados soberanos. En la cooperación internacional en materia penal el objetivo de la acción conjunta es la realización del fin primordial del Derecho Penal: la protección de los bienes jurídicos.

El problema que origina la necesidad de esta cooperación es la limitación de las posibilidades materiales de actuación de los Estados para prevenir, perseguir, juzgar y castigar el delito, y para en lo posible mitigar sus secuelas; capacidad que se encuentra acotada al ámbito de su soberanía, y restringida por lo tanto por el principio de igualdad soberana de los demás Estados de la Comunidad Internacional. En contrapartida, la delincuencia no se

---

En Argentina podemos mencionar la ley 26.685 del año 2011, que reza: *Autorízase el uso de expediente electrónico, de documento electrónico, de firma electrónica, de firma digital, de comunicaciones electrónicas y de domicilio electrónico constituido, en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial de la Nación, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales.* (art. 1) Y: *La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Consejo de la Magistratura de la Nación, de manera conjunta, reglamentarán su utilización y dispondrán su gradual implementación.* (art. 2)

<sup>27</sup> Parte de este punto fue elaborado con información extraída de Arrué, Federico D., *La cooperación jurídica internacional en materia penal en la Sociedad de la Información*, Anales 41 JAHO, consultado online.

haya materialmente restringida en la preparación, realización, y extensión de las consecuencias de los delitos, ni en su búsqueda de evasión o impunidad; a los límites que marcan los Estados.<sup>28</sup> Y la Sociedad de la Información le da al crimen nuevas y mejores herramientas para este accionar trasfronterizo.

De allí que los Estados deban cooperar entre sí. En este sentido se ha expedido el ex Secretario General de las Naciones Unidas Kofi Annan:

...Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales. Si los enemigos del progreso y de los derechos humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer a la delincuencia (...)

Los grupos delictivos no han perdido el tiempo en sacar partido de la economía mundializada actual y de la tecnología sofisticada que la acompaña. En cambio, nuestros esfuerzos por combatirlos han sido hasta ahora muy fragmentarios y nuestras armas casi obsoletas... Fortaleciendo la cooperación internacional podremos socavar verdaderamente la capacidad de los delincuentes internacionales...<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> “...Mientras que los delincuentes tradicionales se ven limitados por factores como la distancia geográfica, los controles aduaneros y la necesidad de tener acceso físico a las víctimas, los delincuentes electrónicos pueden operar remotamente y con una impunidad real desde cualquier jurisdicción que carezca de legislación suficiente o de la voluntad o la capacidad de aplicarla, a través de varias jurisdicciones...” - Tobares Catalá, Gabriel H. y Castro Arguello, Maximiliano J., op. cit., pág. 81.

<sup>29</sup> Prefacio a la *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*, 2004.



No es aceptable que los problemas concernientes a la *existencia de más de una jurisdicción* en relación al hecho devengan en su impunidad, por falta de legitimidad punitiva, por imposibilidad de generar pruebas, por no poder llegarse al presunto responsable, ni por obstáculos en la aplicación de una pena dictada.

La colaboración entre los Estados puede plasmarse mediante *actos de naturaleza jurisdiccional, diplomática o administrativa*<sup>30</sup> en forma de distintas medidas.

Originalmente la cooperación judicial internacional se limitaba al procedimiento de extradición y a la tramitación de cartas rogatorias y exhortos internacionales....Sin embargo, paulatinamente la asistencia judicial mutua ha ido diversificado sus procedimientos y medidas. En ese proceso han tenido importante influencia los procesos políticos de integración regional, económica y política...<sup>31</sup>

Doctrinariamente, la cooperación en materia penal puede clasificarse en *activa y pasiva*. La primera es aquella en la que un Estado, -al ser requerido por otro, o también de manera espontánea- realiza algún acto. Pertenecen a este tipo de cooperación, por ejemplo, las medidas que brindan información a otro Estado o ejecutan en la jurisdicción propia alguna de sus resoluciones.

La cooperación pasiva es aquella por la cual un Estado, a requerimiento de otro, permite que éste, por medio de autoridades designadas, actúe en su jurisdicción. Por ejemplo, realizando investigaciones conjuntas en su territorio, o interviniendo telecomunicaciones.

