

Publicado en: Infojus (Sistema Argentino de Informática Jurídica), Buenos Aires, 2011. Disponible en www.saij.jus.gov.ar

UNA APROXIMACIÓN A LA COOPERACIÓN REGIONAL EN MATERIA DE CIBERDELITO

Juan José Cerdeira¹

Sumario: I. Presentación del Tema. II. Ámbito espacial de enfoque. III. Ámbito material de análisis. IV. La cooperación internacional en la lucha contra el delito informático. V. Conclusiones y Propuestas.

I.- PRESENTACIÓN DEL TEMA

El presente análisis abordará el tema del combate al delito cibernético o informático, como una manifestación más de la delincuencia organizada transnacional. Respecto a su ámbito espacial de enfoque, se hará desde la perspectiva que conforman los Estados Parte y Asociados del MERCOSUR, los cuales hoy cubren –prácticamente- la totalidad del continente sudamericano.

En ese marco se considerarán las diferentes situaciones que se presentan en el universo de análisis referido y las respuestas que se vienen dando, tanto por las fuentes nacionales, regionales y multilaterales aplicables para combatir distintas modalidades del delito cibernético, como también, por la utilización de los instrumentos o herramientas de cooperación en materia penal, que pueden colaborar para resolver algunos de los problemas relacionados con la problemática en cuestión.

El estudio se centrará –principalmente- en dos campos: **1) el de la necesidad de la armonización normativa a nivel regional;** y **2) el de la importancia de**

¹ Doctor en Derecho Internacional de la UNA (Universidad Notarial Argentina) Profesor Regular Derecho Internacional DE la Universidad de Buenos Aires, República Argentina. Profesor Titular de Derecho Internacional de la Universidad de Flores, Buenos Aires, República Argentina. Profesor de la Maestría de Derecho Internacional Privado de la UBA, República Argentina. Profesor de “Derecho de la Integración”- Facultad de Derecho (Universidad del Centro de la Provincia de Buenos Aires). Disertante en diferentes foros nacionales e internacionales sobre temática internacional e integración. Negociador por el Ministerio de Justicia de la República Argentina de instrumentos internacionales en el Mercosur y otros foros internacionales productores de normas. Investigador Universidad Nacional del Litoral. Director Nacional de Cooperación Internacional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

fortalecer la cooperación jurídica regional, advirtiendo en ambos supuestos, sobre la necesidad del conocimiento y difusión de los diferentes recursos o herramientas internacionales disponibles y de otros mecanismos o medios de ayuda accesibles que permitan tomar conocimiento por los operadores de la justicia de un nutrido menú de posibilidades a la hora de aplicar el derecho en sus respectivos campos.

II. AMBITO ESPACIAL DE ENFOQUE

El esquema de integración regional nacido en los años noventa, desde cuya óptica se encara el presente análisis, presenta características diferentes a las ensayadas por los países latinoamericanos en décadas anteriores, así, como también, en la Unión Europea (paradigma referencial de la integración regional).

Entre los objetivos señalados en el Tratado de Asunción –instrumento fundacional del esquema de integración del Mercosur²- está el de “armonizar las legislaciones en las áreas pertinentes, para el fortalecimiento del proceso de integración regional”.

Por lo tanto, de la multiplicidad de dimensiones que hacen al proceso de integración, se tomará, por su vinculación con el tópico en análisis, al marco jurídico-institucional. En ese sentido, el Protocolo de Ouro Preto³, define a los órganos del MERCOSUR como de naturaleza intergubernamental, manteniendo la decisión adoptada por el Tratado de Asunción.

El carácter intergubernamental consiste “en un sistema de múltiples reuniones conjuntas, a diferentes niveles de funcionarios de los países miembros, acompañado de un sistema de toma de decisiones por consenso y con la presencia de todos los Estados Parte”.

La implementación de las decisiones acordadas, corresponde a cada uno de los Estados Parte. En conclusión, cualquier regulación a nivel regional, deberá presentar esas características, diferenciándose en ese sentido del esquema de integración europeo donde puede hablarse de “Decisiones Marco” o “Directivas” que luego son recogidas o incorporadas a las normativas nacionales. En el Mercosur deberemos hablar de instrumentos regionales adoptados por consenso y con entrada en vigencia a través de los canales institucionales y constitucionales correspondientes en cada uno de los Estados Parte o referirnos a la armonización de legislaciones y coordinación de políticas criminales institucionales en un sentido determinado⁴.

² El 26 de marzo de 1991, la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay suscribieron en Asunción (Paraguay) en su carácter de Estados Parte el "Tratado para la Constitución de un Mercado Común", que será denominado MERCOSUR (art. 1, primer párrafo), sustentado en un proyecto político-económico.

