

Cámaras ocultas en la investigación penal: ¿por qué? ¿cómo?

Juan Manuel Chiaradia¹

SUMARIO: I.- Introducción; II.- Planteo del problema; III.- La autorización judicial como válvula de garantía; IV.- Conclusiones; V.- Bibliografía

RESUMEN: Las cámaras ocultas son una herramienta que se usa comúnmente en las investigaciones penales por parte de las fuerzas de seguridad y sin que exista reflexión sobre la legalidad o validez de la medida. Este trabajo pretende analizar dicho problema, advirtiendo la necesidad de una legislación adecuada, pero también proponiendo la exigencia de una autorización judicial previa como regla para los casos actuales. Lejos de implicar la afectación a garantías constitucionales, la autorización judicial debidamente fundada operará como válvula de garantía frente a intromisiones ilícitas en esferas privadas de las personas investigadas.

PALABRAS CLAVE: Debido proceso - prueba ilícita - investigación penal - cámaras ocultas

¹ Abogado (UBA), Especialista en Administración de Justicia (UBA); maestrando de la Maestría en Magistratura (UBA, tesis en curso); Funcionario del Poder Judicial de la Nación que se desempeña en el fuero Criminal y Correccional Federal desde el año 2009, Docente regular del Departamento de Derecho Procesal, cátedra de la Dra. Ángela E. Ledesma, Facultad de Derecho (UBA). Correo: juanmanuelchiaradia@gmail.com. Chiaradia, Juan Manuel, “Producción probatoria por particulares y el uso de medios subrepticios. Nuevos paradigmas y problemas”, publicado en ELDial, DC32D8, Suplemento Derecho Penal y Procesal Penal del 17/10/2023.

I.- Introducción

A raíz de un reciente artículo sobre las investigaciones llevadas a cabo por particulares -partes o terceros en un proceso- en el marco del diseño adversarial y el uso de medios subrepticios, como cámaras o grabaciones ocultas², una colega me consultó un caso que se le había planteado.

En síntesis, unos agentes policiales, en el marco de tareas de inteligencias solicitaban autorización para instalar cámaras ocultas en la vía pública y dentro de un vehículo (propio) para obtener elementos de prueba con relación a la comisión de ciertos delitos. Le propuse que –en las condiciones particulares planteadas- era factible y que podía realizarlo. Ella, sin embargo, alzó objeciones razonables con relación a la afectación de diversas garantías constitucionales, la legalidad y razonabilidad de la medida. De todas formas, entiendo que algo así podría ser viable y, trascendiendo lo anecdótico y casuístico, me propongo desarrollar en este breve trabajo las razones para sostener ello y las distinciones que hay que formular respecto de la realización de medidas similares por particulares, así como los obstáculos legales actuales que se podrían presentar para su procedencia.

Es que, en la actualidad, las cámaras ocultas son una herramienta que se usa comúnmente en las investigaciones penales por parte de las fuerzas de seguridad sin que exista reflexión sobre la legalidad o validez de la medida. Fundamentalmente, pretendo advertir sobre este vacío y la necesidad de una legislación adecuada, pero también proponer la exigencia de una autorización judicial previa como regla para los casos actuales. A tal fin pretendo exponer como, independientemente de la legislación vigente, lejos de implicar la afectación a garantías constitucionales, la autorización judicial debidamente fundada operará como válvula de garantía frente a intromisiones ilícitas en esferas privadas de las personas investigadas.

II.- Planteo del problema

Supongamos que nos encontramos frente a un caso similar al planteado: la autorización requerida por la fuerza de seguridad puede ser para instalar cámaras o micrófonos ocultos en un espacio público o privado, abierto o cerrado. Así, la solicitud podría dirigirse a la vía pública, un parque, el interior de un vehículo, un local comercial o una vivienda. Para sortear ciertas discusiones, vamos a tener por

² Chiaradia, Juan Manuel, “Producción probatoria por particulares y el uso de medios subrepticios. Nuevos paradigmas y problemas”, publicado en ELDial, DC32D8, Suplemento Derecho Penal y Procesal Penal del 17/10/2023.

acreditado que en el caso hipotético existe un nivel suficiente de acreditación del estándar que se pueda considerar necesario para la medida³ y que los agentes de seguridad le requieren la medida al fiscal quien analiza su viabilidad para solicitarla, a su vez, al juez del caso⁴.

