

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRES
FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS Y FINANCIERAS
CARRERA DE CONTADURIA PÚBLICA
INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN DE CIENCIAS CONTABLES, FINANCIERAS Y
AUDITORIA
UNIDAD DE POSTGRADO



“MONOGRAFIA”
DIPLOMADO EN AUDITORÍA FORENSE

TEMA:
“LA RECOLECCIÓN Y CUSTODIA DE LAS EVIDENCIAS DIGITALES DEL
AUDITOR FORENSE EN ENTIDADES FINANCIERAS”

Postulante: Denys Walter Buitrago Medrano

Docente: Pablo Aranda Manrique

La Paz, Bolivia

2019

Dedicatoria

A mi familia, por acompañarme en cada paso de mi vida personal y profesional logrando ser origen del esfuerzo y perseverancia.

Agradecimientos

A mi Madre por darme la oportunidad de estudiar y que es la constante impulsora para el logro de mis metas.

INDICE DE CONTENIDOS

| | |
|--|----|
| 1. INTRODUCCIÓN | 1 |
| 2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA | 4 |
| 2.1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA..... | 5 |
| 3. OBJETIVOS | 5 |
| 3.1. OBJETIVO GENERAL | 5 |
| 3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS..... | 5 |
| 4. JUSTIFICACIÓN: | 6 |
| 4.1 METODOLÓGICA | 6 |
| 4.2 ACADÉMICA | 6 |
| 4.3 PRÁCTICA..... | 7 |
| 5. MARCO TEÓRICO / CONCEPTUAL | 8 |
| 5.1. CONCEPTO DE PRUEBA..... | 8 |
| 5.2. CONCEPTO DE EVIDENCIA | 8 |
| 5.3. PRINCIPIOS GENERALES DE LA PRUEBA | 8 |
| 5.4. DIFERENCIA ENTRE PRUEBA Y EVIDENCIA DIGITAL..... | 9 |
| 5.5. CUSTODIA DE LA EVIDENCIA DIGITAL..... | 10 |
| 5.6. LA PRUEBA DIGITAL EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE BOLIVIA..... | 11 |
| 5.7. LEGISLACIÓN COMPARADA DE LA EVIDENCIA DIGITAL. | 14 |
| Venezuela | 14 |
| Argentina..... | 15 |
| Chile..... | 15 |
| Colombia..... | 16 |
| 5.8. FUERZA PROBATORIA | 16 |
| 5.9. CADENA DE CUSTODIA | 17 |
| 5.10. CONTAMINACIÓN DE LA PRUEBA DIGITAL. | 17 |
| 5.11. LA VALORACIÓN DE PRUEBA EN BOLIVIA. | 18 |
| 5.12. LA FUNCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO..... | 21 |
| 5.13. LOS DELITOS INFORMÁTICOS EN EL CÓDIGO PENAL BOLIVIANO. | 29 |

| | |
|-------------------------------------|----|
| 6. MARCO METODOLÓGICO | 32 |
| 6.1. ENFOQUE | 32 |
| 6.2. TIPO | 32 |
| 6.3. DISEÑO | 33 |
| 6.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS..... | 34 |
| 7. MARCO PRÁCTICO (PROPUESTA) | 35 |
| 8. CONCLUSIONES..... | 40 |
| 9. RECOMENDACIONES | 41 |
| 10. BIBLIOGRAFÍA | 42 |

1. INTRODUCCIÓN

La presente monografía cuenta con su formulación del problema que establece ¿Cómo se contamina la evidencia digital al momento de la recolección que realiza el Auditor Forense?, así como también su objetivo general el cual es establecer la contaminación de las citadas evidencias digitales.

La justificación del tema es el establecer los procedimientos correctos que deben tener en cuenta los Auditores Forenses en la recolección de la evidencia digital para que no se encuentren contaminadas y no sean pruebas ilegales.

Se ingresa al marco teórico, la cual da una definición de que es la prueba, en este sentido es toda aquella documentación, declaración, pericia que da fe de un hecho acontecido. De las mismas formas se realiza da un concepto de evidencia que es una certeza clara de un objeto o acto.

Posteriormente se realiza una descripción de los principios de la prueba, la diferencia entre prueba y evidencia digital, la custodia de la evidencia, en este punto cabe aclarar que se tomó el procedimiento establecido en el Código de Procedimiento Penal, que cuando se comete un hecho delictivo el encargado de recolectar las pruebas en el marco de la legislación vigente es el Investigador de la Policía Boliviana.

Se realiza una descripción de la prueba digital en Bolivia, donde no se establece un procedimiento específico para recolectar, debiendo ser tomada como una pericia la cual debe ser solicitada al Ministerio Público para que sea realizado por un personal especializado en la materia, existiendo también en el Código de Procedimiento Penal una contradicción entre la libertad probatoria y los medios de prueba descritos.

Se toma en cuenta también la legislación comparada de Venezuela, Argentina, Chile y Colombia, este último país cuenta con una legislación muy avanzada en la recolección, custodia y valoración de las pruebas digitales dentro de los procesos penales.

La valoración probatoria de un documento digital se da cuando esta cumple todos los requerimientos legales para no ser tachadas de ilegales.

La cadena de custodia de una prueba digital es muy discutible, pero para nuestra legislación debe estar a cargo del investigador quien es el que recepciona el informe del perito designado.

Este perito (Auditor Forense) designado por el Ministerio Público, en cumplimiento de sus funciones es quien en primera instancia recolecta toda la evidencia del hecho delictivo para luego analizar y emitir su informe con el cual adjuntara la prueba recolectada.

La contaminación de una prueba digital se da cuando no se realiza conforme a procedimiento, por ejemplo, el Auditor Forense recolecta evidencia sin ser designado como perito o cuando no solicita el ingreso o el secuestro de documentos o discos duros, etc.

La valoración de una prueba según las sentencias constitucionales emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional establece que los jueces deben utilizar la sana crítica.

De la misma forma citado Tribunal, estableció la forma precisa que el Ministerio Publico debe realizar las diligencias preliminares y preparatorias, esto quiere decir que quien ordena la recolección de las pruebas es el Fiscal de Materia y quien lo ejecuta es el investigador, además que estas diligencias deben enmarcase en el límite de legalidad siendo que la pericia es un medio de prueba imprescindible para delitos informáticos.

El Código Penal establece dos tipos penales uno es la manipulación informática y el otro es la alteración, acceso y uso indebido de datos informáticos, con los cuales se realiza la tipificación de las conductas de los individuos mismos que son sancionados en caso de incumplimiento.

En el marco metodológico se cuenta con el enfoque que es cualitativo, tipo descriptiva, el diseño es experimental y las técnicas son la hipotético deductivo.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El Auditor Forense en el cumplimiento de sus funciones debe recolectar las evidencias digitales, mismas que tienen que ser recolectadas para posteriormente convertirse en medios de prueba para el Ministerio Público y ser judicializadas en juicio, la falta de cumplimiento de un procedimiento por parte del Auditor Forense podría tachar la prueba de ilegal.

En este sentido, los profesionales entendidos en la materia relacionados a la tecnología de la información son los encargados de realizar la recolección de la evidencia digital, mismas que deben ser utilizadas en procesos penales, para que el hecho delictivo sea sancionado conforme a la normativa penal vigente en nuestro Estado Plurinacional de Bolivia.

En el sistema penal boliviano los peritos especializados en temas de tecnología de la información no pertenecen al Ministerio Público, así existiendo un gran conflicto siendo que estos profesionales son escogidos de la lista que envía el colegio de informáticos.

La gran problemática está relacionada que estos profesionales al momento de ser designados por la fiscalía no conocen de los procedimientos legales para recolectar las pruebas y su custodia, procedimientos que si no se cumplen son considerados nulos, o sea que no nacen a la vida jurídica mismos que no podrán ser utilizados ni valorados por los jueces de sentencia en lo penal.

Al estar como peritos para la recolección de pruebas digitales y su custodia en este siglo es demasiado importante por qué, los delincuentes comienzan a cometer muchos más delitos relacionados con este tipo de elementos tecnológicos además que van perfeccionando su modo de robo, por ejemplo, en una entidad financiera, para cometer estos delitos modifican bases de datos para obtener beneficio propio.

2.1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Los peritos (Auditores Forenses), cuando realiza la recolección y posterior custodia de las pruebas digitales, al no ser un entendido de los procedimientos legales que rigen en el sistema penal boliviano, pueden cometer errores los cuales pueden ocasionar que esa prueba sea tachada nulas y no sean consideradas ni valoradas en un juicio penal. En este sentido en la presente investigación se formula la siguiente formulación del problema:

¿Cómo se contamina la evidencia digital al momento de la recolección que realiza el Auditor Forense?

3. OBJETIVOS

3.1. OBJETIVO GENERAL

Establecer la contaminación de la evidencia digital al momento de la recolección realizada por el Auditor Forense.