³ Protocolo Complementario al Tratado de Asunción que refuerza la estructura institucional del Mercosur. (Art.2)

⁴ Para mayor información se puede consultar: Portal del Mercosur www.mercosur.int.uy

III. AMBITO MATERIAL DE ANALISIS

En cuanto a la manifestación del fenómeno del delito informático en los diferentes Estados que conforman el Mercosur y en varios de sus Estados Asociados, éste se ha presentado bajo diferentes modalidades. La respuesta provino en consecuencia, desde lo normativo y lo institucional, hacia la prevención y el combate.

Si bien internacionalmente se pudieron detectar manifestaciones de este tipo de delitos ya a mediados de los años 70, con los llamados “delitos del organizador”- casos de sabotajes, espionajes y abuso ilegal de ordenadores y sistemas- o delitos de “robo o adulteración de datos” –incorporados en bases o registros de información-, es recién como consecuencia del proceso de globalización que se produce a mediados de la década de los 80 y que se propaga con mayor intensidad en los 90, que la región empieza a sufrir los rebotes de este accionar delictivo, originado en el contexto global y agravado por las “consecuencias no deseadas” de encarar un proceso de integración regional que apunta a la libre circulación de personas, bienes y factores de producción (el referido Mercosur). Es a partir de entonces que empieza a tomar fuerza una amplia ola de piratería de programas, manipulaciones de cajeros automáticos y abusos en telecomunicaciones, revelando la necesidad de adoptar nuevas herramientas y estrategias de prevención, seguridad y control contra esta nueva modalidad delictiva.

A partir de entonces y ante estas nuevas circunstancias, se puede apreciar que los países se enfrentaron a nuevos y complejos desafíos que no habían sido contemplados en sus códigos penales, ya que hasta entonces protegían preferentemente objetos tangibles y visibles. Quizás la primera reforma legal que apareció fue en el campo de la protección a la privacidad, ante la expansión de las posibilidades tecnológicas de recolectar, almacenar y transmitir datos.

En un principio, conjuntamente a la legislación destinada a la protección de la intimidad, se le sumó la que tenía en miras la protección de la propiedad intelectual vinculada al desarrollo de la tecnología informática –protección de derechos autorales, patentes, etc.-. Es así como se tornó necesaria una normativa que protegiera los intereses de los propietarios o tenedores de la información, tomando en cuenta la protección del uso exclusivo y del secreto de la información, así como la garantía de integridad , disponibilidad y corrección de la información⁵.

⁵ Sieber, Ulrich. Prof. Dr. “Delitos Informáticos y otros Delitos contra la Tecnología de la Información. Max Planck Institut de Freiburg (Alemania) con traducción del original por el Dr. Eugenio Zaffaroni y Alejandro Slokar.

Un aspecto que no puede dejarse de considerar y que aparece como consecuencia directa de la expansión de la transmisión de datos fue el “delito de pornografía infantil”, expandida a través de las redes y la necesidad de su protección, prevención y combate.

Ahora bien, tanto en uno como en el otro caso y con diferente desarrollo, los países de la región fueron modificando sus Códigos Penales Nacionales, o dictando leyes especiales que fueron introduciendo regulaciones en torno a las modalidades descritas. En muchos de esos países penden hoy también, diferentes proyectos de leyes que atacan las distintas modalidades que adopta el delito informático⁶, en forma más orgánica.

Como puede advertirse, las particulares características que adoptan los derechos nacionales en torno a la regulación que se le da a las variadas modalidades de delito informático que se van presentando, hace que la armonización de los diferentes poderes coercitivos nacionales sea un factor imprescindible para el funcionamiento coordinado y eficaz de los instrumentos internacionales. Esta

