

MAXIMILIANO HAIRABEDIÁN

INVESTIGACIÓN Y PRUEBA DEL NARCOTRÁFICO

Políticas antidrogas - Jurisdicción y competencia
Desfederalización - Despenalización - Drogodependencia
Microtráfico - Proporcionalidad de las penas - Narcotráfico
de mediana o gran escala - Uso de tecnología - Operaciones
encubiertas - Entrega vigilada - Informantes - Arrepentidos
Investigaciones patrimoniales - Lavado de activos - Decomiso
Extinción de dominio - Allanamiento - Requisa - Acceso
a las comunicaciones telefónicas y digitales - Interrupción
y apertura de encomiendas y paquetes Interceptación y derribo
de aeronaves - Drones - Controles preventivos - Actas
Pericias - Cadena de custodia - Código Procesal Penal Federal

AD·HOC

ducta, habrán incurrido al menos en instigación o determinación a cometer homicidio (art. 45, C.P.) que no estará justificado y que será culpable”, adicionando que los casos son previsibles y han ocurrido, por ejemplo, en el Perú: fallas idiomáticas de comunicación, o de los equipos de comunicaciones, avión que pese a la orden, no se identifica pero a través de él no se estaba cometiendo delito alguno, etcétera. Los cambios políticos que puedan darse a futuro, determinarán el sostenimiento de la política de derribos.

Los cuestionamientos a la normativa de emergencia y los cambios políticos de las elecciones de 2019 hacen prever un escenario poco propicio para la legislación antiderribos.

CAPÍTULO IV SEGUIMIENTOS DE PERSONAS Y VEHÍCULOS

“Que seas paranoico no significa que no te estén siguiendo”.

WOODY ALLEN.

“Se podía percibir algo extraño, a nuestro alrededor, en el ambiente del aeropuerto. Mi primo me comentó en voz baja:-Los tipos que están en la mesa de al lado no nos sacan los ojos de encima, deben ser putos. En efecto, al mirar hacia ese lugar, observo que había unos 8 ó 10 hombres sentados en una mesa redonda, algunos jóvenes, otros no tanto, y con las más diversas facciones y miradas, pero nada que delate una conducta gay”.

MARIO SEGOVIA, *Yo, efedrina*.

I. Introducción

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). La vigilancia de personas puede recaer sobre sus movimientos, hábitos, relaciones, rutinas, horarios, etc. La utilidad es variada: determinar cómplices, chequear información anónima, corroborar contenido de escuchas telefónicas, guiar la ubicación de la droga,²³⁴ etcétera.

²³⁴ La casación federal confirmó la condena recaída en una causa en la que policías de Córdoba investigaron a un grupo de personas radicadas en distintos lugares que planearon la introducción de grandes cantidades de estupefacientes a esa provincia, para lo cual se desplazaban por diversas jurisdicciones, siendo monitoreados mediante escuchas telefónicas, vigilancias y seguimientos, resultando detenidos cuando transitaban con un cargamento de cientos de kilos de mari-

Los seguimientos personales son susceptibles de involucrar el derecho a la intimidad, pero no cualquier roce sobre este es susceptible de proscribir medidas de investigación sin orden judicial. Es que, como dijimos, la intervención jurisdiccional solo se exige cuando la práctica avanza sobre una legítima y razonable expectativa de privacidad de la persona,²³⁵ esto es, cuando sorprende su cuidado, su previsión normal y habitual de un modo que la sociedad reconoce el interés; o si avanza sobre las actividades que legítimamente se quieren sustraer del conocimiento de los demás y se tomaron los recaudos para esto último no suceda. 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.

2. Vigilancia personal y derecho a la intimidad

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 en 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 C.N. solo 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 solo 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., distribuye droga o hace las cobranzas— o de interés para la pesquisa —ver qué enti-

huana ocultos en una lancha en el noreste del país” (CFCP, Sala II, 29/9/2016, “Trevisiol y Cardozo”; y *mutatis mutandi* Sala II, 19/8/2016 en “Guerrero”).

