

Título: [¿Hace falta orden judicial para seguir personas en la investigación penal?](#)

Autor: [Hairabedián, Maximiliano](#)

Publicado en: [Sup. Penal2010 \(febrero\), 27 - LA LEY2010-A, 516](#)

Cita Online: [AR/DOC/330/2010](#)

Sumario: I. Introducción. — II. Medios de prueba y medidas de investigación. — III. Seguimientos y derecho a la intimidad. — IV. Distintas modalidades de seguimientos y vigilancias.

I. Introducción

Interesante aparece el fallo en comentario, al ocuparse de un tema de frecuente aplicación en la práctica policial pero de raro tratamiento en la jurisprudencia: los seguimientos personales. La resolución ha sido en contra de la validez de este tipo de vigilancias cuando se hacen sin orden de un juez, más aun si, como en el caso, se extendieron a distintas jurisdicciones. Del texto de la nota advertirá el lector que no compartimos la solución dada, y que inclusive ésta no sigue la tendencia sobre la cuestión que ha tenido jurisprudencia nacional y comparada.

II. Medios de prueba y medidas de investigación

Como sucedió en el caso bajo análisis, en la investigación penal muchas veces se acude a la observación o seguimiento de personas (incluyendo los vehículos en que se transporta o los efectos que desplaza). Al encuadrarlo como una prueba definitiva e irreproducible, y pretender aplicarle el régimen de tales actos, no se han hecho disquisiciones útiles para la solución del asunto. En efecto, adviértase que la medida invalidada no se trataba de un medio de prueba, sino de una medida de investigación. Es común que unos y otros se confundan e inclusive que se empleen ambos términos como sinónimos.

El medio de prueba es el procedimiento "tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso" (1) (p. ej. testimonial, pericial, etc.), o sea un dato cierto o probable. En cambio, las medidas de investigación son aquellos actos de averiguación tendientes a orientar una pesquisa, obtener una hipótesis delictiva (2) o conseguir elementos de prueba (p. ej. búsqueda de testigos), actividad que, de tener un resultado positivo (encontrar testigos que conozcan sobre el hecho) podrá derivar en obtención de elementos de prueba (dichos del testigo) que se introducirán al proceso a través de un medio específico (la testimonial). De esta manera, las medidas de investigación son previas a la obtención de evidencia; en otras palabras, instrumentales, porque en sí mismas carecen de autonomía para fundar un conocimiento cierto o probable, por lo cual, no pueden considerarse prueba en sentido estricto (3). Un clásico ejemplo de éstas lo constituyen los seguimientos y observaciones de personas, que pueden ser ubicadas dentro de las llamadas "tareas de inteligencia" que lícitamente pueden aplicarse en la actividad investigativa (4).

La diferencia apuntada precedentemente no es meramente teórica, puesto que tiene dos importantes consecuencias prácticas: las medidas de investigación no están regidas por el trámite de la prueba definitiva e irreproducible (v. gr. notificación previa a la defensa) y no tienen entidad para conmovir el estado de inocencia (v. gr. basando sólo en ellas la condena u otras resoluciones importantes adversas al imputado) (5).

Por regla, las medidas de investigación pueden ser realizadas por la policía o fuerzas de seguridad sin orden judicial o comunicación previa (6), salvo cuando se haya establecido expresamente lo contrario (v. gr. allanamiento de morada); o cuando afecten a derechos constitucionales, principalmente la intimidad venciendo los obstáculos destinados a protegerla (v. gr. la colocación de micrófonos externos para escuchar lo que se habla dentro de una casa) (7).

III. Seguimientos y derecho a la intimidad

La vigilancia de personas puede recaer sobre sus movimientos, hábitos, relaciones, rutinas, horarios, etc. Muchas veces involucra el derecho a la intimidad, pero no cualquier roce sobre éste es susceptible de proscribir medidas de investigación sin orden judicial. Es que la intervención jurisdiccional sólo se exige cuando la práctica avance sobre una legítima expectativa de privacidad de la persona, esto es, cuando sorprende su cuidado, su previsión normal y habitual; ó si avanza sobre las actividades que legítimamente se quieren sustraer del conocimiento de los demás. De allí que para determinar cuándo hace falta una autorización judicial, es necesario diferenciar los distintos tipos de seguimientos que pueden presentarse y su impacto en la intimidad personal.