⁶ Por ejemplo: En la Argentina se dictó la Ley 26.388/08 que modifica artículos del Código Penal, incorporando, entre otras, a) definiciones en torno al alcance del término documento y firma digital; b) sancionando la pornografía infantil a través del medio informático; c) reafirmando la protección de la privacidad y sancionando la violación de secretos por medios electrónicos o el acceso a bancos de datos de uso restringido; d) penando la infección – a sabiendas- de archivos informáticos; e) sancionando también al que sustrajere o adulterare pruebas en o por esos medios, etc. En el Brasil, a) se dictó la Ley N° 9296/96 que regula la interceptación de programas informáticos, establece normas de protección de la intimidad, y prohíbe la interceptación de comunicaciones telefónicas e informáticas; b) entre los proyectos de ley en consideración, se destaca uno de 1999, que define y sanciona los crímenes informáticos, preserva el secreto en las comunicaciones electrónicas; y c) otro proyecto de 2008, que contempla definiciones específicas en la materia y pena la utilización de esos medios para la perpetración de crímenes contra menores a través de las redes informáticas. En el Paraguay: No está tipificada la figura como tal, sin perjuicio de existir proyectos legislativos para su regulación. A la fecha se los encuadra en algunos artículos del Código Penal, a) introducidos por la Ley 1160/97, que contempla figuras como: la Lesión del Derecho de la comunicación y la imagen –Art.144-; Interceptación ilícita –Art.146-; Interferencia en los Datos - Art.174 -; Interferencia en el Sistema – Art. 175-; Operaciones fraudulentas por computadoras –Art.188-; Aprovechamiento clandestino de una presentación –Art. 189-; Perturbación de instalaciones de telecomunicaciones –Art. 220-; Asociación criminal –Art. 239-; Falsificación Informática – Art. 248-; Equiparación para el procesamiento de datos – Art. 248; y b) por la ley 1.286/99, que introduce otros cambios al Código, como: la interceptación y secuestro de correspondencia; Art.198-; Apertura y examen de correspondencia –Art. 199; y la intervención en comunicación –Art.200-. c) Asimismo y también en el Paraguay, en su Código Procesal en los arts. 198 a 200 y en el 228, se prevén reglas referidas a la interceptación de comunicaciones y correspondencia o contenido de informes. En Chile: La figura está regulada específicamente aunque de manera inorgánica dentro del plexo legal: a) En el Código Penal se consagra la protección de la privacidad-Art.161-; se sanciona la pornografía infantil –Arts. 366 y 374-; b) Por la Ley 19.223 se tipifican figuras relativas a la información y a su difusión, sancionando el ataque a la integridad o al sistema de datos; c) Por la Ley 20.009 se limita la responsabilidad de los usuarios de tarjetas de crédito por operaciones realizadas con tarjetas extraviadas, hurtadas o robadas – art.5-.

solución de la armonización normativa, basada en la búsqueda de los elementos comunes es la única posibilidad que habilita el sistema de integración del Mercosur y Asociados, a diferencia de lo que puede vislumbrarse en otros esquemas de integración como el europeo, que facilita respuestas más uniformes respecto a la legislación aplicable, incluso a la interpretación armónica de la normativa comunitaria.

Asimismo, deberá considerarse otra vertiente de la armonización no menos importante, cual es la institucional, basada en la necesidad de coordinar las políticas criminales nacionales en torno a las herramientas de lucha contra esos delitos desde una posición común.

IV. LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN LA LUCHA CONTRA EL DELITO INFORMÁTICO

Una primera cuestión a tomar en cuenta es la de la tipificación de las distintas modalidades que adoptan los delitos informáticos y en cual será el principio legal en que se funde el operador jurídico para dirimir quién lo va juzgar entre los países de la región. En la mayoría de ellos se sigue el tradicional concepto que establece que los delitos “deben ser juzgados según el lugar donde fueron perpetrados”. Sin duda, ello genera un problema adicional en torno al “cibercrimen”, por las especiales dificultades en determinar en muchas de las modalidades que asume este tipo de delitos, cual es el lugar de su comisión. Es en ese punto donde puede advertirse que faltan normas de interrelación de instrumentos y de métodos, imprescindibles para dar una solución cabal y rápida a las cuestiones bajo análisis.

Por otra parte, el incremento de la movilidad internacional favoreció al “modus operandi” de la criminalidad contemporánea y generó frecuentes problemas de ubicuidad a la actividad funcional y operativa de las autoridades judiciales encargadas de su persecución y sanción penal. Esas dificultades adquirieron especial relevancia procesal en lo que concierne a la obtención y aseguramiento de evidencias o a la aplicación de medidas coercitivas personales o reales. En efecto, a menudo se detecta en la investigación o juzgamiento de este tipo de delitos, que las fuentes, medios e instrumentos de prueba que son necesarios para los fines del proceso, se encuentran en otro país o en llamado “espacio virtual”, donde el operador de justicia no tiene jurisdicción.

De allí, pues, la importancia de la asistencia judicial mutua que se brindan los Estados para enfrentar, justamente, aquellas limitaciones espaciales que afectan los objetivos de la actividad procesal. Como consecuencia, pues, de esa

necesidad práctica y política, en las últimas décadas se han suscrito y consolidado un importante conjunto de convenios y tratados internacionales, regionales y bilaterales, que están orientados al objetivo común de crear condiciones propicias y vinculantes para la acción coordinada de los Estados en favor de la eficacia de la justicia penal interna de cada país.