A pesar del tiempo de vigencia del código procesal actual y los avances tecnológicos producidos en ese lapso, el código sancionado por la ley 27.603 no introdujo la regulación de ningún medio probatorio novedoso⁵. Las categorías receptadas en ambos se pueden resumir en **a)** inspección y reconstrucción del hecho, **b)** allanamiento y requisa y **c)** secuestros e intervenciones telefónicas. La regla general es la de la libertad probatoria, con la única restricción a los medios expresamente prohibidos por ley –sin identificarlos- y aquellos que vulneren derechos o garantías constitucionales u obstaculicen el control de la prueba⁶.

Es decir, los medios de prueba subrepticios no se encuentran regulados en nuestro sistema jurídico. La reforma procesal aludida tampoco contiene ninguna norma que regule específicamente estas prácticas pese a que los métodos de grabaciones ocultas existen desde hace más de cuarenta años. En este sentido Bovino y Pinto ya habían criticado esta omisión y expuesto la necesidad de regular legislativamente estos medios de prueba, pese a las metodologías prácticas desarrolladas por los tribunales⁷. Tampoco se encuentran plasmados en el

³ Sospecha razonable, causa probable, etcétera. No es relevante para este análisis evaluar cuál es el estándar adecuado o exigible para esta medida.

⁴ De esta forma también sorteamos las discusiones vinculadas con la oficialidad propia del sistema inquisitivo y ponemos en cabeza de los investigadores y el órgano acusatorio el promover el pedido.

⁵ Independientemente de las llamadas “técnicas especiales de investigación”, previstas en el Título VI del CPPF que regula las figuras del agente encubierto, agente revelador, entrega controlada, etc.

⁶ Art. 134: “Podrán probarse los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba, salvo que se encuentren expresamente prohibidos por la ley. Además de los medios de prueba establecidos por este Código se podrán utilizar otros, siempre que no vulneren derechos o garantías constitucionales y no obstaculicen el control de la prueba por los demás intervinientes”.

⁷ Bovino, Alberto y Pinto, Federico, “La prueba preconstituida por particulares”, en AAVV. *Garantías Constitucionales en la Investigación Penal*, Plazas, Florencia G. y Hazan, Luciano A. (comps), Editores Del Puerto, 2006 pág. 301.

También señalaron, con ironía, que: “Como de costumbre, la tecnología avanza mucho más rápido que el derecho procesal, que aún no se ha ocupado, como regla, del ingreso de la televisión a la

ordenamiento procesal moderno técnicas o herramientas de investigación para delitos complejos o maniobras informáticas técnicamente posibles –como los llamados allanamientos remotos-. Evidentemente, hubiera sido preferible una regulación de las circunstancias y formas de ejecutar estas herramientas que pueden interferir o afectar el ejercicio de ciertos derechos, en lugar de la genérica regla de libertad probatoria y su sujeción a distintos criterios jurisprudenciales sobre su admisibilidad; aunque fuera amplia⁸.

Este vacío legal no ha pasado inadvertido y recientemente ha ingresado un proyecto de ley en la Cámara de Diputados de la Nación que busca modificar el Código Procesal Penal Federal, para incorporar y regular ciertas herramientas tecnológicas y mecanismos de interceptación de comunicaciones y datos⁹. Aquél resulta interesante porque plantea la introducción de diversos mecanismos de investigación subrepticios bajo el “paraguas” de la intervención telefónica, agregando artículos adicionales al 143 del CPPF (*bis, ter, quater*, etcétera). Así, por ejemplo, se plantea la colocación de aparatos de escucha directa en el interior o exterior de domicilios, vehículos u otros lugares cerrados, para lo cual se puede

sala de audiencias. Imaginemos cuanto puede tardarse en regular la obtención, incorporación y valoración de registros sonoros y audiovisuales”.

