Prueba informática

Daniel Petrone

edicionesDidot

ÍNDICE GENERAL

PRÓLOGO

Fernando Díaz Cantón

En una disertación reciente del profesor Wolfgang Frisch, llevada fluidamente a nuestra lengua por Patricia Ziffer, aquél sostuvo que el interés por el Derecho penal sustantivo, sobre todo por lo que concierne a la parte general, iba declinando para dar espacio al Derecho procesal penal, en especial a todo lo vinculado a la vigilancia informática y a la obtención y preservación de la prueba digital en el proceso de prevención e investigación de los delitos no tradicionales. Y ello, ciertamente, no porque el Derecho penal perdiera importancia, sino porque el trabajo faraónico de la doctrina y la jurisprudencia desarrollado en esa materia desde hace más de un siglo daba cabida y respuesta a prácticamente todos los problemas que la realidad puede presentar. En cambio, en el ámbito procesal, en especial en el rubro que acabamos de mencionar, todo estaba "en pañales" y la praxis jurisprudencial no hacía otra cosa que "echar vino nuevo en odres viejos" (esto es mío, pero sospecho no estar lejos del mensaje del profesor emérito de la Universidad de Freiburg).

En ese momento aprecié en su total dimensión la importancia enorme del trabajo de investigación de Daniel Petrone, defendido como tesina en la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo y calificada del modo más alto posible, que tuve el honor de orientar a su pedido, lo que me llenó y me llena de orgullo y que hoy vemos transformado en un libro. No dudo que éste será de gran utilidad, tanto por las respuestas que brinda, pero más aún por las inquietudes que suscita y por las cuestiones que formula. Ya muchos años atrás, de un modo profético, un libro de Julio Maier donde compilaba trabajos de seminario de su cátedra sobre delitos no convencionales, alertaba sobre el fenómeno del delito informático y de los problemas de su abordaje procedimental (ver en especial los trabajos de M. Salt y D. Pastor).

La atenta lectura del libro de Petrone deja como saldo, precisamente, la constatación de la imposibilidad de captar el fenómeno de la vigilancia informática, el proceso de obtención de la prueba digital y su preservación y custodia con las categorías tradicionales de las leyes procesales y de la praxis jurisprudencial, y la imposibilidad de aplicar de un modo analógico las autorizaciones legales existentes para las injerencias a los ámbitos o esferas de privacidad; ni menos aún hacer una interpretación y aplicación "progresiva" de dichas categorías, sin violar, entre otros, el principio

"*nulla coactio sine lege*". La relación inversamente proporcional entre progresividad en la interpretación de las autorizaciones de injerencias y la regresividad en materia de garantías consagradas por normas de rango indiscutiblemente superior, ha sido lúcidamente expresada en las conclusiones de esta obra.

El autor deja en claro, además, que a la multijurisdiccionalidad del crimen organizado le sigue, como la sombra al cuerpo, la multijurisdiccionalidad de su prevención e investigación, y la necesidad de la cooperación internacional y de adaptación de las normas a las nuevas realidades, donde incluso se puede apreciar la dependencia del sector privado para la guarda de datos de terceros, convirtiéndose de este modo en ¿obligados? auxiliares de la justicia, en tensión inocultable con el deber de fidelidad contractual.

Ciertamente la criminalidad informática ha provocado un tembladeral en los esquemas tradicionales de prevención, investigación y respuesta jurisdiccional a los delitos no convencionales. Ha introducido, desde luego, un nuevo paradigma en nuestras formas de vida, esto es sabido, pero además ha convertido en realidad la fantasía del "Gran Hermano" orwelliano, con las revelaciones de los megaespionajes capilares a nivel planetario de que han dado cuenta los medios en publicaciones recientes y que hasta han llevado al ridículo la forma tradicional de las relaciones diplomáticas entre los países de este "*brave new world*". Ello plantea el dilema, bien reflejado por Petrone, entre la expectativa razonable de privacidad para evaluar cuando se ha violado la intimidad en un contexto en que esa expectativa se ha debilitado hasta desaparecer y difícilmente se pueda invocar seriamente.

Otra relación inversamente proporcional, hasta ahora inadvertida, se da según nuestro autor entre la mayor vulnerabilidad de la privacidad que se presenta en este ámbito y la consiguiente necesidad de una mayor protección, relación que se da no sólo desde esta perspectiva garantista, sino para la protección de la vulnerabilidad del dato probatorio en sí, por la volatilidad propia de este tipo de prueba. La importancia, pues, según nuestro autor, de un sistema de cadena de custodia se aprecia en que es el único mecanismo apto para preservar la intangibilidad de las características originales de las evidencias digitales desde su recolección hasta su disposición final, evitando de este modo manipulaciones –propias de todo procedimiento probatorio– que puedan desnaturalizar o incluso bastardear o malversar el significado o el valor de la evidencia.

También es una tarea pendiente de la legislación, según el autor que comentamos, analizar los distintos niveles de intensidad de la injerencia dependiendo del tipo de actividad informática de que se trate, proporcionando un mayor grado de protección a medida que sea mayor el nivel de injerencia (v.gr., dato de tráfico vs. dato de contenido). Plantea el autor también los problemas de la vigilancia remota (servidor ubicado en el extranjero), y del denominado "*cloud computing*", que nos conduce a una suerte de "teoría de la ubicuidad informática", donde probablemente la ubicación de la terminal defina la competencia jurisdiccional, con independencia del lugar (o "no" lugar) en que esté ubicado el servidor. Trata los problemas del denominado "*quick freeze*" (llevados entre nosotros al paroxismo por la denominada "Ley Espía").

¡Qué grande es la tentación, para quien prologa, de tornarse en un comentarista de la obra! Por eso es que concluyo aquí estas líneas, deseando con fervor que este trabajo sea el comienzo de una tarea fructífera de nuestros investigadores en un ámbito donde, como dije al comienzo, todo está por hacerse.