3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Describir el procedimiento de recolección de las evidencias digitales.
- Analizar las características particulares de la evidencia digital.
- Determinar en qué momento se produce la contaminación de una evidencia digital.
- Proponer un sistema de recolección y custodia de las pruebas digitales.

4. JUSTIFICACIÓN:

4.1 METODOLÓGICA

El estudio pretende establecer los procedimientos correctos que deben tener en cuenta los Auditores Forenses en la recolección de la evidencia digital, siendo que estas se convertirán en medios probatorios que serán producidas en juicios por parte del Ministerio Público.

En este sentido, se debe tomar en cuenta que la presente monografía tendrá un desarrollo de las legislaciones comparadas en otros países y como realizan los tratamientos de la recolección y pruebas digitales para luego ser contrastados que la legislación Bolivia.

De la misma forma se debe tener en cuenta la doctrina existente referente a las pruebas digitales su tratamiento y como se la clasifica debiendo tener una relación estrecha entre los principios de una prueba, mismos que son utilizados actualmente en el Estado Boliviano.

Las teorías existentes sobre la legalidad y libertad probatoria y si estos se encuentran garantizados por nuestra constitución política del estado, para determinar el grado de valoración de una prueba digital y su tratamiento.

4.2 ACADÉMICA

La presente monografía tendrá un desarrollo de conocimientos referidos al avance adquiridos en el desarrollo del Diplomado en Auditoria Forense, referido a la teoría del delito (acción, típica, antijurídica, culpable y punible), el procedimiento para realizar un informe de auditoría forense y como tomar realizar la pericia solicitada por el Ministerio Público.

4.3 PRÁCTICA

La presente monografía, contendrá jurisprudencia relacionada al actuar del ministerio público, como es propuesto el Auditor Forense para un juicio que será como un testigo, donde será interpelado por los jueces, el representante del Ministerio Publico y abogados, quienes tratarán de establecer que el trabajo realizado está con vicios procesales convirtiendo el informe del Auditor Forense en ilegal al ser recolectados de manera indebida.

Al ser un testigo, se referirá a que él tiene todo el conocimiento de cómo recolecto la prueba, el análisis realizado sobre las pruebas, si hubo modificaciones o alteraciones, como se benefició o en perjuicio, además de establecer como se custodio las pruebas digitales.

Por tal razón, el presente estudio tratara de establecer los mecanismos, procedimientos que deben seguir los Auditores Forenses para la recolección de la evidencia y que sean tomados de forma legítimas para que no sean tachados como pruebas obtenidas como ilegales.

5. MARCO TEÓRICO / CONCEPTUAL

5.1. CONCEPTO DE PRUEBA

Conjunto de actuaciones que, dentro de un juicio, cualquiera que sea su índole, se encaminan a demostrar la verdad o la falsedad de los hechos aducidos por cada una de las partes, en defensa de sus respectivas pretensiones litigiosas. (Ossorio, 2000, pág. 791)

En consecuencia, todo documento, declaración, confesión, inspección al lugar de los hechos, testimonio de los testigos son los medios con los que se pretende probar, en este sentido son todos aquellos instrumentos que pueden lograr la certeza del juzgador acerca de los puntos en controversia en un juicio.

5.2. CONCEPTO DE EVIDENCIA

En la presente monografía lo define la evidencia como una certeza clara que se tiene sobre un documento, declaración, confesión u otros medios de prueba, que no puede ser puesto en duda.

5.3. PRINCIPIOS GENERALES DE LA PRUEBA

Los principios generales de la prueba son los siguientes: necesidad de la prueba, eficacia jurídica y legal, unidad de la prueba, adquisición de la prueba, lealtad, probidad, veracidad y exactitud, contradicción de la prueba, igualdad de oportunidades para la prueba, publicidad de la prueba, formalidad y legitimidad de la prueba, legitimación de la prueba, originalidad de la prueba, libertad probatoria, inmediación y de la dirección del juez en la producción de la prueba, pertinencia, idoneidad y utilidad de la prueba, naturalidad o espontaneidad y licitud de la prueba y del respeto a la

persona humana • Obtención coactiva de los medios materiales de prueba. (Ronderos, 2015, pág. 8)

5.4. DIFERENCIA ENTRE PRUEBA Y EVIDENCIA DIGITAL.

Realizada los conceptos precedentemente, se puede establecer que una evidencia es algo que no puede tener contradicción, que su sola presentación es determinante ya que no requiere comprobación, además que es una fase del proceso penal donde los investigadores recolectan, documentos, testimonios, confesiones, inspecciones oculares al lugar del hecho, que posteriormente son producidas en el juicio para convertirse en prueba.

Se debe aclarar que las evidencias pueden ser enervadas por la parte contraria bajo el principio constitucional de derecho a la defensa garantizada en el Artículo 119. (Constitución Política del Estado, 2009)

Así, la evidencia se convierte en prueba una vez que se judicializa, esta etapa es cuando el juez otorga a las partes la lectura de los documentos ofrecidos y son cuestionados por la parte contraria, una vez terminado este proceso se convierten en prueba, para que el juez realice su valoración y dicte su sentencia.

De esta forma todo lo que se adquiere de los discos duros, tarjetas de memoria, dispositivos móviles y ordenadores, son evidencias digitales que con los procedimientos adecuados resultan ser pruebas en juicio.

Así una evidencia digital destaca por ser: volátil, anónima y modificable o manipulable.

Estas tres características hacen que el proceso de adquisición de la evidencia digitales sea complejo, y que pueden desaparecer fácilmente o dejar de existir o bien se modificadas con cierta facilidad.

Se puede encontrar la evidencia digital en lo siguiente: discos duros, memorias USB, móviles, whatsapp, tablets, la nube, correos electrónicos o publicaciones en Facebook, documentos PDF, Páginas Web y SMS.

5.5. CUSTODIA DE LA EVIDENCIA DIGITAL.

Para poder determinar la custodia de una evidencia digital y la recolección de la misma se debe tomar lo siguiente.

Que, por lo dispuesto en el Artículo 284 del Código de Procedimiento Penal, dispone que cualquier ciudadano que tenga conocimiento de un hecho delictivo de acción pública pueda denunciarlo ante el Ministerio Público, así el Artículo 16 de citada norma. (Código de Procedimiento Penal, Ley N° 1970, 1999)

En consecuencia estos dos delitos están tipificados en los Artículos 363 bis y ter del Código Penal Boliviano, que disponen: El que con la intención de obtener un beneficio indebido para sí o un tercero, manipule un procesamiento o transferencia de datos informáticos que conduzca a un resultado incorrecto o evite un proceso tal cuyo resultado habría sido correcto, ocasionado de esta manera una transferencia patrimonial en perjuicio de tercer; y el que sin estar autorizado se apodérate, acceda, utilice, modifique, suprima o inutilice datos almacenados en una computadora o en cualquier soporte informático, ocasionando perjuicio al titular de la información. (Código Penal , 2010)

Haciendo de estos dos tipos penales de acción pública que está a cargo de la investigación es el Ministerio Publico con la Policía Boliviana que se encuentran representados por los investigadores quienes al amparo del Artículo 13 del Código de Procedimiento penal, tiene que solicitar al Fiscal de Materia los elementos probatorios que vea necesario para la averiguación de la verdad de los hechos, convirtiéndose así

como pruebas legales siendo que han sido obtenidos por medios lícitos e incorporados al proceso conforme a ley. (Código de Procedimiento Penal, Ley N° 1970, 1999)

De la misma forma citado Artículo establece que las pruebas obtenidas mediante torturas, malos tratos, coacciones, amenazas, engaños o violación de los derechos fundamentales de las personas, ni la obtenida en virtud de información originada en un procedimiento o medio ilícito no cuentan con valor probatorio. (Código de Procedimiento Penal, Ley N° 1970, 1999)

En consecuencia, la custodia y recolección de las pruebas digitales está a cargo del Representante del Ministerio Público, quien ofrecerá como medios de prueba en juicio.

5.6. LA PRUEBA DIGITAL EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE BOLIVIA.

Antes de ingresar al tema es necesario poner en contexto que el Código de Procedimiento Penal, establece como medios auxiliares de prueba para la etapa preparatoria los siguientes:

- Registro del lugar del hecho, cuando el investigador todo conocimiento del hecho y levanta un acta de lo que se aconteció.
- Requisa personal, es cuando se registra de todo lo que tiene el imputado al momento de la aprensión.
- Requisa de Vehículo, es todo lo que cuenta la movilidad cuando fue secuestrada.
- Levantamiento e identificación del cadáver, procedimientos para levantar un cadáver e identificarlo.
- Autopsia o necropsia, pericia para determinar la muerte.
- Inspección Ocular y reconstrucción, es la constitución del fiscal o juez al lugar del hecho para presenciar las pruebas o la reconstrucción de lo sucedido.