⁸ Hairabedian sostiene que la norma, podría ser amplia siempre que prevea la autorización jurisdiccional escrita, fundada en sospechas suficientes, determinada, proporcionada y limitada en el tiempo, para la utilización de medios tecnológicos de investigación de delitos. Con esto se cumpliría la regla de la taxatividad legal de medidas de injerencia como es la intervención de comunicación. En Hairabedian, Maximiliano, *Investigación y prueba del narcotráfico*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2020.

⁹ El proyecto de ley 3536-D-2023 puede compulsarse en <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2023/PDF2023/TP2023/3536-D-2023.pdf>

habilitar el ingreso encubierto y por la fuerza al inmueble¹⁰, el uso de dispositivos de fotografía, grabación, seguimiento y localización en la vía pública¹¹, entre otros.

Quedará por ver si la mencionada reforma prospera en el debate parlamentario, así como en qué tiempos y con qué modificaciones, pero es un paso en la dirección correcta. La norma sigue la técnica legislativa de la ley de enjuiciamiento criminal española de 2015, la que contiene “regulaciones muy casuísticas o específicas para acceder a comunicaciones ‘de datos’, entre otras cuestiones de investigación con moderna tecnología”¹², y el propio autor admite que una prescripción legal elaborada de esta forma puede producir que quede desactualizada frente al avance tecnológico en muy corto tiempo¹³, sin perjuicio de lo cual entiende que “estando en juego derechos constitucionales, resulta mejor

¹⁰ El art. 8 del proyecto prevé incorporar como art. 143 *sexies* al CPPF la siguiente norma “El juez podrá autorizar la colocación y utilización de dispositivos electrónicos que permitan la captación y grabación de las comunicaciones orales directas en la vía pública o en otro espacio abierto, en un vehículo, en un domicilio o en cualesquiera otros lugares cerrados. Los dispositivos de escucha y grabación podrán ser colocados tanto en el exterior como en el interior del domicilio o lugar cerrado. En el supuesto en que fuera necesaria la entrada en el domicilio o en alguno de los espacios destinados al ejercicio de la privacidad, se deberá fundar especialmente esa medida. Las medidas aludidas en este artículo podrán ser ordenadas por el juez solamente cuando racionalmente pueda preverse que la utilización de los dispositivos aportará datos esenciales y de relevancia probatoria para el esclarecimiento de los hechos y la identificación de su autor...”

¹¹ El art. 9 del proyecto prevé incorporar como art. 143 *septies* al CPPF la siguiente norma “El personal técnico que se comisione podrá obtener y grabar por cualquier medio técnico imágenes de la persona investigada cuando se encuentre en un lugar o espacio público, si ello fuera necesario para facilitar su identificación, para localizar los instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos. Cuando concurren acreditadas razones de necesidad y la medida resulte proporcionada, el juez podrá autorizar la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización...”

¹² De los fundamentos del proyecto de ley 3536-D-2023.

¹³ El diputado cita el trabajo de Maximiliano Hairabedian (“Investigación y prueba del narcotráfico”, Ed. Ad Hoc, 2020) en el que analiza la regulación española concluyendo que una norma tan minuciosa, tiene el riesgo de quedar obsoleta en pocos años, precisamente por la revolución digital. Afirmar en este punto que: “*este es uno de los pocos autores que ha advertido y estudiado seriamente el problema y ha propuesto soluciones razonables para una problemática que a diario sufren operadores judiciales de todo el país. Al respecto el nombrado autor propone que, en lo que atañe a la instrucción penal, para no estar siempre tan atrasados, deberíamos introducir una fórmula legal amplia en el derecho procesal penal, que prevea la autorización jurisdiccional escrita, fundada en sospechas suficientes, determinada, proporcionada y limitada en el tiempo, para la utilización de medios tecnológicos de investigación de delitos. Con esto se cumpliría la regla de la taxatividad legal de medidas de injerencia como es la intervención de comunicación.*” (de los fundamentos del proyecto de ley 3536-D-2023).