En ese contexto, surge la relevancia de conocer y consultar los instrumentos y mecanismos con que se cuenta en este espacio para enfrentar este tipo de delitos, para poder resolver luego sobre el caso específico que se plantea.

Hasta el momento, coexisten en la región y en materia de asistencia penal en general, diferentes documentos internacionales que vinculan recíprocamente a los Estados, con la aceptación y aplicación de procedimientos de asistencia judicial mutua. Alguna de esa normativa de cooperación tiene cobertura global, por estar inserta en acuerdos y convenios suscritos en foros productores de normas de carácter universal, mientras otros, en cambio, alcanzan únicamente una influencia regional, o subregional como aquellos instrumentos que se han elaborado bajo el auspicio, de la Organización de Estados Americanos o del MERCOSUR y sus Estados Asociados, entre otros foros productores de normas⁷.

Sin perjuicio de resaltar la problemática que representa la gran cantidad de normas de cooperación penal insertas en los numerosos convenios internacionales vinculantes y que fueran elaborados para enfrentar distintas modalidades delictivas internacionales, entre las puede comprenderse la modalidad delictual en análisis, cabe no obstante resaltar las normas procedimentales o de cooperación específicas volcadas en el “Convenio de Budapest” sobre cibercriminalidad del 2001⁸, que representa el más específico y

⁷ a) en el marco interamericano: el Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo (1889); El Código Bustamante de Derecho Internacional Privado (1928); la Convención Interamericana de Nassau sobre Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales; b) en el ámbito del MERCOSUR y sus Estados Asociados: el Protocolo de San Luis de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Parte del MERCOSUR (1996); el Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Parte del MERCOSUR, Bolivia y Chile (2001); los Acuerdos Complementarios al Protocolo de San Luis y al Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales con Bolivia y Chile –formularios de facilitación de la asistencia- (2001); c) instrumentos interministeriales específicos de cooperación en la materia; el Acuerdo RMI N°05/03 de Complementación del Plan General de Seguridad Regional en materia de Piratería entre los Estados Parte del MERCOSUR (2003); el Acuerdo Mercosur/RMI/N°06/03 de Complementación del Plan General de Seguridad Regional en Materia de Piratería entre los Estados parte del Mercosur, Bolivia y Chile (2003); el Acuerdo Mercosur/RMI/ Operacional sobre la Implementación de Acciones en la Lucha contra la Piratería (2004); c) Convenios bilaterales y normativa nacional de cooperación penal: los Convenios o Tratados Bilaterales Sobre Asistencia Mutua en Materia Penal vigentes entre los Estados; y d) la legislación Nacional Interna de Cada País Sobre Procedimientos de Asistencia Judicial Mutua en Materia Penal.

⁸ Capítulo III. Cooperación Internacional. Arts. 23 a 27.

valioso antecedente multilateral en la materia y que se encuentra en vías de adopción por la mayoría de los Estados de la región.

Salvo en este último caso, las modalidades de cooperación que se receptan en la mayoría de las fuentes referidas, puede decirse que contienen diferentes procedimientos de asistencia jurisdiccional mutua en materia penal que brindan soluciones tradicionales de asistencia, acordes a los objetivos planteados en su elaboración.

Ahora bien, como puede apreciarse, no resulta tarea sencilla determinar la normativa aplicable en cada caso, sin perjuicio de la necesidad de determinar el grado de vigencia de cada una y su grado de agilidad o beneficio para la cooperación. Es en esta instancia que resultan de particular importancia, la “Guías” y “Manuales de Buenas Prácticas” que se viene elaborando en el marco de los foros internacionales y que tienen en miras justamente facilitar la aplicación de convenios semejantes entre las mismas partes y en los mismos temas. Otro elemento de ayuda significativa para resolver algunas de las problemáticas que se van presentando en torno al tema, es el de las “redes de puntos de contacto”, en caminadas a coordinar informalmente la tarea de los operadores de la justicia. Más específicamente, se pueden señalar como mecanismos en funcionamiento a: a) la “Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica” (IberRed), que comprende a los Ministerios de Justicia, a los Ministerios Públicos y a los Poderes Judiciales de los Estados de la región; y b) al Grupo de Asistencia Jurídica en Materia Penal de la OEA.

V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Finalmente, se expondrá en forma de esquema, un breve resumen con las particularidades que presenta el instituto en análisis en el ámbito regional y cuales son aquellos aportes o aquellas líneas de trabajo en que se está implementando, tanto a ese nivel regional, como en el nacional, para superar las dificultades que se plantean y que merecen ser resueltas para enfrentar a las distintas modalidades que reviste este tipo de delitos.