- Allanamiento de domicilio, orden del juez para ingresar al domicilio del imputado, investigados o sospechosos para encontrar mayores evidencias para el caso que se investiga.
- Careo, una forma de obtener la verdad material de los hechos donde se encuentran frente a frente el imputado y la víctima. (Código de Procedimiento Penal, Ley N° 1970, 1999)

En juicio los medios de prueba son los siguientes:

- Pericial, cuando es necesario de conocimientos de expertos en la materia.
- Testifical, declaración de testigos que presenciaron el hecho.
- Documental, como por ejemplo escrituras públicas, facturas etc. (Código de Procedimiento Penal, Ley N° 1970, 1999)

Ingresando al desarrollo del Tema que concierne el medio de prueba que debe ser utilizado para los delitos informáticos es la pericial que en el Artículo 204 del Código de Procedimiento Penal establece que se ordenará una pericia cuando para descubrir o valorar un elemento de prueba sean necesarios conocimientos especializados en alguna ciencia, arte o técnica. (Código de Procedimiento Penal, Ley N° 1970, 1999)

En este sentido los siguientes artículos establecen las reglas para la designación de los peritos:

Artículo 207, consultores Técnicos; el juez o tribunal, según las reglas aplicables a los peritos, podrá autorizar la intervención en el proceso de los consultores técnicos propuestos por las partes. El consultor técnico podrá presenciar la pericia y hacer observaciones durante su transcurso, sin emitir dictamen. En las audiencias podrán asesorar a las partes en los actos propios de su función, interrogar directamente a los peritos, traductores o intérpretes y concluir sobre la prueba pericial, siempre bajo la dirección de la parte a la que asisten. La Fiscalía nombrará a sus consultores técnicos

directamente, sin necesidad de autorización judicial. (Código de Procedimiento Penal, Ley N° 1970, 1999)

Artículo 208 sobre Impedimentos determina que no serán designados peritos los que hayan sido testigos del hecho objeto del proceso y quienes deban o puedan abstenerse de declarar como testigos. (Código de Procedimiento Penal, Ley N° 1970, 1999)

Artículo 209 sobre la Designación y alcances de los peritos que señala, que las partes podrán proponer peritos, quienes serán designados por el fiscal durante la etapa preparatoria, siempre que no se trate de un anticipo jurisdiccional de prueba, o por el juez o tribunal en cualquier etapa del proceso. El número de peritos será determinado según la complejidad de las cuestiones por valorarse. El fiscal, juez o tribunal fijarán con precisión los temas de la pericia y el plazo para la presentación de los dictámenes. Las partes podrán proponer u objetar los temas de la pericia. (Código de Procedimiento Penal, Ley N° 1970, 1999)

En este contexto, el Código de Procedimiento Penal, no establece un procedimiento especializado para la recolección y custodia de las pruebas digitales, solo pudiendo ser recolectadas y custodiadas por el perito especializado en sistemas de la información.

Así, la designación del perito está a cargo del Juez que resuelve la causa, quien solicitara al colegio de profesionales que corresponda una nómina de profesionales peritos en el hecho delictivo investigado.

Una vez proporcionada la lista de profesionales se elegirá una terna de quienes se pondrá las partes podrán objeciones y así quedar uno solo quien será designado para realizar la pericia encomendada, quien tiene que aceptar citada designación.

Quien una vez aceptada la designación realizara el trabajo encomendado así presentando su dictamen y si corresponde uno complementario, así como lo establece los siguientes Artículos del Código de Procedimiento Penal:

Artículo 213 sobre el dictamen será fundamentado y contendrá de manera clara y precisa la relación detallada de las operaciones practicadas y sus resultados, las observaciones de las partes o de sus consultores técnicos y las conclusiones que se formulen respecto a cada tema pericial. Los peritos podrán dictaminar por separado cuando exista diversidad de opiniones entre ellos. El dictamen se presentará por escrito, firmado y fechado. (Código de Procedimiento Penal, Ley N° 1970, 1999)

Artículo 214 sobre un nuevo dictamen o Ampliación corresponde cuando los dictámenes sean ambiguos, insuficientes o contradictorios, se ordenará su ampliación o la realización de una nueva pericia por los mismos peritos o por otros distintos. (Gaceta Oficial de Bolivia, 1999)

Artículo 215 sobre la conservación de objetos señala que el fiscal, juez o tribunal y los peritos procurarán que los objetos examinados sean conservados, de modo que la pericia pueda repetirse. Si es necesario destruir o alterar los objetos analizados, los peritos deberán informar antes de proceder. (Gaceta Oficial de Bolivia, 1999)

5.7. LEGISLACIÓN COMPARADA DE LA EVIDENCIA DIGITAL.

Venezuela

La Ley de Registro Público, la que otorgó valor probatorio a los fotostatos, extendiéndose posteriormente a todo tipo de reproducción mecánica, posteriormente la reforma del Código de Procedimiento Civil, incluyó la prueba libre, con lo cual se despeja toda duda sobre su procedencia en juicio, estableciendo reglas para su valoración, pudiendo decirse, sin lugar a dudas, que tal reforma fue quién legalizó,

definitivamente, la inclusión de todas estas pruebas reales, dentro del concepto de documento. (Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela, 2001)

Argentina

El marco normativo de la República Argentina en materia de Firma Digital está constituido por el Decreto N° 2628/02 y el Decreto N° 724/06.

Para la legislación argentina los términos "Firma Digital" y "Firma Electrónica" no poseen el mismo significado. La diferencia radica en el valor probatorio atribuido a cada uno de ellos, dado que en el caso de la "Firma Digital" es un documento firmado digitalmente es verificado correctamente, se presume salvo prueba en contrario que proviene del suscriptor del certificado asociado y que no fue modificado.

Por el contrario, en el caso de la firma electrónica, en caso de ser desconocida la firma por su titular corresponde a quien la invoca acreditar su validez.

Chile

El Código de Procedimiento Penal Chileno establece en su Artículo 295, la libertad probatoria, dando de esta manera la facultad a las partes para proponer las pruebas que consideren necesarias para la averiguación de la verdad de los hechos.

Como se podrá ver en la legislación Chilena a pesar de establecer una libertad probatoria en el Artículo 314 y siguientes dispone como una forma de prueba la pericia no contemplando en este aspecto las pruebas digitales, siendo que requieren ser recolectadas y custodiadas por profesionales entendidos en la materia. (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 1906)

Colombia

El Código General del Proceso tiene las siguientes peculiaridades:

- Uso de las tecnologías de la información las comunicaciones (Art. 103 CGP)
- Toda la actuación judicial deberá procurarse el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la gestión y trámite de los procesos judiciales
- Las actuaciones judiciales se podrán realizar a través de mensajes de datos
- La autoridad judicial deberá contar con mecanismos que permitan generar, archivar y comunicar mensajes de datos
- Correo electrónico, dirección electrónica, medios magnéticos o medios electrónicos, otros sistemas de envío, transmisión, acceso y almacenamiento de mensajes de datos siempre que garanticen la autenticidad e integridad del intercambio o acceso de información
- Los funcionarios y empleados judiciales podrán usar firma electrónica (Congreso de la Republica de Colombia, 2012)

Como medios de prueba en la legislación colombiana se tiene la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez. (Ronderos, 2015, pág. 75 al 77)

5.8. FUERZA PROBATORIA

Fuerza probatoria es la eficacia de un medio de prueba. Ella se refiere a la operación mental que hace el juez para formar su convicción a partir de los medios de prueba aportados al proceso, y ésta variará según se encuentre ante un documento público -autorizados por un fedatario o empleado público competente- o ante un

documento privado -firmados o no por los particulares-, de aquí que los conceptos o documentos de acto auténtico y el de actos o documentos privados, así como la firma serán conceptos importantes al intentar dar una valoración probatoria del documento electrónico. (Carrascosa, 1994, pág. 139)

5.9. CADENA DE CUSTODIA

Para garantizar la cadena de custodia de una evidencia digital debe contener mínimamente lo siguiente:

- Demostrar que una persona tuvo control de la evidencia y puede demostrar que no ha sido manipulada o alterada antes de la examinación por parte de los expertos forenses.
- Tomar medidas para garantizar que nadie pueda alterar el computador sin su conocimiento.
- Cintas y bahías de unidad iniciales es decir ZIP, Floppy.
- Tornillos de cinta y de caso inicial, si el computador es removido.
- Cinta y el receptáculo de potencia inicial en la parte posterior del dispositivo.
- Medios de etiquetas que contienen pruebas electrónicas. (Ronderos, 2015: 32 y 33)

5.10. CONTAMINACIÓN DE LA PRUEBA DIGITAL.

Antes de ingresar al tema a tratar, se establece que en un Estado de Derecho y en particular nuestra Constitución Política del Estado garantiza el derecho al debido proceso, que es la garantía que tiene cada ciudadano de que el Órgano Judicial se enmarque en la legislación vigente llamado también principio de legalidad. (Constitución Política del Estado, 2009)

Este principio de legalidad, establece que todo ciudadano de un Estado sea gobernante o gobernado este sometido al imperio de la Ley.