²³⁵ La CSJN y la CNCP también toman este parámetro al tener en cuenta la “expectativa de intimidad” en el caso concreto como factor de análisis de la validez de un procedimiento (*Fallos*, 321:2947; también 12/11/1998 en “Fernández Prieto”; CNCP, Sala I, 4/11/2002, “Bergesio”).

dades financieras, legales o ilegales, visita—. 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—²³⁶ y compilando una contabilidad íntima de su vida diaria”.²³⁷ Pero esos parámetros no agotan la cuestión. Porque bien puede suceder que en el marco del seguimiento para detectar actividades delictivas o conseguir las pruebas, el sistema vaya obteniendo información personal, que aun parcialmente puede luego conectarse para formar un cuadro de conocimiento con entidad para afectar el derecho a la intimidad. Es el fenómeno denominado “teoría del mosaico” en el derecho estadounidense. Como explica doctrina comparada, la Corte Suprema de aquel país puede estar al borde de delinear un nuevo set de reglas sobre la cuarta enmienda organizadas alrededor de esta teoría acerca de la privacidad individual. Agrega que en la doctrina corriente, el cumplimiento del Estado con dicha cláusula fundamental está asegurada inquiriendo sobre la razonabilidad del registro o secuestro como piezas individuales; y que el concepto de las reglas de la cuarta enmienda está actualmente en crisis en tanto y en cuanto los tribunales lidian con lo nuevo, sistemas más significativos y sofisticados para coleccionar e incorporar piezas individuales de información. Por eso han avanzado en esa teoría, en cuya visión, la incorporación de muchas piezas, aun de información pública, puede dar lugar a una intromisión irrazonable violatoria de la 4^o enmienda.²³⁸

²³⁶ “State vs. Jackson”, 76 P3d 217, 223 (Wash. 2003).

²³⁷ Véase NISSENBAUM, Helen: “Protecting Privacy in an Information Age: The Problem of Privacy in Public”, *Law & Philosophy*, vol 17, n^o 5/6, Springer Netherlands, 1998, pp. 559, 588/90. También, comentario al fallo “U.S. vs. García” Harvard Law Review, vol. 120, n^o 8, junio 2007, p. 2234.

²³⁸ RE, Richard M.: “The due process exclusionary rule”, *Harvard Law Review*, n^o 7, vol. 127, mayo 2014, pp. 1962 y ss. Como se dijo, “una persona que sabe todo de los recorridos de otra puede deducir si es un asistente semanal a la iglesia, un bebedor empedernido, un regular en el gimnasio, un marido infiel, un paciente ambulatorio recibiendo tratamiento médico, o un asociado a grupos particulares de individuos o políticos” (“United States vs. Maynard”, 615 F.3d 544, 562 —D.C. Cir. 2010—; “United States vs. Jones”, 132 S. Ct. 945

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,²³⁹ porque como toda medida de investigación, tendrá que estar orientada por el principio de proporcionalidad, que requiere la posible existencia de un delito, tomando como parámetros su gravedad,²⁴⁰ complejidad o dificultades de la investigación, el grado de afectación a los derechos, la ausencia de medios alternativos de averiguación menos lesivos, etcétera.

3. Seguimientos con apoyo tecnológico

Más dificultoso se presenta la cuestión de determinar los casos en que los seguimientos requieren orden judicial, teniendo en cuenta las distintas modalidades que pueden presentar cuando se valen de apoyo tecnológico, como sucede con los seguimientos intensivos mediante GPS u otros artificios.

Sabido es que el GPS es 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 un camino rural. También cuando se trata de barcos o aviones, necesidad muy

—2012—) (p. 1963). Estas deducciones, como sostiene la teoría del mosaico, pueden invadir razonablemente expectativas de privacidad.