Un primer límite que se puede realizar es sobre la materia que se va a observar; porque hay algunas actividades que las personas llevan a cabo sin un especial interés de que no trasciendan al público en general -p. ej., los horarios y el lugar de trabajo-; y otras que legítimamente forman parte de la vida íntima y en las que se advierte un celo en ser mantenidas en el ámbito de la reserva individual. Entre estas últimas, hay que distinguir las lícitas de las ilícitas, porque el art. 19 de la CN sólo protege a los ciudadanos por las primeras, es decir de

aquellas "acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero", que "están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados". En definitiva, es muy distinto que alguien sea monitoreado en su actividad "sensible" que no es contraria a la ley -p. ej. el seguimiento a una persona para ver si va al psiquiatra-; a que una persona esté siendo observada cuando despliega actividad delictiva -p. ej. vende droga-. Por eso se ha dicho que "cuando alguien se conduce a través de la ciudad, va al cine o al teatro, o a cenar en un restaurant no espera que alguien no se enterará que estuvo allí. Pero ello no conduce necesariamente a que haya consentido a una persona, y mucho menos al Estado, observar y filmar todos sus movimientos completos -incluyendo, quizás, visita a templos, médicos, organizaciones políticas (8)- y compilando una contabilidad íntima de su vida diaria (9)".

También debe resaltarse que una vigilancia con fines de investigación ha de tener una intensidad y duración razonables, acordes al objeto y a la necesidad de la investigación (10), porque como toda medida de investigación, tendrá que estar orientada por el principio de proporcionalidad, que requiere la posible existencia de un delito (11), tomando como parámetros su gravedad, complejidad o dificultades de la investigación, el grado de afectación a los derechos, la ausencia de medios alternativos de averiguación menos lesivos, etc.

Más dificultosa se presenta la cuestión de determinar los casos en que los seguimientos requieren orden judicial, teniendo en cuenta las distintas modalidades que pueden presentar.

IV. Distintas modalidades de los seguimientos y vigilancias

a) La observación visual directa simple o encubierta o con filmación

La más simple, la observación visual directa en espacios públicos o de acceso al público, no presenta mayores dificultades en su justificación como práctica sin autorización judicial, puesto que quien observa tiene derecho a estar en el lugar y toda persona sabe que aquello que realiza en público está sujeto al conocimiento general (12). La misma conclusión se impone si la práctica se documenta con registración fílmica, por cuanto no varía el fundamento precedente (13).

Hay veces que por medio del seguimiento directo se podrá tomar conocimiento de conversaciones de personas, siempre y cuando éstas hayan sido hechas de forma tal que puedan ser escuchadas por quien está en un lugar de acceso público o autorizado (p. ej., si el seguido se sienta en la mesa de un bar, y el seguidor en la de al lado, y el primero habla en tono alto por el celular).

Asimismo, en la tarea de observación se podrá -y muchas veces se lo deberá hacer necesariamente- ocultar o simular la condición policial (14), salvo que ello sea un ardid para el ingreso a una morada, en cuyo caso son muchas más reducidas las posibilidades de hacerlo sin una orden judicial.

b) Seguimientos que involucran domicilios

Menos sencilla es la cuestión cuando el seguimiento se topa con una pared; es decir, cuando la persona observada ingresa a un domicilio al cual no tiene acceso permitido el observador. En primer lugar, no es necesaria una orden judicial para la simple observación visual de un sitio privado desde un lugar al que se tiene acceso legalmente (15) sin vencer los obstáculos colocados en resguardo de la privacidad (16) (v. gr. ver desde la vía pública lo que se hace en la parte visible de una casa -p. ej. en el balcón-; observar desde el techo de una casa a la que se permitió el ingreso lo que hace el vecino en el patio), porque en este caso la presencia en el lugar no está prohibida por el orden jurídico y no se sorprende la legítima expectativa de privacidad del morador (el marido que golpea a la mujer con la ventana abierta y sin cortinas, no puede pretender evitar ser visto) (17).