En este sentido la teoría del fruto envenenado del árbol, señala que si una prueba es obtenida ilegalmente o sea sin los procedimientos establecidos en nuestro Código de Procedimiento Penal y desarrollados en la presente monografía.

La recolectada y custodiada ilegalmente y que de estas se desprendan otras pruebas accesorias también se plasmarían ilegales o simplemente contaminadas siendo que fueron manipuladas no tomando en cuenta los procedimientos legales para surtir efectos legales dentro de un proceso penal.

Al ser pruebas obtenidas de manera incorrecta o ilegal no surten efectos jurídicos no pudiendo ser utilizados en juicio o ser valorados por los jueces siendo que carecen de legalidad.

5.11. LA VALORACIÓN DE PRUEBA EN BOLIVIA.

El Tribunal Constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia determina lo siguiente sobre la valoración de la prueba en materia penal tradicionalmente se han conocido tres sistemas de valoración probatoria: i) El sistema de la prueba legal; en el cual, la eficacia de convicción de cada prueba está prefijada por la ley procesal; ii) Íntima convicción, donde el juez es libre de convencerse según su íntimo parecer, valorando las pruebas de acuerdo a su leal saber y entender, sin la obligación de fundamentar sus decisiones; y, iii) La libre convicción o sana crítica racional. (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2018)

Para realizar una valoración de la prueba con la libre convicción o sana crítica se debe tomar en cuenta que esta emana del principio de la verdad real o material; este sistema, como señala José Cafferata Nores, si bien establece la plena libertad de convencimiento de los jueces, empero esa libertad tiene un límite infranqueable: el respeto a las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano; es decir, las normas de la lógica, psicología, de la experiencia común. En ese sentido, la

actuación del juez no es discrecional o arbitraria; prima la razonabilidad de la valoración de la prueba, de ahí que también recibe el nombre de persuasión judicial; pues, si bien el juez tiene mayor libertad con relación a la prueba tasada; empero, también tiene más responsabilidad. (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2018)

Otra característica de este sistema, es la obligación impuesta a los jueces de motivar sus conclusiones; es decir, de exponer las razones de su convencimiento; éste, es precisamente el sistema que rige en el proceso penal boliviano, puesto que el art. 173 del CPP, lo consagra al señalar que: el juez o tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación de las reglas de la sana crítica, justificando y fundamentando adecuadamente las razones por las cuales les otorga determinado valor, en base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial producida. (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2018)

La jurisprudencia constitucional en la SC 1480/2005-R de 22 de noviembre, se refirió a los tres sistemas de valoración de la prueba en materia penal íntima convicción, pruebas legales y sana crítica, estableciendo que en nuestro ordenamiento jurídico rige el sistema de la sana crítica, puntualizando que las reglas de la experiencia, son aquellas que conoce el hombre común; las reglas de la psicología referidas no a las normas elaboradas por ciencia conjetural de la psicología, sino a mínimos conocimientos; además de las reglas de la lógica, vale decir, las reglas de la identidad, de contradicción, de tercero excluido o de razón suficiente; entendimiento que fue reiterado en la SC 0115/2007-R de 7 de marzo. (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2018)

Consiguientemente, en materia penal rige el sistema de valoración de la prueba de la libre convicción o sana crítica; en virtud de la cual, el juez en la apreciación de todos los medios de prueba, tiene libertad de convencimiento, empero, limitado por las reglas de la lógica psicológica y experiencia común, así como la obligación de motivar las razones de su convencimiento, además, y esto es fundamental, es indispensable que las autoridades judiciales presten atención a los principios constitucionales que

sustentan la prueba, como es el principio de verdad material, que se encuentra previsto en el art. 180 de la CPE; en virtud al cual, la o el juzgador debe encontrar la paz social, la aplicación de la justicia y el respeto a los derechos humanos, buscando la verdad de los hechos, por encima de mecanismos formales o procesales, con la finalidad que las partes accedan a una justicia material, eficaz y eficiente, procurando que el derecho sustantivo prevalezca sobre el formal. (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2018)

Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional refiere la superación de la dependencia de la verdad formal o la que emerge de los procedimientos judiciales, por eso es aquella verdad que corresponde a la realidad, superando cualquier limitación formal que restrinja o distorsione la percepción de los hechos, a la persona encargada de juzgar a otro ser humano, o de definir sus derechos y obligaciones, dando lugar a una decisión injusta que no responda a los principios, valores y valores éticos consagrados en la Norma Suprema de nuestro país, a los que, todas las autoridades del Órgano Judicial y de otras instancias, se encuentran impelidos a dar aplicación, entre ellas, al principio de verdad material, por sobre la limitada verdad formal. (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2018)

Obligación que para su cumplimiento requiere, entre otros, de una correcta apreciación de los medios probatorios aportados durante el proceso, conforme a la realidad de su ocurrencia, con la finalidad de efectivizar la función de impartir justicia menos formalista y procesalista, para dar lugar a la justicia material y efectiva; velando por la aplicación y respeto de los derechos fundamentales y de las garantías constitucionales de las personas. En síntesis, de acuerdo con la Constitución Política del Estado, los procesos están regidos por el principio de verdad material y en ese sentido, se orientan a la comprobación de la verdad. (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2018)

5.12. LA FUNCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Tribunal Constitucional Plurinacional estableció lo siguiente sobre la función del Ministerio Público en los procesos penales:

Que, la línea jurisprudencial asumida por el Tribunal Constitucional Plurinacional, que estableció en la SCP 1585/2014 de 19 de agosto, cuya relatoría precisamente corresponde al suscrito Magistrado Relator, siguiendo el entendimiento ya asumido en la SC 2888/2010-R de 17 de diciembre, señaló que: Las resoluciones emitidas por el Ministerio Público no reconocen recurso ulterior. (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2013)

El art. 6 de la LOMP, establece la obligatoriedad del Ministerio Público para promover la acción penal pública cuando tenga conocimiento de la comisión de un hecho punible y existan los suficientes elementos fácticos para verificar su comisión, en consecuencia, como titular de la investigación, su función se enmarca en la recolección, conservación, ofrecimiento, producción y acumulación de los elementos de prueba o indicios que le permitirán fundar y/o sostener una posible imputación sobre la existencia del hecho y posible autor y en su caso una acusación cuando existe comprobación del delito y responsabilidad del autor. (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2013)

Así también, disminuir o eximir de responsabilidad al imputado o acusado. Es decir, que en función a ello emitirá una resolución firme que se constituye en un acto determinativo de la etapa preliminar que podría ser el rechazo de denuncia, querrela o actuación policial o en su caso, una salida alternativa o acto conclusivo. (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2013)

Iniciada la investigación y desarrollados los actos investigativos, recibido el informe preliminar corresponde al fiscal de materia, como una atribución propia y privativa, entre otras, conforme el art. 304 del CPP, rechazar la denuncia, la querrela o las

actuaciones policiales, por falta de tipicidad, por inexistencia del delito atribuido, por falta de indicios que hagan presumir la participación del imputado, cuando no se lo haya podido individualizar, o cuando los elementos de convicción acumulados en la investigación, no sean suficientes para fundar la acusación. (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2013)

La norma procesal penal en el art. 305, reconoce a las partes, el poder objetar la resolución de rechazo, en el plazo de cinco días, ante el fiscal que dictó la misma, quien remitirá antecedentes al fiscal superior en jerarquía, autoridad que dentro de los diez (10) días siguientes a la recepción de las actuaciones, determinará la revocatoria o ratificación del rechazo y el consiguiente archivo de obrados. Si dispone la revocatoria ordenará la continuación de la investigación y en el supuesto de ratificar el rechazo de la denuncia, querrela o actuación policial, dispondrá el consiguiente archivo de obrados, lo que no impide la conversión de la acción a pedido de la víctima o del querellante; en ambos casos, no existe recurso ulterior. (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2013)

En ese mismo razonamiento, luego agregó que: Las resoluciones del Ministerio Público no son susceptibles de revisión por el órgano jurisdiccional por presuntos defectos absolutos. (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2013)

El art. 54 del CPP, establece que: Los jueces de instrucción son competentes para;