Carácter	Propuesta
Carácter Intergubernamental del sistema de integración regional	Aprovechamiento de las bondades de este sistema, intentando una coordinación a nivel horizontal superadora de las dificultades.
Proliferación de Fuentes Convencionales en materia de cooperación penal entre mismas	En la nueva normativa de cooperación se fije la vigencia del convenio respecto de los otros;

Partes.	en los ya existentes, se establezcan prelación y guías orientativas, que faciliten su aplicación.
Falta de tipificación de las figuras relacionadas con los crímenes informáticos.	Búsqueda de elementos y comunes entre las legislaciones nacionales y elaboración de figuras armonizadas regionalmente o promoción de leyes modelo de referencia.
Cláusulas en beneficio de la cooperación	Elaboración de Guías y Manuales que orienten sobre la mejor fuente a aplicar basada en su eficiencia.
Interconexión entre operadores de justicia	Fomento de su interrelacionamiento a través de autoridades coordinadoras. Relevancia del papel de los puntos de contacto
Necesidad de Bancos de Datos e Intercambio de Información sensible.	Cruzado de datos entre los sectores que registran distintos de información sensible.

1) Como se dijera, en el contexto de un MERCOSUR intergubernamental, las soluciones comunes en materia de combate al ciberdelito, tanto a nivel interno como a nivel bilateral, regional o multilateral, las aportan tanto leyes nacionales que regulan distintas modalidades de su manifestación, como la regulación que hacen los convenios regionales o multilaterales vigentes o en vías de adopción.

2) Cabe advertir, que en la región conviven en materia de cooperación penal, además de los celebrados en el ámbito del MERCOSUR y sus Estados Asociados, otros convenios bilaterales y multilaterales sobre las mismas materias entre los mismos Estados. Además, fuera de las fuentes que se pueden llamar de cooperación “pura”, hay otras que contienen normas de ese tipo en fuentes de derecho sustantivo, que fueron elaboradas en el marco de foros internacionales productores de normas, como es el caso de la ONU o la OEA, ya referidas. Como consecuencia, puede apreciarse, entonces, el engorroso panorama de dispersión y proliferación normativa sobre la materia.

Asimismo, es sabida la falta de difusión de las fuentes entre los operadores de la justicia, ya sea a nivel interno o más allá de las fronteras. Por ello cobran relevancia las “páginas web” de difusión y las guías de procedimientos o manuales de utilización de la normativa elaboradas por los diferentes foros de producción de normas o institucionales.

3) Ante la disparidad en la tipificación de las diferentes figuras que conforman los llamados delitos informáticos en las fuentes internas de cada país, cobra interés el encarar una tarea de “armonización conceptual” como modelo, basada en la recopilación de las características y elementos comunes a cada realidad nacional, para luego tomarlos como parámetros de legislación en la materia, en cada nueva norma nacional que se dicte en los Estados, tanto en lo que se refiere a lo procesal como a la sustancial. Esos parámetros conceptuales de referencia, tendrán que armonizarse también con las penalidades asignadas a cada figura o modalidad.

En esa tarea se debería procurar también la elaboración de normas operativas que tornen efectivos los convenios internacionales que se han dictado en la materia – ya que se trata , en su mayoría, de normas programáticas.

Asimismo, se ha propuesto –institucionalmente- la elaboración de guías y manuales de buenas prácticas que demuestren a los operadores de la justicia el tratamiento que se da a ciertas figuras, sin perjuicio de la definición del tipo legal que se le asigne.

4) No pueden dejar de señalarse, para terminar, algunos aspectos que cobran especial relevancia para la conclusión del análisis, uno de ellos es que la región se caracteriza por una gran dispersión de recursos logísticos, a lo que se suma una falta de coordinación entre las instituciones encargadas del combate de la criminalidad. Así, se hace imprescindible la colaboración entre ellos, principalmente, entre fuerzas de seguridad, nacionales, provinciales o estatales, por un lado y, jueces, fiscales, defensores y operadores de la justicia, por el otro. Pero a la vez, ambos grupos deben coordinarse entre sí, y aún más, con otras instituciones gubernamentales involucradas en la problemática.

Como corolario final, podría decirse que la alternativa más factible a encarar sería considerar todas las posibilidades que nos brinda el universo normativo e institucional local y regional y hacer un ejercicio de selección y sumatoria de posibilidades y resultados, combinando fuentes, instituciones y sistemas, con miras a encontrar las respuestas y soluciones más efectivas y eficaces para la prevención y el combate de este tipo de delitos y sus modalidades.