²³⁹ De allí 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 P3d 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 F2d 938, 944 —6th Cir. 1980—, cits. en *Harvard Law Review*, vol. 120, n° 8, junio 2007, p. 2237).

²⁴⁰ P. ej., podrá seguirse u observar a una persona durante días para verificar si comercializa estupefacientes, pero difícilmente pueda justificárselo para ver aisladamente si los consume en pequeñas cantidades. El tiempo y el costo que en recursos humanos y materiales demanda, puede ser también una pauta a tener en cuenta.

frecuente en investigaciones por narcotráfico, más aún cuando para probar el contrabando hay que acreditar el traspaso fronterizo.

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, argumentando que no había afectado la intimidad del acusado, ni su propiedad, al no constituir un secuestro del rodado, y porque la vigilancia sonora montada se había desarrollado en calles y autopistas públicas.²⁴¹ Con una opinión crítica, se señaló que hay diferencias entre el seguimiento convencional y el electrónico, en cuanto a sus efectos sociales, ya que el monitoreo mediante *beepers* facilita una vigilancia de frecuencia mayor y esa tecnología genera una mayor inquietud, ya que las prácticas policiales afectan en un sentido individual y también en uno colectivo, denominado “efecto murmullo” (*ripple effect*) que incrementa la amenaza de la sociedad en su conjunto, toda vez que el conocimiento de la vigilancia gubernamental crea en quienes no están bajo investigación la inquietud de que el Estado los amenaza de manera similar a como si lo estuvieran”.²⁴²

La cuestión del GPS fue tratada por la Corte Suprema norteamericana, que se inclinó por la autorización judicial, en un caso en que revocó la condena impuesta por una Corte Federal de Columbia a un narcotraficante sometido por el FBI a una vigilancia de esta clase durante 28 días. Uno de los argumentos tenidos en cuenta fue la duración prolongada de la vigilancia satelital, por lo que tal práctica constituía una intromisión física del Estado sobre un bien privado con el propósito de obtener información sobre los movimientos de la persona.²⁴³

²⁴¹ “U.S. vs. Knotts”, 460 U.S. 276, 281 (1983).

²⁴² Mc ADAMS, Richard H.: “Tying privacy in Knotts: beeper monitoring and collective fourth amendment rights”, *Virginia Law Review*, marzo 1985, analizado por GARIBALDI, Gustavo E. L.: *Las modernas tecnologías de control y de investigación del delito*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, pp. 375 y 377. Concluyó también que este tipo de control “amenaza la privacidad informacional individual, desalienta el derecho de moverse con libertad y erosiona los esfuerzos de anonimato y soledad”.

²⁴³ CSJ, EE.UU., 23/1/2012, “Jones”. Anteriormente el tratamiento de la jurisprudencia de aquel país había sido muy disímil en sus soluciones (sobre el particular,

Para determinar el grado de intromisión en la privacidad que presenta esta medida, en primer lugar debe saberse qué permite conocer de la vida personal el rastreo con GPS. Es 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, 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, salvo que por su extensiva duración generara reportes susceptibles de conocer o reconstruir la vida privada de una persona en términos desproporcionadamente invasivos, hipótesis en la cual existirá una significativa diferencia respecto del seguimiento clásico vehículo a vehículo, persona a persona. En definitiva, podrá realizárselo sin orden jurisdiccional cuando sea puntual y breve (p. ej., para saber a dónde carga y descarga la droga el avión o camión que la transporta), pero no podrá evitársela cuando requiera de una extensión o prolongación temporal y se trate de un vehículo que defina recorridos particulares o familiares (no sería tal el que hace un barco de carga).