- 1) El control de la investigación, conforme a las facultades y deberes previstos en este Código;
- 2) Emitir las resoluciones jurisdiccionales que correspondan durante la etapa preparatoria y de la aplicación de criterios de oportunidad;
- 3) La sustanciación y resolución del proceso abreviado;
- 4) Resolver la aplicación del procedimiento inmediato para delitos flagrantes;
- 5) Dirigir la audiencia de preparación de juicio y resolver sobre las cuestiones e incidentes planteados;
- 6) Decidir la suspensión del proceso a prueba;
- 7) Homologar la conciliación, siempre que sea procedente, cuando les sea presentada;
- 8) Decidir sobre las solicitudes de cooperación Judicial internacional;
- 9) Conocer y resolver, sobre la incautación de bienes y sus incidentes;

y, 10) Conocer y resolver la Acción de Libertad, si no existieran jueces de sentencia en su asiento jurisdiccional, cuando sea planteada ante ellos. (Código de Procedimiento Penal, Ley N° 1970, 1999)

De donde se extrae, que la indicada autoridad, no tiene competencia, facultad o atribución para conocer y/o revisar las resoluciones emitidas por el representante del Ministerio Público, dado que se trata de un órgano que goza de autonomía en la apertura y conclusión de la investigación. (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2013)

Desde el momento que el representante del Ministerio Público, comunica o avisa el inicio de la investigación de un hecho punible ante el juez de instrucción en lo penal, a partir de ese momento comienza el control jurisdiccional sobre la investigación, cuya finalidad es precautelar que la investigación se lleve adelante respetando los derechos fundamentales y garantías constitucionales del denunciado, querellado, imputado, acusado, víctima y/o querellante, conforme a las normas procesales penales y la Constitución Política del Estado. (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2013)

El Código de Procedimiento Penal, delimitó rigurosamente las funciones de investigación del fiscal y las jurisdiccionales que corresponden al juez de instrucción en el marco del art. 279, indica que la Fiscalía y la Policía Nacional actuarán siempre bajo control jurisdiccional y recogiendo el principio que los fiscales no podrán realizar actos jurisdiccionales, ni los jueces actos de investigación que comprometan su imparcialidad. (Código de Procedimiento Penal, Ley N° 1970, 1999)

Respecto de la actividad procesal defectuosa, que fuere invocada a través del incidente de nulidad por defectos absolutos, el art. 169 del CPP, señala: No serán susceptibles de convalidación los defectos concernientes a: 1) La intervención del juez y del fiscal en el procedimiento y a su participación en los actos en que ella sea obligatoria; 2) La intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos

y formas que este Código establece. 3) Los que impliquen inobservancia o violación de derechos y garantías previstos en la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados internacionales vigentes y en este Código; y, 4) Los que estén expresamente sancionados con nulidad, en consecuencia, las decisiones judiciales u omisiones de procedimiento con inobservancia de la Constitución Política del Estado y del Código de Procedimiento Penal, que causaren agravio a las partes procesales podrán ser impugnadas ante la autoridad judicial con el debido fundamento. Lo que implica que cuando el agraviado alegue nulidad por defectos absolutos, necesariamente deberán ser planteados ante la autoridad jurisdiccional como contralor de garantías y que el procedimiento se desarrolle sin vicios de nulidad, en consecuencia, las decisiones judiciales u omisiones de procedimiento con inobservancia de la Constitución Política del Estado y del Código de Procedimiento Penal, que causaren agravio a las partes procesales podrán ser impugnadas ante la autoridad judicial con el debido fundamento. Lo que implica que cuando el agraviado alegue nulidad por defectos, necesariamente deberán ser planteados ante la autoridad jurisdiccional como contralor de garantías y que el procedimiento se desarrolle sin vicios de nulidad. (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2013)

Cabe aclarar, que toda actuación del fiscal, que a juicio del denunciado, imputado o querellado y/o víctima o querellante, sea contraria a procedimiento o sus derechos y que se hubieren producido durante la etapa preliminar, preparatoria o juicio y que correspondieren al ámbito de competencia del juez instructor en lo penal o del Tribunal de Sentencia, deberán ser reclamadas en esa instancia. Empero, aquellas actuaciones del representante del Ministerio Público que se suscitaren ante el propio órgano de investigación, del cual emerjan determinaciones, como el rechazo de la denuncia, querella, actuaciones policiales, salidas alternativas o actos conclusivos, que pudieren lesionar derechos fundamentales o garantías constitucionales del denunciado, imputado o acusado y/o víctima o querellante, corresponderán ser impugnadas en esa instancia, por cuanto incumbe al ámbito de competencia del Ministerio Público. (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2013)

El fiscal de materia y la máxima autoridad departamental del Ministerio Público, en el ejercicio específico de su atribución, están facultados a emitir diferentes resoluciones, principalmente aquellas emergentes de la investigación de los delitos de acción penal pública; así, la emisión de la resolución de sobreseimiento, es una facultad asignada al representante del Ministerio Público, susceptible de ser impugnada conforme estipula el art. 324 del CPP. En este sentido, tanto el sobreseimiento y la resolución dictada por la autoridad jerárquica en grado de impugnación, deben estar debidamente fundamentadas; es decir, la observancia del debido proceso alcanzada a la labor de dichas autoridades, por lo que sus decisiones deben encontrar sustento en el debido proceso. (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2013)

El legislador ha establecido que la resolución de sobreseimiento es una facultad del fiscal de materia; sin embargo, dicha potestad se encuentra limitada a los presupuestos expresamente previstos en el ordenamiento jurídico; así, el art. 323 inc. 3) del CPP, señala que, cuando el representante del Ministerio Público concluya la investigación: Decretará de manera fundamentada el sobreseimiento, cuando resulte evidente que el hecho no existió, que no constituye delito o que el imputado no participó en él, y cuando estime que los elementos de prueba son insuficientes para fundamentar la acusación. (Código de Procedimiento Penal, Ley N° 1970, 1999)

Del precepto legal referido precedentemente se extrae lo siguiente: en lo material, el sobreseimiento únicamente puede fundarse en que el hecho denunciado es inexistente y, si existe, el mismo no constituye delito o el imputado no participó en él, finalmente, cuando el resultado de la investigación no contribuya con suficientes elementos probatorios para fundar o sostener la acusación; y, en lo formal, se exige que la decisión esté debidamente fundamentada. Entonces, cuando la decisión de sobreseimiento se aparta de los presupuestos precedentemente señalados o se funda en supuestos ajenos a los mismos, la decisión de sobreseimiento será arbitrario; asimismo, si dicha determinación adolece de la debida motivación y fundamentación,

también es contrario al orden constitucional vigente, por vulnerar el debido proceso. (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2013)

Al respecto, la SCP 0245/2012 de 29 de mayo, sostuvo lo siguiente: Respecto a la vulneración de los derechos de las víctimas por una resolución sin la debida fundamentación se tiene que en la SC 1523/2004-R de 28 de septiembre, se declaró la procedencia de un amparo constitucional en razón a que el requerimiento de sobreseimiento y su ratificación por el Fiscal de Distrito demandado se circunscribieron a citar algunas pruebas ignorando el resto de las mismas y a partir de generalizaciones se llegó a la conclusión de que no existían suficientes elementos de juicio para el juzgamiento penal sin individualizar siquiera a los imputados, ni analizar sus conductas en relación a los elementos constitutivos de los delitos por los que fueron imputados, lesionándose el derecho de acceso a la justicia de la víctima e ignorándose que toda resolución que resuelva el fondo del asunto: no sólo deberán circunscribirse a relatar lo expuesto por las partes sino también citar las pruebas que aportaron las partes, exponer su criterio sobre el valor que le dan a las mismas luego del contraste y valoración que hagan de ellas dando aplicación a las normas jurídicas aplicables para finalmente resolver, de lo contrario su decisión resultaría arbitraria: pues el sujeto procesal a quien no le sea favorable no podrá entender y menos saber la razón jurídica de la decisión; lo que en definitiva debió ser observado por el fiscal superior. (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2013, pág. 12 al 16)

De la misma forma citado Tribunal determinó el procedimiento para la recolección de las evidencias o indicios de la siguiente manera: estableció que la SC 0797/2010-R de 2 de agosto de 2010 refiere: que se debe precisar que en todo proceso penal en el que intervenga el Ministerio Público como representante de la sociedad y del Estado, desde el inicio de la investigación con la realización de las diligencias preliminares, que comprenden la denuncia en sede policial o ante el Ministerio Público, la querrela, su admisión, posterior imputación formal y duración de la etapa preparatoria, el representante de esa entidad, se encuentra en la obligación de observar que se cumpla el procedimiento preestablecido en las normas procesales penales en vigencia, en

resguardo de los derechos fundamentales y garantías constitucionales de los imputados, denunciados, víctimas o querellantes. (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2014)

Es decir que, sus actuaciones en busca de la recolección u obtención y compulsa de la prueba que servirá de base para el futuro juicio o para acusación o en su caso, eximir de responsabilidad al imputado durante la etapa preparatoria, acudiendo para ello a todos los medios probatorios, sin restricción de ninguna índole en observancia del principio de libertad probatoria, establecido en el art. 171 del CPP, sujeto por supuesto a los límites de legalidad establecidos en el mismo precepto legal; en tal sentido, la pericia es un medio de prueba imprescindible en delitos en los que se alegue falsedad o cuya licitud o ilicitud dependa de un estudio científico especializado que determine la existencia cierta de la conducta antijurídica que se adecue al tipo penal. (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2014)

