

La importancia de las pericias informáticas en el ámbito del Derecho

Sumario: Introducción. 1. El sistema judicial actual. 2. Las TICs en el Proceso Judicial actual. 2.1 En el ámbito Civil, Comercial y Laboral. 2.2. En el ámbito penal. 3. Necesidad de un lenguaje común. 4. Conclusiones.

Abog. José D. Aráoz Fleming

Abogado especializado en Abogacía del Estado por la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado (ECAE), coordinador del Instituto de Derecho de las Telecomunicaciones, Informática y nuevas TICs del Colegio de Abogados de Salta, profesor universitario e investigador de UCASAL

Mg. Bibiana B. Luz Clara

Mg. Derecho de Internet y Telecomunicaciones, Doctoranda de la Universidad de Salamanca. Abogada y Mediadora. Investigadora de UCASAL

MBA Ing H. Beatriz Parra

Ingeniera en Computación, MBA, doctoranda de la UTN-FRSF docente e investigadora UCASAL, integrante del Grupo de Investigación en Forensia Digital del Instituto de Estudios Interdisciplinarios de Ingeniería, Facultad de Ingeniería UCASAL

Introducción

Este trabajo surge del Grupo de Forensia Digital radicado en la Facultad de Ingeniería de la Universidad Católica de Salta (UCASAL), grupo que tiene como objetivos o líneas mandantes de la investigación los siguientes:

- Estudio y propuesta de protocolos de actuación para la realización de pericias sobre componentes digitales
- Estudio y desarrollo de técnicas periciales de conformidad con los principios de resguardo de la cadena de custodia
- Incorporación de las tecnologías semánticas para el análisis de componentes periciales.

La mayoría de nuestras actividades hoy convergen hacia Internet. Actividades como las de compras, trabajos, servicios, actividades sociales, se desenvuelven en ese ámbito y, obviamente, generan conflictos.

Cuando hablamos de las situaciones conflictivas en las que se ven envueltas las personas, y las empresas, que llegan a los tribunales, es necesario para cada una de las partes poder demostrar cómo sucedieron los hechos. Esto nos lleva al capítulo de las pruebas. Hoy por el tipo de relaciones que se mantienen, una gran cantidad de evidencias, proceden del ámbito informático; dado que dicha disciplina es transversal a casi todo lo que hacemos.

Este trabajo se organiza de la siguiente manera: en principio se analiza el estado actual del sistema judicial, los ámbitos civil y comercial, laboral y penal, y las pericias que los mismos requieren. Luego la necesidad de la utilización de un lenguaje uniforme que permita reglas de actuación claras, finalizando con las conclusiones.

1. El Sistema judicial actual

El sistema judicial argentino ha ido incorporando paulatinamente nuevas pautas de actuación para un mejor desempeño de las tareas a lo largo del proceso. A la fecha se encuentra desarrollándose el Programa Justicia 2020¹, que busca una mejora consistente y constante en el sistema de justicia. Dicho programa permite la participación de diversos sectores en la elaboración de los cambios y políticas a seguir mediante charlas y debates a lo largo de todo el país, en forma presencial y virtual; poniendo a disposición del colectivo las alternativas y logros obtenidos año a año mediante el monitoreo ciudadano de las políticas públicas en este ámbito. La idea principal es hacer un sistema más accesible a la comunidad, moderno y transparente buscando afianzar la justicia como valor, en un todo de acuerdo con los Objetivos de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible².

Este proceso de readecuación de la justicia a las necesidades actuales está llevando a la modificación de los Códigos de Procedimientos Civil y Comercial y Procesal Penal, en miras de adecuarlos al uso de las tecnologías.

Reconocida doctrina³, nos dice que el proceso es el conjunto de actos regulados por la ley y realizados con la finalidad de alcanzar la aplicación judicial del derecho objetivo y la satisfacción consiguiente del interés legalmente tutelado en el caso concreto, mediante una

¹ El Programa Justicia 2020 puede ser consultado en la página oficial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República Argentina: <http://www.jus.gob.ar/> (consultado el 04 de junio de 2018).

² ODS 16: “garantizar la paz y el acceso a la justicia para todos”.