habilitar la herramienta investigativa al juez, pero limitando y regulando la misma a los efectos de procurar el mayor respeto posible a los derechos y garantías que la Constitución Nacional y los Pactos Internacionales (V.Gr. CADH, Art. 30), prevén tanto al investigado como a terceras personas.”¹⁴

En el trabajo citado anteriormente¹⁵ sostuve que para producir estos elementos de prueba de forma subrepticia un particular no requiere una autorización judicial previa, pero la situación cambia cuando los que actúan son agentes policiales en el marco de una investigación penal, como explicaré a continuación.

III.- La autorización judicial como válvula de garantía

Como explicaba Bruzzone la primera regla para analizar la procedencia de una medida de coerción o de injerencia –probatoria en este caso-, es establecer si aquella se encuentra prevista en la legislación procesal, con qué alcances y para qué supuestos; lo que encierra bajo el axioma *nulla coactio sine lege*¹⁶.

Aquel principio se funda en la prescripción contenida en el art. 18 de nuestra CN, respecto de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y el domicilio. En este caso, la afectación se produciría sobre la privacidad o intimidad (conceptos diferentes y cuyo contenido suscita diversas interpretaciones)¹⁷. Precisamente, el Código Procesal Penal Federal reglamenta en su artículo 13, algunas garantías contenidas en aquella norma, resumiéndolas en la “*protección de la intimidad y privacidad*”. Textualmente establece que “*Se debe respetar el derecho a la intimidad y a la*

¹⁴ De los fundamentos del proyecto de ley 3536-D-2023.

¹⁵ Ver nota al pie nro. 1.

¹⁶ Bruzzone, Gustavo A., “La *nulla coactio sine lege* como pauta de trabajo en materia de medidas de coerción en el proceso penal”, publicado en *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2005, págs. 248/249.

¹⁷ Nino distinguía los conceptos de esta forma: **a)** *privacidad* sería la posibilidad irrestricta de realizar acciones privadas, es decir, que no dañan a terceros y que no son objeto de calificación por parte de una moral pública como la que debe imponer el derecho; **b)** la *intimidad*, en cambio, está constituida por una esfera de la persona exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás, respecto de –al menos- rasgos de su cuerpo, su imagen, pensamientos, emociones, circunstancias vividas, hechos pasados conectados con su vida o la de su familia, conductas que no tengan una dimensión intersubjetiva, escritos, pinturas, grabaciones hechas por la persona en cuestión, conversaciones con otros en forma directa o por medios técnicos (como el teléfono), la correspondencia, objetos de uso personal, su domicilio, datos de su situación económica, etcétera. Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, editorial Astrea, 1º edición, 5º reimpresión, 2017, págs. 304/335.

privacidad del imputado y de cualquier otra persona, en especial la libertad de conciencia, el domicilio, la correspondencia, los papeles privados y las comunicaciones de toda índole. Solo con autorización del juez y de conformidad con las disposiciones de este Código podrán afectarse estos derechos”.

Es decir que se encuentra –en la legislación federal- una disposición amplia que permitiría afectar la intimidad y privacidad del acusado o cualquier otra persona mediante autorización judicial previa. Así, si consideramos satisfecha la exigencia de legalidad y damos por sentada la competencia del juez que ordene la medida, restaría simplemente el análisis de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad exigidos para llevarla a cabo.

Algunos autores –con apoyo en jurisprudencia local y extranjera- incluso consideran que no es necesaria la orden cuando tanto el dispositivo como lo que se capta sean externos al domicilio¹⁸.

En este sentido, antes de avanzar centrémonos un poco en lo que ocurre habitualmente en las investigaciones que tramitan ante cualquier tribunal, en cuyo marco se ordena a alguna fuerza de seguridad la realización de las mal llamadas “tareas de inteligencia”¹⁹, sin mayores aclaraciones ni –usualmente- fundamentación alguna. Este requerimiento, dirigido contra alguna persona o domicilio y vinculado a algún delito particular, funciona como una suerte de *carte blanche*²⁰ para que hagan más o menos lo que se les ocurra, dependiendo de su imaginación, recursos y voluntad²¹. Algunos realizan búsquedas en fuentes abiertas de internet, vigilan

¹⁸ Hairabedian, Maximiliano, *ob. cit.*, págs. 117/118 con citas de sentencias de la Cámara Federal de Mar del Plata y del Tribunal Supremo español.