La recolección u obtención de los elementos de prueba, para que sean admitidos en juicio o sirvan para eximir de responsabilidad al imputado, deben reunir condiciones como la existencia de una solicitud de requerimiento fiscal; que la prueba requerida sea útil para el descubrimiento de la verdad histórica de los hechos; asimismo, tener relación con alguno de los hechos denunciados o acusados; y finalmente, que esa prueba conduzca a demostrar la responsabilidad del imputado o acusado. (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2014)

Durante el proceso de recolección de elementos de prueba, el Ministerio Público debe agotar cuanto sea pertinente para la investigación, en función de cumplir con su propósito de promover la acción de la justicia, para perseguir y sancionar al autor de la comisión de un delito, no pudiendo omitir la recolección y compulsa de aquella prueba que tenga relación con los hechos denunciados, que conduzca a demostrar la responsabilidad del imputado o acusado. (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2014)

En el supuesto de darse lo contrario y que implique violación a un derecho fundamental, este Tribunal puede y tiene competencia para intervenir en el análisis de la etapa preparatoria para considerar la conducta omisiva del representante del Ministerio Público, que debe estar expresada en una negligencia en la no obtención y compulsión de cierta prueba esencial para el caso sujeto a investigación. Frente a esa conducta, tendiente a obviar aquel medio probatorio que resulte esencial e inherente a la investigación y cuya omisión cause lesión a un derecho fundamental o garantía constitucional de la víctima, querellante, denunciante, imputado o acusado, la denuncia realizada en tal sentido podrá ser de conocimiento de este Tribunal y, una vez examinado el caso, se tendrá o no que conceder la tutela solicitada. (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2014)

El art. 306 del CPP, señala: Proposición de diligencias determina que las partes podrán proponer actos o diligencias en cualquier momento de la etapa preparatoria. El fiscal podrá aceptarlos si los considera lícitos, pertinentes y útiles. La negativa deberá ser fundamentada. (Código de Procedimiento Penal, Ley N° 1970, 1999)

Cuando el Fiscal rechace la proposición de diligencias que se estiman esenciales, las partes podrán objetar el rechazo ante el superior jerárquico, quien resolverá lo que corresponda en el plazo máximo de sesenta y dos horas. (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2014)

Dicho procedimiento es tácitamente confirmado por la SCP 2329/2010-R de 19 de noviembre, que refiriéndose a un caso en el que no se agotó la instancia ordinaria indicó: la jurisprudencia señalada precedentemente, es de aplicación al caso de autos, toda vez que la accionante encontrándose en la etapa preparatoria del proceso y ante la negativa del Fiscal de Materia, a la designación de un perito dirimidor frente a dos informes periciales contradictorios, que lesionaba su derecho de acceso a la justicia y la garantía a un debido proceso, más aun cuando la opinión de un tercer especialista era determinante para revertir los otros informes, tenía la vía expedita conforme lo estipula el segundo párrafo del art. 306 del CPP, al señalar: cuando el fiscal rechace

la proposición de diligencias que se estiman esenciales, las partes podrán objetar el rechazo ante el superior jerárquico, quien resolverá lo que corresponda en el plazo máximo de setenta y dos horas; conforme al principio de subsidiariedad. (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2014)

5.13. LOS DELITOS INFORMÁTICOS EN EL CÓDIGO PENAL BOLIVIANO.

El Código Penal tipifica dos delitos informáticos los cuales son los siguientes:

Artículo 363 Bis. (MANIPULACIÓN INFORMÁTICA). El que con la intención de obtener un beneficio indebido para sí o un tercero, manipule un procesamiento o transferencia de datos informáticos que conduzca a un resultado incorrecto o evite un proceso tal cuyo resultado habría sido correcto, ocasionando de esta manera una transferencia patrimonial en perjuicio de tercero, será sancionado con reclusión de uno (1) a cinco (5) años y con multa de sesenta (60) a doscientos (200) días. (Código Penal , 2010)

Artículo 363 Ter. (ALTERACIÓN, ACCESO Y USO INDEBIDO DE DATOS INFORMÁTICOS). El que sin estar autorizado se apodere, acceda, utilice, modifique, suprima o inutilice, datos almacenados en una computadora o en cualquier soporte informático, ocasionando perjuicio al titular de la información, será sancionado con prestación de trabajo hasta un (1) año o multa hasta doscientos (200) días. (Gaceta Oficial de Bolivia, 2010)

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia que determina la tipificación del delito de manipulación informática de la siguiente manera:

El tipo penal previsto en el art. 363 Bis (Manipulación Informática), tiene como elemento material y verbo nuclear, manipular o transferir datos informáticos que conduzcan a un resultado incorrecto; como otro elemento material esta la transferencia patrimonial; es decir, si se realiza la manipulación será para conseguir un resultado

cual es la transferencia patrimonial, que a su vez ocasionará un perjuicio a la víctima. (Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia, 2014)

El elemento subjetivo es que el agente con la realización del tipo busca un beneficio indebido; vale decir, la ideación y ejecución del hecho es por esta razón, entonces si hay transferencia patrimonial desde luego que representará un beneficio indebido; pues lo contrario si solo se realiza la manipulación; pero, no consigue la transferencia de patrimonio no se consuma el delito, en cuyo caso quizás si se puede hablar de una tentativa tomando en cuenta que se trata de un delito de resultado. (Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia, 2014)

En el caso de autos, si bien el mecanismo de la carga a la bandeja es manual o mecánico; sin embargo, el ingreso de datos al sistema es informático, quiere decir si se ingresa datos falsos, se va a tener un resultado incorrecto, porque la existencia física no va a reflejar lo que en el sistema esta digitado; lo que el imputado realizó es precisamente aquello, ingresar una cantidad de billetes al sistema de acuerdo a la hoja que viene en la bolsa sellada; pero, carga en la bandeja con otra cantidad inferior y para que parezca en cuanto a volumen normal, poniendo papel envuelto con liga y a su vez ese procedimiento produjo un desplazamiento patrimonial a su favor con la sustracción de billetes, ocasionando perjuicio a la empresa Brink's S.A Bolivia que es quien responde frente al Banco; con lo cual se cumplieron los elementos materiales del tipo y también el subjetivo, pues ha existido siempre intención de obtener un beneficio indebido con este mecanismo, donde se observa claramente el dolo, desde un inicio, no hay como escudarse en el error o la culpa, ya que la experiencia en el manejo le permitió perfeccionar el mecanismo ya referido. (Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia, 2014)

Un dato que pone en descubierto el dolo, es que inicialmente para no ser descubierto él se reserva la administración de cinco cajeros, siendo que ya debía entregarlos al nuevo porta valor; en consecuencia, el imputado adecuo su conducta al ilícito de Manipulación Informática. (Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia, 2014)

De la misma forma mencionado Tribunal Supremo señaló lo siguiente: que en juicio oral se estableció que: i) El imputado Juan Carlos Peredo Rodríguez adecuó su conducta a los delitos de Estafa, Manipulación Informática y Alteración, Acceso y Uso indebido de datos informáticos, pues en su condición de Operador de Sistemas del Banco Nacional de Bolivia Regional Oruro, ha alterado y manipulado el sistema informático para obtener un beneficio económico en su favor; por lo que, el Banco como persona jurídica ha sufrido un daño económico, como consecuencia, el acusado adecuó su conducta al delito de Estafa con víctimas múltiples, pues en el presente caso el sujeto pasivo el delito viene a constituir el Banco Nacional de Bolivia Regional Oruro que está compuesto por accionistas, tal cual refirieron los testigos de cargo, ha sido engañado por el acusado Juan Carlos Peredo Rodríguez, quien tuvo en su beneficio de más un de un millón de bolivianos a través de las transacciones fraudulentas que realizaba, manipulando y alterando el sistema informático, en consecuencia concurren los elementos constitutivos del delito de Estafa, tales como el fraude, el engaño, el daño económico y el beneficio económico que obtuvo en su favor, así como los elementos constitutivos de los delitos de Manipulación Informática; y, Alteración, Acceso y Uso indebido de datos informáticos por lo que se hace inminente la condena en contra del acusado Juan Carlos Peredo Rodríguez. (Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia, 2016)

6. MARCO METODOLÓGICO

6.1. ENFOQUE

La presente investigación es cualitativa siendo que se realiza un estudio de la recolección y custodia de las pruebas digitales mismas que posteriormente deben ser producidas en juicio.

La presente monografía, realizó un estudio de las formas de recolección que puede realizar el Auditor Forense para presentar su informe pericial sobre los puntos de pericia que el Ministerio Público solicita se investigue.