³ DE PINA, Rafael, Diccionario de Derecho, E. Porrúa. México 1984 Pág. 400.

decisión del juez competente. Básicamente podríamos decir que es un conjunto de actos jurídicos que se llevan a cabo para aplicar la norma a la resolución de un caso concreto. Y este conjunto de actos jurídicos provienen de distintas esferas: del estado, de las partes interesadas (actor y demandado) y de los terceros ajenos a la relación sustancial (como podrían ser los peritos, los técnicos llevados a juicio por las partes).

Dado que este trabajo intenta abarcar un marco conceptual general, no vamos a adentrarnos más allá en cuanto a las partes o al funcionamiento del proceso. Solo diremos que existen provincias en donde el proceso penal tiene más un tinte acusatorio con el ministerio público fuera del ámbito del poder judicial, con mayor poder de decisión y de acción, y otras en donde la relación se circunscribe a un solo ámbito de actuación que se desenvuelve dentro de la exclusiva órbita del poder judicial. La importancia de esta diferenciación está básicamente en la lentitud o rapidez del proceso en lo que a nuestros puntos respecta; en si la obtención de la evidencia, si la prueba que es necesario resguardar, será de rápida y diligente obtención o por el contrario entrará en una maraña de difícil salida en la cual su producción resulte finalmente ilusoria. En un sistema acusatorio, en donde la tarea está en cabeza del fiscal actuante, quizá sea más ágil, dinámica y principalmente factible su obtención. A la inversa, en un sistema inquisitivo -en donde las facultades de acusar y juzgar están en cabeza del juez-, el fiscal perderá autonomía, deberá requerir la orden del magistrado actuante, lo que podría desencadenar en el resultado no deseado antes expuesto. El sistema se alejaría entonces de las necesidades buscadas al iniciar el proceso de modificación de los códigos procesales anteriormente expuesto.

2. Las TICs en el Proceso Judicial

En el marco jurídico actual las pericias informáticas son cada vez más necesarias y por ende, cada vez más frecuentes. No solo desde el ámbito del derecho penal, con motivo de la investigación de algún ilícito; sino también desde lo laboral, desde lo civil y comercial, se hace necesario dotar a los jueces de las herramientas necesarias que los lleven a obtener la verosimilitud necesaria al fallar los casos sometidos a su consideración.

La modernidad ha irrumpido en nuestras vidas, y los avances tecnológicos que ella trae aparejados han hecho cada vez más frecuente el uso de herramientas informáticas. Lo podemos ver en lo cotidiano, con un jefe dando órdenes o directivas por herramientas como

WhatsApp⁴ o el correo electrónico. También en el ámbito empresarial con altos directivos cerrando contrataciones electrónicamente y a distancia o modificando cláusulas ya preestablecidas, por esta misma vía; por citar solo algunos ejemplos.

Especializada doctrina⁵ nos dice que la teoría general del contrato clásico se basa en la existencia de un espacio que se podría denominar natural o tridimensional, para distinguirlo de otro que generalmente se denomina "virtual" o "ciberespacio". Este último, es un espacio artificialmente creado por medios informáticos; es el que resulta de la interconexión de redes de computadoras, en la que internet ocupa un lugar central. El desarrollo tecnológico de las dos últimas décadas ha expandido de manera notable el ciberespacio, al que se incorporan diariamente nuevos usuarios en los distintos ámbitos que ofrece (social, comercial, comunicaciones, servicios, etc.). En ese espacio se han gestado lógicamente también las nuevas modalidades de contratar a que hacemos referencia.