¹⁹ Las tareas de inteligencia están circunscriptas a las “áreas de inteligencia criminal” de las diversas fuerzas de seguridad (art. 9º, Ley N° 25.520). Se las confunde generalmente con las “tareas de investigación criminal” que llevan a cabo áreas específicas de los cuerpos policiales cuando operan como órgano auxiliar de la justicia. El sistema legal argentino veda que los cuerpos o áreas de inteligencia realicen tareas de investigación criminal (art. 4, inc. 1, Ley N° 25.520).

²⁰ Literalmente “cheque en blanco” en francés, aunque en sentido figurado se lo usa para referir a otorgar un poder de actuación ilimitado y discrecional.

²¹ Precisamente, se ha afirmado en este sentido que “la línea crítica de los sistemas de persecución penal ‘tradicionales’ ha sido que la conducción de la investigación es delegada por los jueces en manos de la policía. De este modo, la policía investiga por su cuenta y es quien termina direccionando las pesquisas, mientras los magistrados sólo reactivamente reciben los resultados enviados por las agencias policiales”.

Gutiérrez, Mariana, “¿Quién conduce las investigaciones criminales? Discrecionalidad policial y delegación selectiva a nivel federal en Argentina. La Policía de Seguridad Aeroportuaria en perspectiva comparada (2005-

domicilios, hacen seguimientos, entrevistan vecinos, toman fotos y videos de situaciones o personas relevantes e incluso han empleado VANTs²² (drones) para sobrevolar zonas sin autorización específica previa.

2019)”, tesis doctoral presentada ante la Universidad Nacional de San Martín el 20 de julio de 2022, pág. 22, con citas de Binder, Alberto, La reforma de la justicia penal: entre el corto y el largo plazo. Sistemas Judiciales, 2002; Duce, Mauricio, El ministerio público fiscal en la reforma procesal penal en América latina: visión general acerca del estado de los cambios, Santiago de Chile: CEJA, 2005 y Arslanián Leon, “Seguridad ciudadana: hacia un cambio de paradigma”, 2011.

²² Vehículos aéreos no tripulados, comúnmente llamados drones. Se ha discutido en algunos precedentes locales la viabilidad de utilizar VANTs para la investigación de actividades ilícitas (por su capacidad de captar imágenes aéreas del interior de terrenos, viviendas, pasillos, etcétera) en función de la posible afectación a la privacidad. Este grupo de casos –y otros- no son objeto del análisis de este trabajo. Sin embargo, resulta relevante mencionar algunos de aquellos precedentes:

- a) En el caso 110/2017, el Juzgado Federal de Azul declaró la nulidad de la actuación policial, a partir de un planteo de la defensa que destacó que era “evidente que el día 14/02/2017 se hicieron tareas investigativas genéricas espionando a la comunidad y, a raíz de haber encontrado plantas sospechosas, se pretendió dar legitimidad a las investigaciones a través de una denuncia anónima”.
- b) En el caso IPP 17673/I, la Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Bahía Blanca, confirmó la nulidad del uso de un drone durante una investigación policial para tomar fotografías del patio de una vivienda, por carecer de orden judicial previa. Allí se destacó la afectación a la privacidad en el caso.
- c) En el caso FGR 787/2021, la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, anuló un procedimiento similar. El juzgado interviniente encomendó a la policía provincial que determinara con datos objetivos si en el domicilio identificado se desarrollaban actividades en infracción a la ley de drogas. La tarea de investigación se llevó a cabo mediante el uso de un drone, por medio del cual identificaron en el patio plantas de cannabis a partir de un específico control, seguimiento y enfoque de zoom del dispositivo, y obtuvieron fotografías del patio de la vivienda lindante. La cámara destacó “la ‘tensión’ que las nuevas tecnologías generan sobre el derecho a la intimidad (art.19 de la CN), sobre todo por el aumento de eficacia que su empleo depara en la investigación de delitos, una adecuada compatibilización entre ese interés general y el individual comprometido – nada menos que el derecho a la intimidad que se ejerce en el domicilio, lugar en el que, como es sabido, encuentra si se quiere el mayor ámbito de expresión y concreción (art.18 de la CN)-...”