Así también, debe tener un cuidado en la custodia de los medios de prueba, mismos que deben ser reproducidos en juicio para que el juzgador realice su valoración conforme a la sana crítica.

Además, de realizar un desarrollo de las funciones del Ministerio Público y su papel en los procesos penales, la forma de recolectar las pruebas sin que estas sean ilícitas y cumplan con todas las normas legales.

6.2. TIPO

Es descriptiva por qué, la presente monografía realiza una explicación de los pasos que debe seguir un Auditor Forense en la recolección y la custodia de las pruebas digitales.

Se comienza describiendo los conceptos y definiciones sobre prueba y evidencia digital, también como el auditor forense debe hacer una recolección y custodia basándose en el Código de Procedimiento Penal y como debe presentar su informe al Ministerio Público.

Así También describe el procedimiento que debe seguir el investigador para la recolección de las pruebas digitales, la comparación con otras legislaciones y la libertad probatoria que en el Código de Procedimiento Penal.

6.3. DISEÑO

El diseño es no experimental, siendo que se realiza un estudio de cómo se realiza la custodia y recolección de las pruebas digitales para posteriormente ser analizados, Al realizar un análisis de leyes, Sentencias Constitucionales y Autos Supremos y no realizando un análisis del comportamiento del Fiscal o investigador o del propio perito.

Al ser no experimental, la presente investigación se basó en la recolección de jurisprudencia emitida por el Tribunal Supremo de Justicia y Tribunal Constitucional Plurinacional, en delitos de manipulación informática y viendo que tratamiento se les dio para ser utilizados por el Auditor Forense.

De la misma forma se puso los artículos referentes a los peritos quienes son los responsables de la investigación en hechos que requieren de especialización en una materia en concreto, como debe ser designado, como debe proceder y a quien debe solicitar las pruebas que necesita para que sea legal.

Al ser no experimental la presente monografía no se realzo ningún tipo de encuesta o entrevista, solo basándose en la recopilación de jurisprudencia y aplicación del Código de Procedimiento Penal.

En este sentido, al describir la función del auditor interno en la recolección de la prueba ha ocurrido un cierto fenómeno, que es tomado como variable independiente para el presente estudio en el cual el investigador desea describir esa variable como también los efectos que provoca sobre otro fenómeno, que es la variable dependiente que viene a ser la contaminación de las pruebas digitales. (Briones, 2002, pág. 46)

Por esta característica distintiva en lo que se refiere a la ocurrencia de la variable independiente, las investigaciones en las que se da esta circunstancia reciben el nombre de investigaciones ex post facto o sea después del hecho una vez producido la recolección de la pruebas digitales por parte del auditor forense se puede producir una contaminación de la prueba para luego no surtir ningún tipo de efectos legales citadas pruebas recolectadas. (Briones, 2002, pág. 46)

6.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

Método hipotético deductivo, siendo que la presente investigación se realiza con la observación de cómo realiza sus funciones el Ministerio Público, el investigador y el Auditor Forense como perito y así describir la custodia y recolección de las pruebas digitales en el Estado Plurinacional de Bolivia.

Se comenzó desarrollando los conceptos de evidencia y prueba digital para posteriormente se realizó una diferenciación de la libertad probatoria y su alcance en nuestro sistema penal, siendo que este es restringido por los medios de prueba que para el presente trabajo es el peritaje.

El peritaje en nuestro sistema penal es formalista, siendo que requiere para realizar una auditoria forense, una designación por parte del Ministerio Público, mismo que da los puntos de pericia que se requiere para la investigación de los hechos delictivos. (Código de Procedimiento Penal, Ley N° 1970, 1999)

Se realiza una descripción de los tipos penales que se encuentran legislados en el Estado Boliviano, siendo este que no fue desarrollado para el avance tecnológico que se viene realizando en el mundo con el internet y sus formas de manipular la información mediante hackers.

7. MARCO PRÁCTICO (PROPUESTA)

Se debe tomar en cuenta que en el Código de Procedimiento Penal debe ser actualizado siendo que se puso en vigencia el año 1999, quedando de esta manera obsoleto al avance que tiene la era tecnológica.

Por este motivo, se debe plantear que la legislación penal y civil se acomode al avance que tiene la tecnológica, en tal sentido la libertad probatoria no solo encerrando a la designación de un perito, sino a la recolección que realiza un Auditor Forense en una relación contractual donde no interviene el Ministerio Público.

Por tal razón debiéndole dar atribuciones y no tachar sus pruebas obtenidas de ilegales, en este sentido deben ser al contar con el respaldo de que hay una libertad probatoria no podrán ser ilegales las evidencias obtenidas en el ejercicio de sus funciones.

En tal sentido se debe modificar tanto el Código de Procedimiento Penal y Civil para que exista la libertad probatoria y no se restrinja los medios que se utiliza para ofrecer estos en juicio, como por ejemplo la designación de un perito, mismo que por el trámite burocrático puede desaparecer mucha evidencia.

Se propone que el Código de Procedimiento penal debe ser modificado de la siguiente manera:

Debe crearse un capítulo que establezca la contratación de auditores forenses especializados en el área de las carreras de informática o ingeniería de sistemas debiendo estos profesionales especializarse en su profesión como en las técnicas de investigación que utilizan los policías.

Este capítulo debe contener los requisitos mínimos del profesional en informática, como ser los años de experiencia, especialización, edad, nacionalidad, cursos realizados en el exterior entre otros.

Debe contener la forma de cómo podrá obtener la prueba digital sin que estas sean tachadas ilegales o los procedimientos que debe seguir para no incurrir en errores que puedan beneficiar al delincuente.

La dependencia que debe existir entre el fiscal asignado al caso y el auditor forense que realizara la investigación para que este realice la imputación formal en contra de los presuntos autores y posterior acusación fiscal para poder producirlos las pruebas en juicio.

Las atribuciones que tendrá en la investigación como, el secuestro de evidencia, las formas de proceder en un allanamiento y la recolección de pruebas digitales por ejemplo discos duros, flas.

El colaborar con los investigadores de la policía Bolivia para realizar una mejor investigación siendo que puede haber diferentes medios de prueba que no se encuentren en su competencia, pero sin embargo los puede requerir para llegar a sus evidencias.

Describir como se tiene que realizar un informe de auditoría forense como los antecedentes, análisis normativo conclusiones y recomendaciones, mismos que deben ser puestos a consideración del fiscal encargado del caso para su valoración.

Se debe eliminar la contradicción existente en el Código Procesal Penal entre la libertad probatoria que viene a ser que las partes en conflicto puedan ofrecer cualquier tipo de prueba y los medios de prueba que pueden ser utilizados al crear un capítulo especializado para un auditor forense en sistemas no habrá la contradicción existente.

Se debe crear un departamento de especialistas para cada tipo de investigación de esta manera no estar designando peritos que viene a ser un retardo en la investigación.

Al producirse este retardo se afecta las garantías del imputado de un proceso eficaz y pronto, sin dilaciones además de que las pruebas pueden ser modificadas o destruido actuando de manera oportuna.

Al existir retardación de justicia o simplemente en la investigación se corre un peligro eminente para la víctima que según nuestra legislación penal es el Estado quien a través del Ministerio Público se encarga de la persecución penal de los delitos de acción penal pública. (Código Penal , 2010)

De esta forma también se beneficia al autor del hecho delictivo que en nuestro estado está garantizado con derechos mismos que deben der ser respetados por el Ministerio Público para que no exista indefensión garantizado en el artículo 119 de la Constitución Política del Estado. (Constitución Política del Estado, 2009)

Al plantear una modificación a la actual estructura del código de procedimiento penal referente a los peritos quienes se encargan de la investigación especializada en el caso concreto de pruebas digitales.

Se debe tomar en cuenta que actualmente los peritos son designados por el Ministerio Público que estos no son entendidos en las técnicas de investigación policial y lo más grave es que cuando recolectan pruebas estas pueden ser tachadas de ilegales.

Al producirse los cambios sugeridos el perito especializado vendría a ser parte del Ministerio Público o de la Policía Boliviana o en su caso el IDIF se convertiría en la institución donde se encuentren los investigadores especializados en cada campo.

Actualmente el IDIF solo está compuesto por médicos forenses quienes se encargan de los delitos donde existen lesiones a la víctima como por ejemplo violaciones, agresiones físicas, quienes emiten su informe dando días impedimentos, informe que es analizado por el juez para emitir una detención preventiva en el caso que correspondiera, o cuando no exista los riesgos procesales de fuga o obstaculización de la verdad histórica de los hechos.

La obstaculización de la averiguación de la verdad histórica de los hechos es la que con el cambio que se propone se quiere evitar siendo que al existir dilatación en el proceso y segundo que el imputado pueda modificar o destruir las pruebas digitales, mismas que servirán para esclarecer el delito cometido.