---

<sup>30</sup> Siguiendo a Prado Saldarriaga, Víctor R., *Cooperación judicial internacional en materia penal: El Estatuto de Roma y la legislación nacional*, consultado online.

<sup>31</sup> Prado Saldarriaga, Víctor R., op. cit.

Las distintas formas de cooperación en materia penal pueden clasificarse también en función de su intromisión en la vida de los individuos. Así, cuando ésta es mínima –tales como la obtención de información–, se puede hablar de *medidas de primer grado*. Cuando la afectación es moderada, por recaer sobre bienes, estamos ante medidas que se denominan *de segundo grado*. Y ante una afectación grave –libertad individual–, se hace referencia a medidas *de tercer grado*. Entre mayor sea la afectación, más requisitos deben cumplirse para la concreción de la medida.

Entre las herramientas de cooperación que deben profundizarse – extendiéndose el número de los Estados involucrados y haciéndose más ágiles sus mecanismos–, podemos nombrar:

La *extradición*. Es decir, la entrega que un Estado –Estado requerido– realiza a otro que la ha solicitado –Estado requirente– de una persona demandada judicialmente para procesarla, o bien de una persona ya condenada para que cumpla una pena privativa de la libertad o una medida de seguridad.<sup>32</sup>

El *cumplimiento de sentencia privativa de la libertad en el extranjero*. Se da cuando un Estado solicita a otro que haga ejecutar él mismo una sentencia condenatoria de esta índole que aquél primero dictó.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Entre los acuerdos internacionales centrados en la extradición, podemos mencionar: *Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo* (1940), *Convenio Europeo sobre Extradición* (1957), *Convención Interamericana sobre Extradición* (1981), *Convenio europeo relativo a la Extradición de los Estados Miembros* (1996), *Decisión Marco del Consejo de Europa sobre Orden de Detención Europea* (2002). Este último acuerdo, establece la llamada *Euroorden*: el procedimiento más eficaz sobre entrega de personas, superador en muchos sentidos del instituto clásico de la extradición. El *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (1998), por su parte, habla de *Solicitud de Detención y Entrega* (art. 89).

<sup>33</sup> Como ejemplos de instrumentos que lo consagran, podemos citar el *Convenio Europeo sobre el Valor Internacional de las Sentencias Penales* (1970), o el *Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen* (1985) en sus art. 68 y ss., que remite parcialmente al *Convenio de Traslado de Personas Condenadas* (1983), arts. 9 y ss.

El traslado del condenado a otro Estado para cumplir pena, a pedido suyo, no es en el sentido estricto una medida de cooperación internacional contra la delincuencia, sino un acuerdo de índole humanitaria. Razón por la cual no haremos mayor referencia de esta situación.

Implica en consecuencia una forma de simplificación del proceso de punición, pues ya no es necesario el traslado del individuo condenado.

La *ejecución de sentencias de multa*. Implica que el Estado requerido hará efectiva la condena sobre bienes del condenado que se encuentren en su territorio.<sup>34</sup>

El *embargo*. Es la medida preventiva que impide la disposición de un determinado bien. Generalmente la expresión se asocia al Derecho Civil, pero también puede emplearse como paso previo para la ejecución de una multa penal y para bienes provenientes de un delito. Cuando existe un desapoderamiento físico del bien, se habla de *secuestro*. Si el bien indispuerto es el depósito en una cuenta bancaria, puede hacerse referencia a un *bloqueo* de dichos fondos.<sup>35</sup>

Cuando se quita la posesión de un bien, dado que éste presuntamente se vincula a un delito, como objeto o como medio de prueba, se está frente a una *incautación*.

Cuando se quita la propiedad de un bien como pena por su utilización para la comisión de un delito o por ser fruto de un delito, existe un *decomiso*.<sup>36</sup> En algunos casos se habla de *confiscación*

---

<sup>34</sup> Sobre esta medida dispone, por ejemplo, el *Convenio Europeo sobre el Valor Internacional de las Sentencias Penales* (1970), art. 45 y ss. En él se indica que la multa se convertirá a la moneda del Estado requerido, al tipo de cambio vigente.