2.1. En el ámbito civil, Comercial y laboral

La importancia de las pericias informáticas en estos ámbitos es cada vez más grande. En lo civil el día a día nos muestra la necesidad de resguardar, mediante una eficaz y principalmente oportuna pericia, instrumentos que serán de muy difícil probanza por otras vías. En lo comercial, ¿cuantos instrumentos se inician, se modifican y finalmente se perfeccionan por estas vías? Su resguardo, su probanza pericial oportuna, será fundamental para la obtención del fin último buscado, aproximarnos lo más cercanamente posible a la realidad de tal cual y como fueron las condiciones pactadas. En lo laboral, la prueba pericial sobre los elementos informáticos nos permitirá certeramente una realidad que no sería visible de otra manera o que sería de muy difícil reconstrucción sin estos instrumentos. En muchos de los casos obviamente no obtendremos la verosimilitud suficiente, pero si serán de fundamental importancia los indicios que las herramientas informáticas permitan aportar a la pericia. A partir de ellos lograremos reconstruir una relación laboral negada, parcializada, y nos aproximaremos a la realidad de las cosas tal cual se dieron, tal como sucedieron.

⁴ Aplicación que permite enviar y recibir mensajes instantáneos a través de un teléfono celular. El servicio no solo posibilita el intercambio de textos, sino también de audios, videos y fotografías.

⁵ Grané, Roberto Cavoti Sadonio, Ma. Dolores. *Contratos electrónicos: consentimiento y prueba.*, XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión de Contratos, UBA, (2013). Cita Online: AR/DOC/4669/2013.

En cuanto a lo contractual, ante divergencias en la interpretación de lo convenido surgirá el problema y nacerá en todo su esplendor la necesidad del trabajo pericial, única forma de reconstruir un contrato cuyas cláusulas fueron modificadas o finalmente cerradas electrónicamente; en donde el papel, como a la antigua, no ha sido protagonista en absoluto, es más se lo ha obviado deliberadamente. A partir de la reforma del Código Civil, su unificación con el Código Comercial y la irrupción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación⁶, correctamente, se consagra una regla amplia. Nos dice Quadri⁷, al cual seguimos— que “... la expresión escrita puede hacerse constar *en cualquier soporte*, bajo la condición de que el contenido sea expresado en un texto inteligible, *aunque su lectura exija medios técnicos*”. Podemos decir, en definitiva, que ello implica el abandonar el monopolio del soporte papel al que estuvimos acostumbrados durante mucho tiempo. El nuevo Código consagra con carácter normativo que la expresión escrita podrá hacerse constar *cualquiera sea el soporte que se utilice* en la medida en que exista un contenido representado con texto inteligible (aunque para dicha intelección fueran necesarios medios técnicos). Con lo cual el documento ya no será automáticamente asimilado al papel sino que también se lo relacionará con los nuevos soportes digitales, dando plena cabida al documento digital. Agrega Quandri, que “*Es así como se contempla legalmente, en definitiva, una realidad incontrastable de nuestros días, conectada directamente con las nuevas tecnologías y de este modo vemos al art. 288 referirse, en su segundo párrafo, a los instrumentos generados por medios electrónicos.*”.

Yendo a la aplicación concreta al caso, Diego Fernández⁸, nos dice que “... *las medidas de prueba anticipada tendientes a asegurar la producción de documentos electrónicos constituyen medidas cautelares y, como tales, serán procedentes en la medida en que la parte requirente pruebe la existencia de verosimilitud en el derecho, el peligro en la demora y otorgue suficiente contracautela.*” Es decir los presupuestos mínimos necesarios para el dictado de cualquier medida cautelar. En este sentido, y dentro de lo laboral, la

⁶ Código civil y comercial de la Nación, aprobado por Ley 26.994, sancionada el 1 de Octubre y promulgada el 7 de Octubre del año 2014, comenzó a regir a partir del 1° de agosto del año 2015 de acuerdo a lo dispuesto por el art. 7° de la ley 26.994 modificado por de la ley 27.077. Puede ser descargado en formato pdf y e-book de la página <http://www.sajj.gob.ar> (consultado el 04 de junio de 2018).

⁷ Quadri, Gabriel H, *Incidencia del Código Civil y Comercial en materia probatoria*, RCCyC 2015 (agosto), 17/08/2015, 38, Cita Online: AR/DOC/2487/2015).

⁸ Fernández, Diego, *Medidas de prueba anticipada en la documentación electrónica*, LA LEY 31/07/2014, 31/07/2014, 1 - LA LEY2014-D, 998; Cita Online: AR/DOC/475/2014.