Si para observar domicilios se emplea un elemento ampliatorio de los sentidos (v. gr. prismáticos), se podrá prescindir de la orden sólo cuando la imagen captada con el apoyo tecnológico sea también accesible a simple vista (18), y se lo emplee para mayor comodidad o mejor percepción de detalles (p. ej., el policía que para evitar llamar la atención, observa con mira de visión nocturna a quien vende droga desde la ventana de su casa). Pero no se la podrá evitar (la autorización) cuando su uso sea la condición para sortear las defensas de la privacidad del afectado o cuando hubiere sido imposible sin la ayuda tecnológica acceder al sitio, porque esto sorprende la expectativa legítima de privacidad (v. gr. mirar con un potente telescopio lo que hace una persona en una casa ubicada a varios kilómetros dentro de un campo).

Ahora bien, las hipótesis barajadas precedentemente consisten en obstáculos domiciliarios salvados desde afuera de la propiedad, porque cuando la persona objeto de la medida se introduzca físicamente en una vivienda u otro local cerrado no se podrá seguirla ingresando sin una orden de allanamiento escrita, fundada, determinada y emanada de un juez. Lo mismo ocurrirá cuando se quiera instalar elementos de vigilancia electrónica o de otra índole dentro de la morada, salvo que dicha actividad haya sido autorizada expresamente mediante los mismos recaudos que se requieren para allanar (19). Es decir, que ni mediante engaño, fuerza, clandestinidad o falta de autorización libre del morador, se podrá entrar físicamente al inmueble para continuar con la observación

personal (salvo, claro está, que se dé algunos de los casos que la legislación prevé como autorizaciones para el allanamiento sin orden -CPPN, 227; CPPC, 206-, pero los supuestos contemplados no suelen darse en tareas de seguimientos). La única excepción a esta regla en el marco de la investigación de delitos, está dada por la actuación de un agente encubierto autorizado legalmente por el Juez Federal (20).

c) Seguimientos intensivos mediante GPS y otros artificios tecnológicos

Particular hipótesis es la del rastreo mediante la colocación de artificios tecnológicos, como el sistema de posicionamiento global, GPS -global position system-. Sabido es que este instrumento, actualmente de muy fácil acceso para cualquiera, permite saber a la perfección la ubicación y el recorrido de personas y objetos a las cuáles se les ha colocado el transmisor. Particularmente para el caso de vehículos se presenta de gran utilidad, porque puede pasar desapercibido y muchas veces la vigilancia presenta complejidad. Los ejemplos son variados: seguir por medios tradicionales a un vehículo veloz, tal el caso de la motocicleta; o en una gran ciudad o a través de grandes distancias o por lugares inhóspitos y solitarios, como puede ser una remota ruta patagónica. También cuando se trata de barcos o aviones, necesidad muy frecuente en investigaciones por narcotráfico (21).

La jurisprudencia norteamericana presenta un buen tratamiento del asunto. Ya mucho antes de la difusión masiva del GPS, en 1983 la Corte Suprema consideró válido el seguimiento de un cargamento de cloroformo destinado a la producción de anfetaminas, el cual había sido apoyado con un radiotransmisor de señales sonoras (beeper) colocado en el contenedor enviado al acusado (22). La cuestión de los GPS no ha sido definida aún por el tribunal citado, pero en aquel país varias cortes de apelaciones se han pronunciado de manera disímil (23).