<sup>35</sup> Así, la *Convención Americana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal* (1992), menciona el *embargo y secuestro de bienes* (Art. 7). El *Convenio Europeo sobre Blanqueo, Detención, Embargo y Confiscación de los Productos de un Delito* (1990), por su parte, habla de *bloqueo o embargo* (art. 11.1). La *Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción* (2003), hace alusión a *embargo preventivo de bienes provenientes de un delito*. (Art. 46.4)

<sup>36</sup> A la medida de *incautación* hace mención, por ejemplo, la *Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Substancia Psicotrópicas* (1998), art. 7. La *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* (2004) refiere a *embargo preventivo e incautación* (Arts. 13.2 y 18.3). El *Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales del Mercosur* (1996), habla de *incautación y decomiso* (Art. 2). La *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* hace alusión a *incautación y embargo* (art. 46.4) y *decomiso y embargo preventivo* (art. 54). El término *decomiso* emplea la *Convención Americana contra la Corrupción* (1996), en su art. 15.1. El *Reglamento Modelo sobre los Delitos de Lavado de Activos de la Comisión Interamericana para el Control de Abuso de Drogas* (2005), menciona la cooperación tanto para *embargar*, como para *incautar y decomisar*.

como equivalente a aquella medida, pero también puede referir a un tipo de infracción diferente.<sup>37</sup>

La *restitución*. Es la devolución de un bien objeto de un delito, a su legítimo propietario. Un Estado puede solicitarle a otro que le entregue dicho objeto, para proceder él a su reposición.<sup>38</sup>

*Cumplimiento de diligencias*. Este tipo de asistencia puede consistir en recepción de testimonios y declaraciones de personas; proporción de informes de peritos; realización de inspecciones, y examen de objetos y lugares; facilitación de la comparecencia voluntaria de personas en el Estado requirente; notificación de actos procesales; remisión de documentos, informes y elementos de prueba.<sup>39</sup>

*Transmisión de información*. Puede ser considerada una especie de cumplimiento de diligencia. La información que un Estado solicita a otro puede ser de muy variada índole. Por ejemplo: Informes de antecedentes judiciales o policiales<sup>40</sup>; identidad, paradero y actividad de personas vinculadas a un delito; modos de producción de un delito<sup>41</sup>; existencia, naturaleza, movimiento y ubicación de objetos vinculados a delitos<sup>42</sup>; etc.

---

<sup>37</sup> De confiscación habla el *Convenio Europeo sobre Blanqueo, Detención, Embargo y Confiscación de los Productos de un Delito* (1990), en su art. 13.1. – En cualquier caso, debe quedar en claro que no hace alusión al desapoderamiento injustificado de bienes que expresamente prohíbe la Constitución Argentina.

<sup>38</sup> Esta medida está contemplada, por ejemplo, en el *Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea* (2000), art. 8.1. En un sentido similar, la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* (2003) habla de *recuperación de activos*. (Art. 46.4)

<sup>39</sup> Estas ideas están, de forma más o menos exacta, recogidas por ejemplo en la *Convención Interamericana de Asistencia Mutua en Materia Penal* (1992), art. 7; *Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales del Mercosur* (1996), art. 2; *Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y substancia psicotrópicas* (1998), art. 7; *Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional* (2004), art. 18.3; *Reglamento Modelo sobre los Delitos de Lavado de Activos de la Comisión Interamericana para el Control de Abuso de Drogas* (2005), art. 25.4.

<sup>40</sup> Conforme, por ejemplo, el *Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo* (1940), art. 17; y la *Decisión del Consejo de Europa relativa a la Organización y al Contenido del Intercambio de Información de los Registros de Antecedentes Penales* (2009), art. 4.2.

<sup>41</sup> Por ejemplo, la *Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y substancia psicotrópicas* (1998), art. 9; *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia*

Pero en los tiempos actuales no es suficiente el afianzamiento de la cooperación sino que ésta misma debe flexibilizarse para dar cabida a las nuevas tecnologías. Los cambios necesarios en el Derecho Procesal deben tener su paralelismo en el plano de la colaboración internacional.