Cámara Nacional del Trabajo, en un precedente del año 2012⁹, ha sostenido que “... *el mero hecho de solicitar una copia de seguridad o back up -sin solicitar la producción de una prueba pericial sobre dichos documentos electrónicos- no debiera interpretarse como un apartamiento de las etapas normales del proceso porque el requirente en esos casos no pretende la producción de la prueba pericial sino asegurar la obtención de los documentos electrónicos que permitirán su producción en la etapa correspondiente.*”

En otro caso laboral¹⁰, y a fin de probar su relación con la parte demandada y que ésta última estaría cometiendo fraude a la ley, la parte actora solicitó el nombramiento de un experto en sistemas para realizar una copia de back up de distintos correos electrónicos almacenados en los sistemas informáticos de la demandada. El tribunal actuante rechazó la medida en primera instancia pero la Sala X de la Cámara Laboral revocó la decisión e hizo lugar al pedido teniendo por acreditado el temor de la parte actora sobre la dificultad de producir la prueba en la etapa procesal oportuna, en el hecho de que los datos contenidos en los servidores de correo electrónico podría modificarse o destruirse, siendo la misma de fundamental importancia para acreditar el pago de salarios no registrados y realizados por la empresa a su favor en el exterior, en fraude a la ley laboral argentina. Es decir, le dio una especial trascendencia a la importancia que tales documentos podrían tener para la resolución del posible conflicto. Por esas razones ordenó al tribunal de primera instancia nombrar un perito ingeniero en sistemas para que realice una copia de back up de determinados correos electrónicos y luego deposite dicha copia en el tribunal para oportunamente realizar una pericia sobre los mismos. Como bien cita Fernández¹¹, este precedente resulta de importancia al reconocer que los documentos electrónicos, dada su propia naturaleza, son susceptibles de sufrir modificaciones o destruirse, circunstancia que aconseja acceder a su resguardo por medio de una medida de prueba anticipada en tanto que, como también se reconoce en el fallo, su resguardo sea de importancia a los fines de la resolución del conflicto.

A estas citas doctrinarias y jurisprudenciales habrá que adicionarle la necesaria observancia del derecho de defensa de la otra parte y el obvio cumplimiento de los

⁹ CNTrab., Sala IX, Expte. No. 158/2012, "*Levin Ricardo Javier c. Taraborelli Automobile S.A. s/diligencia preliminar*", sentencia del 24/05/2012. c) "*Levin Ricardo c. Taraborelli Automobile*".

¹⁰ CNTrab., Sala X, Expte. No. 17258/2012, "*Powell Hugo Francisco c. Willis Corredores de Reaseguros S.A. y otro s/diligencias preliminares*", sentencia del 28/06/2012.

¹¹ Ob.cit. Fernández, Diego.

recaudos normativos correspondientes, a los fines de la obtención y resguardo de esa prueba. A estos efectos son ampliamente ilustrativas construcciones normativas tales como la “*Guía de obtención, preservación y tratamiento de evidencia digital*”¹² y el “*Protocolo General de actuación para las fuerzas policiales y de seguridad en la investigación y proceso de recolección de pruebas en ciberdelitos*”¹³.

Como se observa, prudente y diligentemente, en los casos citados la justicia ha decidido resguardar una prueba que de otra forma se perdería, una prueba que quizá sea única en su especie, una prueba que sin este tipo de intervención pericial sería imposible reconstruir. Obviamente existen innumerables casos en que los jueces no toman la misma actitud, quizá por miedo a lo desconocido, quizá por recelo al trabajo interdisciplinario.

Lo cierto, real y concreto es que la tecnología está entre nosotros, sus avances nos condicionan e impulsan y tanto fiscales y jueces como abogados y demás auxiliares judiciales deberán capacitarse en estos temas que pasarán a ser moneda corriente en nuestros estrados cada vez más digitalizados. Muchas veces la construcción jurisprudencial se demora por el temor o recelo de los operadores judiciales en receptar estos temas por demás novedosos y que requieren no solo su propia sapiencia sino apoyo interdisciplinario en su interpretación. Peritos oficiales, ingenieros, técnicos deberán coadyuvar en estos trascendentales pasos a dar por los jueces y auxiliares judiciales.