Más recientemente la cuestión fue objeto de análisis por una Corte de Apelaciones Federal (24). El caso se origina en Wisconsin, cuando una persona que tenía condena por delitos vinculados a las anfetaminas fue captado por una cámara de seguridad comprando elementos para su elaboración. La policía -sin orden judicial- colocó un GPS con unidad de memoria bajo el paragolpe del automóvil del sospechoso. Como el aparato recibe y guarda señales satelitales que indican su ubicación, cuando la policía lo recuperó posteriormente, pudo saber los lugares por dónde había transitado el vehículo desde la colocación, llegando así hasta un gran predio descampado alejado de la ciudad, en el que había un laboratorio clandestino con elementos para la fabricación de las metaanfetaminas. El tribunal de apelaciones convalidó el procedimiento bajo el argumento de que el GPS no había afectado las condiciones de manejo del automóvil, no aprovechó su energía, ni le restó espacio, o afectó su apariencia, por lo que no se había configurado un ataque al derecho de propiedad. La Corte reconoció que es diferente seguir visualmente a un automotor y hacerlo valiéndose de la tecnología como la satelital, pero dijo que ésta es la diferencia entre la antigua tecnología -la del motor de combustión- y las modernas. Comparó el caso con seguir u observar un vehículo valiéndose de cámaras de seguridad colocadas en los semáforos o por imágenes satelitales como las de Google Earth, a las que no consideró inconstitucionales. Finalmente toma en cuenta el tribunal que en el caso concreto había motivos bastantes para sospechar del acusado, y que la utilización del GPS había sido determinada hacia él, admitiendo que otra sería la discusión si se lo hubiese hecho en forma masiva.

La Corte de Apelaciones, en argumentos que se comparten, concluyó que la actividad no afectaba el derecho de propiedad de quien usa el vehículo, pero no profundizó en su incidencia sobre el derecho a la intimidad. Al escribir anteriormente sobre el tema analicé y concluí que no se verificaba un ataque que sorprendiera una legítima y razonable expectativa de privacidad (25), ya que con el GPS sólo se detecta y registra el recorrido de personas o vehículos durante un cierto tiempo, con precisión de los horarios y los lugares que ha visitado. Y esta información es la misma que puede obtenerse mediante el seguimiento clásico, es decir, forma parte de la actividad extra muros de una persona; la diferencia radica en que cuando se lo hace con apoyo tecnológico podrá haber una mayor economía para el Estado, comodidad para el observador (26), y mayores posibilidades de éxito; pero respecto al impacto sobre la intimidad no cambia la materia que tradicionalmente se ha considerado susceptible de vigilancia visual directa. Por el dispositivo satelital de rastreo no podrán conocerse las conversaciones ni comunicaciones personales, la actividad doméstica y dentro de locales cerrados, las ideas, la propia imagen, las enfermedades, las ideas, los sentimientos, los conflictos y problemas familiares, etc., más allá de la expectativa personal en su cuidado. En otras palabras, con el seguimiento valiéndose de GPS no se va a lograr conocer de la intimidad personal, más de lo que podría hacerse sin él. De allí que su aplicación en la investigación penal, aun sin orden judicial, sea perfectamente válida.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Cfr. CAFFERATA NORES, José I., La prueba en el proceso penal, p. 26, 4ª ed. Depalma.

(2) En similar sentido, Romero, Sebastián, "Los nuevos métodos de investigación y prueba", XV Congreso

Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, t. III, UNC, 2003.

(3) HAIRABEDIÁN, Maximiliano, "La diferencia entre medios de prueba y medidas de investigación y su proyección sobre el régimen de los actos definitivos e irreproductibles y el estado de inocencia", Cuestiones prácticas sobre la investigación penal, Mediterránea, 2004.

(4) La casación se ha pronunciado reiteradamente por su validez (CNCP., Sala III, 17/2/00, "Maidana"; Sala III, 14/2/05, "Cabrera"; Sala IV, 12/5/06, "Barrios").

(5) Véase CAFFERATA NORES, José I. - HAIRABEDIÁN, Maximiliano, La prueba en el proceso penal, 6ta. Edición, Lexis Nexis, p. 37.

(6) Con razón ha sostenido la casación nacional que "No se condice con la letra ni con la finalidad de los arts. 183 y 184 del Cód. Procesal Penal de la Nación, el pretender que todas las denominadas tareas de inteligencia llevadas a cabo por el personal policial sean puestas en conocimiento de la autoridad judicial con antelación a su realización, máxime cuando la misma ley habilita la posibilidad de que sean ejercidas por propia iniciativa" (CNCP., Sala IV, 12/5/06, "Barrios").