Las sentencias referidas pueden compulsarse, respectivamente, en los siguientes links:

[https://repositorio.mpd.gov.ar/documentos/SG%20\(causa%20N%C2%BA%201110\).pdf](https://repositorio.mpd.gov.ar/documentos/SG%20(causa%20N%C2%BA%201110).pdf)

[https://repositorio.mpd.gov.ar/documentos/NN%20\(causa%20N%C2%BA%2017673\).pdf](https://repositorio.mpd.gov.ar/documentos/NN%20(causa%20N%C2%BA%2017673).pdf)

[https://repositorio.mpd.gov.ar/documentos/Sandoval%20y%20otros%20\(causa%20N%C2%B0%20787\).pdf](https://repositorio.mpd.gov.ar/documentos/Sandoval%20y%20otros%20(causa%20N%C2%B0%20787).pdf)

En ese marco, como dije, autores como Hairabedian consideran que las fuerzas de seguridad no requieren de autorización judicial para instalar cámaras ocultas que capten, por ejemplo, el acceso a una vivienda o la vía pública. En este sentido, la Cámara Federal de Casación Penal convalidó la utilización de una cámara de estas características por tres meses, señalando que resultó razonable porque *“el dispositivo se instaló en la calle y no en el interior de la vivienda, lo cual da por tierra con una posible vulneración en el caso a la garantía de inviolabilidad del domicilio y al derecho de privacidad”*²³.

Sin embargo, y pese a las salvedades que introduce el autor²⁴, no me parece sensato aceptar sin mayores reflexiones la posibilidad de que las fuerzas de seguridad utilicen estas herramientas sin necesidad un control judicial previo a la medida. La autorización judicial previa requiere el análisis de la causa probable, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida; por lo cual es conveniente proceder de dicha forma para asegurar que el proceso respete el sistema de garantías que llamamos debido proceso.

Tampoco creo que sea válido el argumento que sostiene que, en la vía pública no existe una expectativa razonable de privacidad y por lo tanto es válido el empleo de estas técnicas sin mayores análisis, incluso asemejándolo a la instalación de cámaras o domos de seguridad. Por supuesto que la protección no es equiparable al domicilio privado, pero existe una cierta expectativa de privacidad aún en espacios públicos²⁵. No se trata de la grabación de un hecho, por ejemplo, por una cámara de

²³ CFCP, Sala IV, Reg. 2082, 02/11/2015, “Montecino”, citado por Hairabedian, Maximiliano, ob. cit., pág. 118.

²⁴ Por un lado, destaca como una *“condición de validez que la tecnología empleada no haya ampliado las posibilidades de visión o escucha, de forma tal que desde afuera pueda oírse o verse lo que pasa adentro de la casa”* y, por otro lado, que si *“la filmación registró imágenes que no correspondan al hecho objeto del proceso (sea porque no tienen que ver con actividad delictiva, o bien por su vinculación con otros hechos o personas), se debe deslindar o dividir el contenido, a los fines de no afectar innecesariamente la privacidad o no perjudicar otras pesquisas, salvo que la defensa lo solicite de manera fundada como forma esencial de demostrar su teoría del caso”*. Hairabedian, Maximiliano, ibídem, págs. 117/120.