2.2. En el ámbito Penal

En el ámbito penal, se dice que en los próximos años todos los delitos tendrán un componente informático, por lo cual es necesario que se puede llegar a realizar las pruebas de modo eficiente. En nuestra sociedad, es cada vez más frecuente la irrupción en nuestro lenguaje cotidiano de palabras como *phishing*¹⁴, *ransomware*¹⁵, *pharming*¹⁶, *grooming*¹⁷,

¹² Azzolin, H.J., “*Guía de obtención, preservación y tratamiento de evidencia digital*”, Resolución PGN N° 756/16 de la Procuración General de la Nación, <http://www.mpf.gob.ar/resoluciones/PGN/2016/PGN-0756-2016-001.pdf> (Consultada el 21/08/2017).

¹³ “*Protocolo General de actuación para las fuerzas policiales y de seguridad en la investigación y proceso de recolección de pruebas en ciberdelitos*”, Resolución del Ministerio de Seguridad de la Nación N° 234/2016, y cuyo texto completo puede ser consultado en <http://www.informaticalegal.com.ar/2016/06/07/resolucion-2342016-del-ministerio-de-seguridad-protocolo-general-de-actuacion-para-las-fuerzas-policiales-y-de-seguridad-en-la-investigacion-y-proceso-de-recoleccion-de-pruebas-en-ciberdelitos/> (consultado el 04 de junio de 2018).

¹⁴ El termino phishing es utilizado para referirse a uno de los métodos más utilizados por delinquentes cibernéticos para estafar y obtener información confidencial de forma fraudulenta como puede ser una contraseña o información detallada sobre tarjetas de crédito u otra información bancaria de la víctima. Extraído de <https://www.infospware.com/articulos/que-es-el-phishing/> (Consultada el 21/08/2017).

para definir diversas y crecientes formas delictuales que van teniendo obligatoria acogida en nuestra jurisprudencia y en nuestras normas, así fue como en 2008 nuestro país modificó el Código Penal para incluir la mayor parte de estas figuras delictivas y en 2013 se incorporó el grooming.

Obviamente cada país irá delimitando su normativa precisa, pero es necesaria la existencia de acuerdos internacionales para la persecución del cibercrimen, tal como el Convenio de Budapest¹⁸. Hoy se requiere de velocidad para incorporar los nuevos tipos penales derivados de la utilización de las tecnologías de información, que pueden tener efectos en distantes territorios. Fundamental también será, desde la otra vereda el trabajo coordinado de abogados y peritos de parte en la construcción de estos avances. Si la construcción es clara, precisa y entendible, en la medida en que logren llevar al lenguaje común, mayor será la recepción jurisprudencial y normativa que logren.

3. Necesidad de un lenguaje común

Técnicos, ingenieros y peritos deberán lograr llevar sus habilidades al llano, deberán hacer cada vez más comprensibles sus procesos para convencer a aquellos de sus conclusiones, para dotar de verosimilitud al pleito; para lograr el objetivo final de llevar justicia a los procesos, con el adecuado uso de sus técnicas de pericias informáticas de por medio. Abogados, fiscales y jueces se ven absortos en este proceso. A veces desconcertados, otras veces confundidos, muchas veces desesperanzados, en pocos casos, por ahora, definitivamente potenciados. No menos sorprendidos, los peritos informáticos, deben salir de sus estructuras de lógica binaria y “traducir” el informe pericial utilizando un lenguaje jurídico que no le es del todo familiar. Los profesionales del derecho quieren

¹⁵ El ransomware (también conocido como rogueware o scareware) restringe el acceso a su sistema y exige el pago de un rescate para eliminar la restricción. Extraído de <https://www.avast.com/es-es/c-ransomware> (Consultada el 21/08/2017).