(7) HAIRABEDIÁN, Maximiliano, "Intromisiones domiciliarias a distancia", Cuestiones prácticas sobre la investigación penal, Mediterránea, Córdoba, 2004.

(8) "State vs. Jackson", 76 P.3d 217, 223 (Wash. 2003).

(9) Ver NISSENBAUM, Helen, "Protecting Privacy in an Information Age: The Problem of Privacy in Public", Law & Philosophy, vol 17, N° 5/6, Ed. Springer Netherlands, ps. 559, 588/90, 1998. También, comentario al fallo "U.S. vs. García" citado infra, Harvard Law Review, Vol. 120, N° 8, Junio 2007, p. 2234.

(10) Es por esto que algunos tribunales han lamentado la invasión inusual mediante tecnología que provee un considerable historial de trayectos durante un tiempo excesivamente prolongado -semanas, o años- ("U.S. vs. Jackson", 76 P.3d at 264); en tanto que otros han reaccionado enérgicamente contra la idea de un vigía que transforma a la propiedad misma del sospechoso en un testigo en su contra (p. ej., "U.S. vs. Bailey", 628 F.2d 938, 944 -6th Cir. 1980-, cits. en Harvard Law Review, Vol. 120, N° 8, Junio 2007, p. 2237).

(11) Por eso los seguimientos que obedecen a meras razones particulares en las que no se investiga ningún delito, como las clásicas contrataciones de detectives privados para averiguar infidelidades, podrán servir para calmar (o no) a inseguros, convencer incrédulos, obtener dinero, o dirimir informalmente disputas personales, pero jamás convertirse en pruebas judiciales, puesto que repugna que pueda ser fuente de Justicia la subasta sin control alguno de la intimidad de una persona -la más de las veces por codicia- a manos de los Sherlocks Holmes del sentimiento.

(12) La casación nacional ha sostenido que "las diligencias llevadas a cabo por el personal policial consistentes en observar la finca que habitaba el imputado y en la confección de un croquis demostrativo, sin haber procedido a la realización de cualquier otro acto que afectase alguna garantía constitucional del encartado, resultan ajustadas a derecho porque no exceden las tareas de inteligencia autorizadas por el art. 183 del Cód. Procesal Penal de la Nación" (Sala IV, 12/5/06, "Barrios"). Y la Corte Suprema de Estados tiene dicho que el tránsito personal por vías públicas no goza de expectativa de privacidad en sus movimientos (U.S. vs. Knotts, 460 U.S. 276, 281-1983-).

(13) La jurisprudencia española ha confirmado en varios fallos la validez de estas técnicas (T.S., Sala II, Sent. N° 1733 del 14/2/02, Revista Pensamiento Penal y Criminológico N° 7, Mediterránea, Córdoba, 2003).

(14) "La prueba recolectada por el policía que concurrió al lugar donde los imputados se encontraban habitualmente, haciéndose pasar por un pariente de la víctima, pero sin revelar su condición de agente policial, no fue ilegalmente obtenida, pues, además de que sus dichos fueron corroborados por los registros fílmicos y fotográficos, su actividad fue judicialmente supervisada y su comparencia al juicio oral, en el que brindó un extenso testimonio acerca de su accionar en pos del esclarecimiento del hecho, permitió a las partes un control directo de su testimonio" (CNCP., Sala IV, 7/9/06, "Meza").

(15) La expectativa de privacidad no se extiende a la observación visual desde lugares públicos de un automotor que arriba a una propiedad y que después parte haciendo su recorrido por vías públicas (U.S. vs. Knotts, 460 U.S. 276, 281 -1983-).

(16) Repárese que por algo no existen las "casas transparentes" y que cuando excepcionalmente se permite

la observación pública de lo que ocurre adentro, se trata de un reality show al estilo "gran hermano".