Desde otra postura más restrictiva, se ha pronunciado sobre la cuestión Garibaldi, considerando que, por su aptitud de afectación, la videovigilancia individual y dispositivos de seguimiento son, como mínimo, equiparables a los registros más sensibles tradicionalmente protegidos, por lo que deberían regir las siguiente

HAIRABEDIÁN, Maximiliano: *Requisas y otras inspecciones personales*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2014).

exigencias y principios guía: a) Orden judicial basada en sospecha equivalente a la necesaria para allanar; b) Utilización subsidiaria respecto de métodos tradicionales; c) Posibilidad de posterior acceso al material por parte de los afectados; d) Prohibición de afectación de ámbitos intangibles de la intimidad; e) Limitación temporal; f) Imposibilidad de apartarse del objetivo fijado en virtud de hallazgos casuales o fortuitos.²⁴⁴

En la guía de operaciones transfronterizas elaborada por la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, la colocación de rastreadores está expresamente prevista como práctica. Se la define como una “actividad policial de apoyo operativo a la investigación” Si bien de manera general dice que puede recaer sobre vehículos y personas, al hacer las especificaciones de concepto, la define como “la vigilancia y seguimiento electrónico de vehículos o embarcaciones utilizados para los desplazamientos de los investigados o para el traslado de efectos o instrumentos del delito”, que “consiste en instalar en esos vehículos o embarcaciones aparatos electrónicos que permitan su control y seguimiento remoto”. La guía reconoce que la técnica no está expresamente contemplada por las leyes procesales. Además, alerta que estas herramientas “exigen una especial discreción en cuanto a su utilización policial, con el fin de que sigan siendo eficaces en el futuro”; y que “si bien este tipo de dispositivos, entre los que se incluyen los RFID (Radio Frequency Identification) pueden ser de gran utilidad en el seguimiento de algunas personas, como enfermos de alzheimer, incapaces, niños en determinadas circunstancias, debe valorarse que en la investigación criminal, su utilización indiscriminada podría conllevar una restricción grave de las libertades básicas reconocidas a los ciudadanos, como la libertad de movimientos o el libre desarrollo de la libertad humana”, suponiendo una invasión del ámbito íntimo de la persona. Por eso recomienda el uso a la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el caso concreto, como así también que esté “acordada por la autoridad judicial en tanto carezca de cobertura legal específica”. Sin embargo, a continuación, bajo el subtítulo “Requisitos” o “presupuestos que se exigen para la procedencia”, el mismo protocolo prevé la solicitud de “autorización del juez de instrucción si afecta a derechos fundamentales”. Por otra parte, señala la guía que la medida es posible en virtud

²⁴⁴ GARIBALDI: ob. cit., pp. 382 y 383.

de tratados de asistencia judicial, si así lo prevén. En este caso da como “consejos útiles” indicar el modo, forma y ubicación del aparato emisor de señales rastreables y definir con la autoridad que en su caso tendría que ejecutar la colaboración cuales serían los pasos a seguir.

CAPÍTULO V OPERACIONES ENCUBIERTAS

“En medio del camino de nuestra vida me encontré en un oscuro bosque, ya que la vía recta estaba perdida. No sé bien repetir como allí entré; tan somnoliento estaba en aquel punto, que el verdadero camino abandoné. ¡Ah que decir, cuán difícil era y es este bosque salvaje, áspero y fuerte, que al pensarlo renueva el pavor. Tan amargo, que poco lo es más la muerte: pero por tratar del bien que allí encontré, diré de las otras cosas que allí he visto”.

DANTE ALIGHIERI, *La divina comedia*.

“Pero luego comprendí que el asunto era más complejo de lo que había creído, como casi todo en la vida”.

SÁNDOR MÁRAI, *La mujer justa*.

1. Introducción

Bajo el título “operaciones encubiertas” englobamos ampliamente a toda pesquisa en la cual el que recaba la información disimula su condición a fin de ser detectado con la meta final de poder conseguir pruebas. Este tipo de operaciones involucra muchas modalidades distintas que requieren alguna diferenciación en orden a poder establecer su alcance, problemática y posibles soluciones.

2. Vigilancia y observaciones de calle

Ya vimos que para realizar observaciones, vigilancias y seguimientos en vías públicas, en principio no se requiere de una autorización judicial específica. Tampoco en lugares de acceso al