¹⁶ Pharming es la explotación de una vulnerabilidad en el software de los servidores DNS (Domain Name System), o en el de los equipos de los propios usuarios, que permite a un atacante redireccionar un nombre de dominio (domain name) a otra máquina distinta. De esta forma un usuario que introduzca un determinado nombre de dominio, que haya sido redireccionado, en su explorador de internet, accederá a la página web que el atacante haya especificado para ese nombre de dominio. Extraído de <https://seguinfo.wordpress.com/2007/07/24/%C2%BFque-es-el-pharming/> (Consultada el 21/08/2017)

¹⁷ Se llama GROOMING a la acción deliberada de un adulto de acosar sexualmente a un niño o niña mediante el uso de Internet. Extraído de https://www.unicef.org/argentina/spanish/guiagrooming_2014.pdf (Consultada el 21/08/2017).

¹⁸ La adhesión de la República Argentina al convenio de Budapest, fue aprobada por Ley 27411 del 22 de noviembre de 2017 y tanto la ley como el convenio anexo pueden ser consultados en el sitio <http://www.saij.gob.ar/> (consultado el 04 de junio de 2018).

entender las conclusiones a la que arriba el perito con su análisis dejando de lado los componentes técnicos específicos que sustentan esas conclusiones, y que –la más de las veces- son inteligibles para el profesional no informático. ¿Cómo acercar posturas?, haciendo los trabajos interdisciplinarios, saliendo de los compartimentos estancos, profundizando la investigación también multidisciplinaria, impulsando un trabajo conjunto.

La interrelación entre el Derecho y la Informática, es una necesidad de nuestro tiempo, imprescindible si queremos comprender acabadamente los procesos y su desarrollo. Ambas ciencias se enriquecen trabajando en conjunto a la par que les permite brindar mejores y más eficientes soluciones. En este sentido, valga como ejemplo, la investigación que se está realizando en el Grupo de Forensia Digital de la Facultad de Ingeniería de la UCASAL, orientado a la incorporación de tecnologías semánticas para el análisis forense de correos electrónicos, con el objetivo de *“...que los resultados periciales se presenten adecuadamente, en función de los partícipes no informáticos que requieren del auxilio de esta disciplina. El análisis forense no debe presentarse como un reporte técnico sino como información sistemática y con sentido semántico en el marco de la causa judicial. Resulta conveniente contar con un marco de referencia común para todos los actores judiciales. ...”*¹⁹.

4. Conclusiones

Las OTTs (over the top)²⁰ o servicios que se prestan sobre Internet así como lo que se conoce como “Internet de las Cosas” (IoT), nos llevará a otra nueva etapa de estudio sobre las implicancias que esto puede traer al momento de suscitarse conflictos y tener que realizar pruebas en el ámbito judicial. Estas tecnologías son cada vez más frecuentes en nuestro diario andar y también está en pleno proceso su regulación, con directas implicancias sobre el objeto de este trabajo, pues serán objeto indubitable de pericia en caso de problemas judiciales derivados de su uso. Los datos allí almacenados solo serán asequibles por medio de la necesaria pericia informática.

¹⁹ Gallo B., Vegetti Marcela, Leone Horacio, *Hacia una Ontología para el soporte de la trazabilidad del correo electrónico en la Forensia Digital*, CIDDII, 2017, Cuba.

²⁰ Una plataforma de servicios *Over-The-Top* (OTT) es aquella que transmite o difunde contenidos a diferentes dispositivos – como Smartphones, tabletas o Smart TVs – a través de internet. Éstas no requieren de infraestructura para su transmisión, sino que hacen uso de las redes de los proveedores de internet. Extraído de http://the-ciu.net/nwsltr/279_1Distro.html, (Consultada el 21/08/2017).

Se observa una tendencia a avanzar en este aspecto. Los jueces van abandonando sus compartimentos estancos, los peritos van adentrándose en lo jurídico, quienes hacen las normas van comprendiendo que deben avanzar en crear el marco adecuado, van apareciendo guías de actuación judicial, de las fuerzas de seguridad, la doctrina estudia y coadyuva en esta dirección. La posibilidad de elaborar protocolos de actuación pericial frente a la justicia, que pudieran brindar un marco de actuación seguro y previsible, que permita al juez y a las partes, saber qué se puede investigar, cómo y luego tener sus resultados, todo en un lenguaje sencillo y accesible tanto para el tribunal como para los justiciables, permitirá una mejor experiencia para todos.