Es peligroso actualmente el no realizar oportunamente la investigación, la obtención de las pruebas y su posterior custodia, siendo que para que se designe un perito se tarda por lo menos un mes y para que comience a realizar su trabajo 1 mes más ya que el Ministerio Público es el encargado de pedir que puntos de pericia requiere que se investigue.

Restringiendo de esta manera al auditor forense a solo realizar una investigación solo de algunos puntos de pericia y no sobre la totalidad, al cambiar el sistema penal actual el perito podrá realizar libremente la investigación que vea conveniente solo cumpliendo los procedimientos de requerimiento de obtención de pruebas para que estas sean lícitas, cambiando así de esta forma una investigación pronta y oportuna.

El auditor forense tendría una importancia en los procesos penales especializados en tecnología de la información, además de determinar cómo se realizó el delito como inicio que instrumentos utilizó a quienes involucro y se llegaría a la averiguación de la verdad de los hechos que requiere el juzgado para sancionar penalmente al imputado.

Actualmente nuestro sistema penal es obsoleto ya que como se tiene en el desarrollo del marco teórico el Ministerio Público no realiza una investigación pronta y oportuna siendo que existe mucha carga procesal.

Al existir esta carga procesal los fiscales de materia no se encargan de la investigación sino solo la dirigen, pero al final ni la dirigen los encargados en la práctica los investigadores de la policía boliviana son los que se dirigen solos para la obtención de las pruebas que ellos creen pertinentes para el desarrollo del proceso penal.

Incluso estos investigadores al realizar secuestros, incautaciones, requisas no las realizan conforme a procedimientos legales siendo luego tachadas de ilegales por las formas en la que se consiguió siendo que no la realizan con el fiscal de materia quien es el encargado de cuidar el respeto del debido proceso.

El debido proceso es un derecho garantizado en nuestra Constitución política del Estado, estableciendo que cualquier proceso sea judicial o administrativo debe cumplir con el principio de legalidad o sea enmarcarse a lo establecido en las leyes, además de respetar el derecho a la defensa esto quiere decir que se debe hacer conocer todos los actuados al imputado o acusado. (Constitución Política del Estado, 2009)

Se debe tomar en cuenta de una justicia pronta y oportuna que no exista dilataciones en los procesos, pero actualmente se hace caso omiso sobre este derecho que se tiene y no cumpliendo con el plazo de 3 años que debe durar un proceso penal.

Esta propuesta es para mejorar la justicia que sea pronta y oportuna, además que no se restrinja a los peritos la libertad de investigar y que actúen conforme a ley, además que no sean extraños a los procesos penales. Debiendo modificarse el Código de Procedimiento Penal uno existiendo un acápite referido al auditor interno y a que institución dependerá, sus atribuciones y su designación; y que exista la libertad probatoria y lo más importante es la averiguación histórica de los hechos.

8. CONCLUSIONES

Se establece que la contaminación de la evidencia digital al momento de la recolección que realiza el Auditor Forense, se da cuando este no es designado como perito por el Ministerio Público, siendo todas sus actuaciones de recolección y custodia de citada evidencia contaminada no pudiendo ser utilizada en juicio siendo que es tachada de ilegal.

Al existir esta contaminación de las pruebas por el simple hecho de no cumplir las formalidades legales hacen que los juicios sean retardados y no cumplan con el objetivo de un proceso penal que es la averiguación histórica del hecho delictivo.

Los procedimientos de recolección de la evidencia digital es la designación de ser perito y además los puntos de pericia que le Ministerio Público requiere, siendo el profesional entendido en la materia no actuar ultra petita o sea fuera de lo requerido por el fiscal.

Una evidencia digital es aquella que se realiza en el manejo de la información en medios digitales, los cuales por su especificidad sólo pueden ser detectados por profesionales especializados.

Una contaminación se produce cuando se encuentra fuera de la ley, o sea que se realice un peritaje sin orden del fiscal o que el perito realice actividades fuera de los puntos de pericia requeridos, estas pruebas son nulas de pleno derecho no pudiendo ser valoradas por un juez.

Esta contaminación de la prueba también es causa de que el perito no es un investigador y que es un profesional independiente a la persecución penal en tal sentido no conoce de los procedimientos de recolección de las pruebas.

9. RECOMENDACIONES

Se recomienda que en el ejercicio de sus funciones de un Auditor Interno debe tomar como base el requerimiento realizado por el Ministerio Público, no debiendo investigar más de lo requerido ni mucho menos realizar manifestaciones sobre estos aspectos investigados.

Al pertenecer el auditor forense a otro ámbito de aplicación de su experticia profesional no está familiarizado a realizar investigaciones además que se le limita a solo dar su dictamen en los puntos requeridos por el fiscal de materia.

Este punto de pericia limita al profesional quien no puede realizar el objetivo principal de un proceso penal que es la averiguación de la verdad, al estar muy restringido en realizar sus investigaciones.

El dictamen del auditor forense debe ser realizado con las amplias facultades para determinar cuándo, cómo, quienes, y como lo realizaron, autores intelectuales y materiales, el daño económico causado. Debiendo tomarse en cuenta la propuesta de modificación al Código de Procedimiento Penal.

Así también, en materia penal para la averiguación de la verdad de los hechos de un delito el Auditor Forense debe ser designado como perito para realizar la investigación de los delitos informáticos.

Designación que debe desaparecer siendo que no es una buena forma de seguir un proceso penal al existir un retardo en la justicia y hay riesgo de destrucción, modificación de las pruebas digitales.

10. BIBLIOGRAFÍA

- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (13 de febrero de 1906). Ley N° 1853. Recuperado el 24 de marzo de 2019, de https://www.oas.org/juridico/mla/sp/chl/sp_chl-int-text-cpp.pdf
- Bolivia, G. O. (2009). Constitución Política del Estado. En G. O. Bolivia. La Paz Bolivia: Gaceta Oficial de Bolivia.
- Briones, G. (2002). Metodología de la Investigación cuantitativa en las ciencias social. Bogotá, Colombia : ICFES.
- Carrascosa, V. (1994). Valor Probatorio del Documento Electrónico. Recuperado el 8 de marzo de 2019, de [file:///C:/Users/Morales/Downloads/Dialnet-ValorProbatorioDelDocumentoElectronico-248399%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Morales/Downloads/Dialnet-ValorProbatorioDelDocumentoElectronico-248399%20(2).pdf)
- Congreso de la Republica de Colombia. (12 de julio de 2012). Ley N° 1564. Recuperado el 23 de marzo de 2019, de <http://www.icdp.org.co/descargas/cgp/CodigoGeneralDelProceso12Julio2012.pdf>
- Gaceta Oficial de Bolivia. (1999). Código de Procedimiento Penal, Ley N° 1970. La Paz: Gaceta Oficial de Bolivia.
- Gaceta Oficial de Bolivia. (8 de Octubre de 2010). Código Penal . Recuperado el 24 de Marzo de 1999, de <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/index.php/normas/descargar/138671>
- Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela. (27 de noviembre de 2001). Ley de Registro Publico y del Notariado. Recuperado el 24 de marzo de 2019, de http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_ven_anexo_27_sp.pdf
- Ossorio, M. (s.f.). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Recuperado el 7 de Marzo de 2019, de https://conf.unog.ch/tradfrweb/Traduction/Traduction_docs%20generaux/Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicas%20y%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf
- Ronderos, J. G. (2015). La Prueba Digital en el Contexto Jurídico Actual. Recuperado el 8 de marzo de 2019, de

https://www.deceval.com.co/portal/page/portal/Home/Marco_Legal/Eventos/Presentacion_Deceval_JGRFINAL.pdf

Tribunal Constitucional Plurinacional. (11 de Junio de 2018). Sentencia Constitucional Plurinacional N° 238/2018-S2. Recuperado el 11 de abril de 2019, de http://spij.minjus.gob.pe/content/jurisprudencia_extranjera/repositorio/2018/07/bolivia/Sentencia0238-2018-S2.pdf

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. (13 de Noviembre de 2013). Sentencia Constitucional Plurinacional N° 1302/2015-S2. Recuperado el 10 de marzo de 2019, de <http://cd1.eju.tv/wp-content/uploads/2016/01/S.C.-CASO-BISA.pdf>

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. (19 de Agosto de 2014). Sentencia Constitucional Plurinacional N° 1595/2014. Recuperado el 15 de Marzo de 2019, de <http://www.derechoteca.com/jurisprudencia/sentencia-constitucional-plurinacional-1595-2014-expediente-06155-2014-13-aac/>

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia. (4 de Agosto de 2014). Auto Supremo N° 395/2015-RRC-L . Recuperado el 24 de Marzo de 2019, de <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/AS/penal/PL-2015/as20151L395.html>

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia. (21 de Abril de 2016). Auto Supremo N° 303/2016-RRC . Recuperado el 22 de Marzo de 2019, de <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/AS/penal/P0-2016/as201610303.html>