Es menester que la cooperación incluya, por ejemplo, *registro o decomiso de información almacenada en sistemas informáticos* que se encuentren en otro Estado<sup>43</sup>, medidas cautelares de *conservación de dicha información*<sup>44</sup>, *recogida en tiempo real de información* transmitida en territorio de un Estado a solicitud de otro –intervención de telecomunicaciones-<sup>45</sup>, o *acceso directo a datos informáticos* almacenados de libre acceso al público (fuentes abiertas) en otro Estado.<sup>46</sup> Es también útil, en pro de una mayor eficiencia, la posibilidad de utilización de *videoconferencia* para la declaración de testigos y peritos cuando se lo estime conveniente.<sup>47</sup>

---

*Organizada Transnacional* (2004), art. 27.1; sus protocolos: *Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas*, art. 10.1; *Protocolo contra la Fabricación y Tráfico Ilícito de Armas de Fuego*, art. 12.2.

<sup>42</sup> Por ejemplo, según el *Convenio Europeo sobre Blanqueo, Detección, Embargo y Confiscación de los Productos de un Delito* (1990), art. 8; o la *Convención Interamericana Contra la Corrupción* (1996), art. 15.1.

<sup>43</sup> *Convenio Europeo sobre Cibercriminalidad* –llamado también *Convenio de Budapest*- (2001), art. 31.1.

<sup>44</sup> *Convenio Europeo sobre Cibercriminalidad* (2001), art. 29.1

<sup>45</sup> *Convenio Europeo sobre Cibercriminalidad* (2001), art. 31.1. - *Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea* (2000) art. 18.1. Según este último, un Estado puede también autorizar a otro a que intervenga por sí mismo una telecomunicación, previa notificación de las circunstancias de la misma (Art. 20.2).

<sup>46</sup> *Convenio Europeo sobre Cibercriminalidad* (2001), art. 32.

<sup>47</sup> En este sentido el *Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia* (2010). El mismo define a la *videoconferencia* como un sistema interactivo de comunicación que transmita de forma simultánea y en tiempo real imagen, sonido y datos a distancia de una o más personas que presten declaración, ubicadas en un lugar distinto de la autoridad competente, para un proceso, con el fin de permitir la toma de declaraciones en los términos del derecho aplicable de los Estados involucrados. (Art. 2)

También el *Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea* (2000), art. 10.

Como vimos, las medidas de cooperación citadas se vinculan tanto al Derecho Procesal como a la Ejecución Penal.

A ellas podemos sumarle la *armonización legislativa*. Es decir la tipificación en los distintos Estados de las mismas conductas como delictivas. Es la aplicación internacional de las antes mencionadas adaptaciones *de fondo*. Este ajuste del Derecho favorece no sólo al Estado que lo realiza sino a toda la comunidad internacional, dado que algunas medidas de cooperación suelen exigir –en la mayoría de los convenios que las plasman– la existencia de delito tanto en el Estado requirente como en el requerido.<sup>48</sup>

## Síntesis y consideraciones finales

Hemos visto que el Derecho de fondo adaptarse para incluir la vulneración a nuevos bienes jurídicos como nuevas formas de vulnerar los bienes jurídicos tradicionales, respetando el principio de legalidad. Esto puede lograrse creando nuevos tipos penales – más o menos ligados a los ya existentes–; incorporando acciones típicas, objetos, modalidades u otras alternativas a los ya existentes; o definiendo o redefiniendo conceptos empleados en los tipos penales. Esta última alternativa plasma más claramente el *principio de equivalencia funcional*, pero el legislador debe constatar la claridad y la razonabilidad de cada una de las soluciones que con ella se conforman.

El Derecho Procesal debe aceptar y reglamentar nuevos tipos de prueba, creando seguridad jurídica sobre los procedimientos a ella aplicable y garantizando las libertades individuales que reconoce cada ordenamiento. Deben poder seguirse las huellas electrónicas que quedan como rastros en algunos delitos informáticos y

---

<sup>48</sup> Un buen ejemplo de tratado internacional que prevé la armonización es el *Convenio Europeo sobre Cibercriminalidad* (2001), en relación a los delitos de acceso ilícito a sistemas; interceptación ilegítima de datos, ataques a la integridad de datos; ataques a la integridad de sistemas; producción, difusión o venta de programas para causar daño a sistemas; fraude informático; y delitos vinculados a la propiedad intelectual.

desarticularse así su relativo anonimato. No necesariamente los cambios deben plasmarse en una reforma del Código de rito.