(17) En esta línea, la jurisprudencia española ha sostenido que "la filmación de ventanas de edificios desde los que sus moradores desarrollaban actividades delictivas, se ha estimado válida... (porque) en principio la autorización judicial siempre será necesaria cuando sea imprescindible vencer un obstáculo que haya sido predispuerto para salvaguardar la intimidad, no siendo en cambio preciso el 'Placet' judicial para ver lo que el titular de la vivienda no quiere ocultar a los demás" (T.S., Sala II, Sent. N° 1733 del 14/2/02, Pensamiento Penal y Criminológico N° 7, Mediterránea, Cba., 2003).

(18) Se tuvo en cuenta que nada indica que el beeper haya sido usado de alguna manera tal como revelar información del movimiento del contenedor con cloroformo dentro de la (460 US 276, 277) cabina, o de alguna forma que no hubiese sido visible a ojo desnudo desde afuera de la cabina (U.S. vs. Knotts, 460 U.S. 276, 281-1983-).

(19) La jurisprudencia norteamericana ha considerado que la orden de vigilancia electrónica no requiere una autorización específica para el ingreso encubierto al lugar donde ha de instalarse o remover los equipos de interceptación ("Dalia v. U.S.", 441 U.S. 238 -1979-).

(20) Sobre el particular, Hairabedián, Maximiliano, "La observación y el seguimiento de personas y vehículos con fines de investigación penal" en Diez cuestiones de actualidad penal, Mediterránea, Córdoba, 2008.

(21) En un juicio realizado recientemente en Córdoba por narcotráfico aéreo internacional, sorprendió que los seguimientos de avionetas se habían realizado con vehículos terrestres, con las imaginables dificultades para la investigación que ello supuso.

(22) "U.S. vs. Knotts", 460 U.S. 276, 281 (1983). Se señaló que la práctica no había afectado la intimidad del acusado, ni su propiedad al no constituir un secuestro del rodado, y que la vigilancia sonora montada se había desarrollado en calles y autopistas públicas.

(23) Por un lado, en "U.S. vs. Bailey" (628 F.2d 938, 944 -6th Cir. 1980-) se dijo que los artefactos de rastreo no pueden ser colocados en propiedad personal que no constituye contrabando sin una orden judicial; en "U.S. vs. Moore", 562 F.2d 106, 112 -1st Cir. 1977-, que nadie se espera que pueda llevar de un lado a otro un artefacto desconocido que señale su presencia; y en "State vs. Jackson" (76 P.3d 217, 224 -Wash. 2003-) se dijo que es necesaria orden judicial para instalar un GPS con fines de seguimiento. Pero por otra parte, en "U.S. vs. McIver" (186 F.3d 1119, 1126-27 -9th Cir. 1999-), se sostuvo que el emplazamiento de un artefacto de rastreo electrónico oculto bajo la carrocería de un auto, no constituye una requisa y por lo tanto no requiere de orden judicial. En "U.S. vs. Shovea" (580 F.2d1382, 1387-88 -10th.Cir., 1988-) se fijó una posición intermedia en la que se aceptó la razonabilidad del seguimiento mediante artificio técnico siempre que exista sospecha.

(24) "U.S. vs. García", 474 F3d. 994, 7Cir., 2/2/2007. Su traducción al español puede verse en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal N° 7/2007, Lexis Nexis, p. 1264/1269, con nota de Andrés D'Alessio, "Privacidad y progreso tecnológico".

(25) HAIRABEDIÁN, Maximiliano, "La observación y el seguimiento de personas y vehículos con fines de investigación penal" en Diez cuestiones de actualidad penal, Mediterránea, Córdoba, 2008.

(26) P. ej., en un juicio realizado por el T.O.Crim.Fed.1 de Cba. (autos "Robbio", Sent. del 12/12/07) , en el marco de una compleja, prolongada y exitosa investigación que culminó con el secuestro del cargamento de marihuana más grande de la historia provincial y la condena de sus organizadores y ejecutores), se ventiló un seguimiento a un camión durante varios días y otras tantas provincias -incluyendo el ingreso a Buenos Aires-, lo que significó un esfuerzo sobrehumano a los agentes encargados de hacerlo, como fue el cansancio derivado de la dificultad para dormir, y, además, un significativo costo para el Estado.