Paralelamente la tecnología puede dar lugar a una justicia más eficiente, con una reducción de costos, tiempos, e incomodidades.

A su vez la Sociedad de la Información exige profundizar la cooperación internacional. La relativización de fronteras que aquélla acarrea lleva a la internacionalización del delito. La existencia de un hecho que se extienda por más de una jurisdicción no puede aparejar su impunidad. Es menester la ampliación de los convenios internacionales sobre distintas medidas de colaboración, así como la incorporación de aquéllas habilitadas por la irrupción de nuevas tecnologías. También una armonización en legislación de fondo que garantice una tipificación homogénea que conlleve la posibilidad de aplicación de todos los medios referidos.

Más allá de lo dicho es evidente que los ajustes legislativos de por sí no implicarán un Derecho más eficiente. El Estado —y los Estados, en general, desde que la interrelación entre ellos se volvió mayúscula- deben contar con los medios técnicos necesarios para poder producir la nueva prueba que el derecho procesal acepte en pro de una mejor persecución de los delitos tradicionales y los incorporados por los cambios de fondo; así como para poder brindar muchas de las medidas de cooperación apuntadas.

Pero la tenencia material de la tecnología, a su vez, también es insuficiente si no va acompañada de personal capacitado que pueda emplearla debidamente y saber interpretar los datos que con ella se obtengan. Defensores, fiscales, peritos, fuerzas de seguridad, y jueces, deben estar actualizados sobre el avance de las técnicas que la Sociedad de la Información implica; pues sobre éstas versa también en Derecho.

Por otra parte, la tecnología de la Sociedad de la Información no sólo debe estar al servicio de la persecución del delito, sino

también de su prevención. El objetivo más amplio del Derecho Penal puede y debe servirse de ella.

Todo lo antes apuntado debe ser entendido como un proceso continuo de evolución del Derecho, que ha de prolongarse indefinidamente mientras la ciencia siga su curso: mientras la técnica supere a la técnica, la herramienta a la herramienta, y el hombre al hombre.

### **Bibliografía citada:**

ARRUÉ, Federico D., *La cooperación jurídica internacional en materia penal en la Sociedad de la Información*, Anales 41 JAIIO, consultado online:

[http://www.41jaiio.org.ar/sites/default/files/9\\_SID\\_2012.pdf](http://www.41jaiio.org.ar/sites/default/files/9_SID_2012.pdf)

LICEDA, Ernesto, *Límites de la equivalencia funcional (y de la comodidad del legislador) en el Derecho Penal*, Anales 39 JAIIO, consultado online:

<http://www.39jaiio.org.ar/sites/default/files/39jaiio-sid-17.pdf>

LIVRO VERDE PARA A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO EN PORTUGAL de la *Missão Sociedade da Informação*, consultado online:

[http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/per/sp\\_per-mla-autres-icc.pdf](http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/per/sp_per-mla-autres-icc.pdf)

MONGIARDINO, Marina y BLANCO ILARI, Patricio Gregorio, *El futuro inmediato de los procesos electrónicos*, Anales 41 JAIIO, consultado online:

[http://www.41jaiio.org.ar/sites/default/files/5\\_SID\\_2012.pdf](http://www.41jaiio.org.ar/sites/default/files/5_SID_2012.pdf)

PRADO SALDARRIAGA, Víctor R., *Cooperación judicial internacional en materia penal: El Estatuto de Roma y la legislación nacional*, consultado online:

[http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/per/sp\\_per-mla-autres-icc.pdf](http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/per/sp_per-mla-autres-icc.pdf)

TILLI, Nicolás, *La Convención Europea sobre Cyber-Criminalidad*, consultado online: citar Abeledo Perrot n°: 0003/010383

TOBARES CATALÁ, Gabriel H. y CASTRO ARGUELLO, Maximiliano J., *Delitos Informáticos*, Advocatus, Córdoba, 2009