²⁵ En este sentido Bertoni sostiene que en los espacios públicos también existe una expectativa cierta de “privacidad”. Afirma que: *“puede reconocerse que aún en espacios públicos los individuos pueden tener una expectativa cierta a que sus actos no sean registrados por medios tecnológicos, debido a que les resultaría muy difícil rebatirlos en juicio (...) En esta línea de argumentación parecería que sólo el Estado, en casos muy limitados, está en condiciones de realizar este tipo de intrusiones...”*. En Bertoni, Eduardo Andrés, “Cámaras ocultas y grabaciones subrepticias: su validez como prueba en el proceso penal”, La Ley 2000-D, 259, online AR/DOC/11937/2001

seguridad implantada en el lugar²⁶, o de la grabación de un hecho delictivo en ejecución²⁷, sino del registro directo de una conversación o una conducta que podría resultar incriminante en el marco de una investigación judicial formalizada.

Es que no puede desconocerse la finalidad de prevención de delitos e intervención temprana que persigue la instalación de cámaras de seguridad en la vía pública y la consecuente potestad ejecutiva de hacerlo -independientemente de las críticas que puedan hacerse a su utilidad y resultados-, pero que difiere sustancialmente de la finalidad perseguida mediante la instalación de cámaras ocultas como método de investigación en un proceso penal, es decir, donde existe una sospecha o un hecho jurídicamente relevante que se pretende corroborar.

Supongamos que se decide la instalación de cámaras ocultas en una plaza o parque donde presuntamente se comercializarían estupefacientes. No caben dudas de la utilidad que puede tener la medida no sólo para profundizar la investigación sino también para descifrar mecanismos mínimamente sofisticados de comercio ilícito en estos términos²⁸, pero ¿Qué ocurre con todas las personas que puedan concurrir a dicho parque? ¿No poseen también una expectativa razonable de privacidad? A que me refiero, seguramente podemos imaginar a una pareja discutiendo o encontrándose en dicha plaza y no tendrán la expectativa de privacidad

²⁶ Si ingresamos a un lugar con cámaras de seguridad, o si nos encontramos en la vía pública, donde existen domos de vigilancia locales o cámaras de seguridad orientadas al exterior de diversos comercios, no podemos desconocer que nuestras acciones quedarán registradas. Es una facultad que no puede negarse a quien posee un inmueble la de instalar dispositivos de seguridad que registren lo que allí ocurre.

²⁷ No es cuestionable la actitud que pueda adoptar el testigo de registrar una conducta aparentemente ilícita que ocurre frente a él. Si una persona estuviera, por ejemplo, intentando acceder forzosamente a un vehículo y un testigo decidiera grabar el hecho, difícilmente pueda invocar la afectación a su privacidad quien se encontraba desarrollando la conducta prohibida en la vía pública. Aún si el que estaba intentado acceder forzosamente eventualmente acreditara la titularidad del vehículo, no es reprochable la conducta de quien registró aquella circunstancia. También debe tenerse en consideración que registrar el hecho delictivo, en lugar de intervenir para frustrar su ejecución, respondería a una potencial preservación de la integridad física del testigo, lo que resulta razonable, no pudiéndosele exigir aquel sacrificio entre bienes jurídicos de distinto valor (el riesgo sobre la vida o la integridad física en resguardo de la propiedad privada de un tercero).

²⁸ Por ejemplo: a) división de roles entre diversos agentes, uno acompaña al comprador, otro entrega el estupefaciente, otro recibe el dinero, algún otro podría actuar como “campana”, etcétera o b) para detectar lugares ocultos de guarda del material estupefaciente o dinero, celulares, etcétera.

que tendrían en un domicilio, pero si alguien se acerca seguramente bajen la voz o esperen a que se aleje para continuar. La cámara oculta penetraría dicha privacidad, lógicamente.

Por esta razón siempre va a ser preferible un análisis que efectúe la ponderación de los principios que rigen la adopción de medidas de injerencia con base en los elementos de prueba ya recolectados y la hipótesis de la acusación que otorgar discrecionalidad ilimitada a los funcionarios policiales. En este sentido, con relación a la ampliación de facultades policiales de detención e identificación, Pablo Larsen sostenía que: “...*Si se pierde de vista la distancia que existe entre el derecho abstracto y el funcionamiento real del sistema penal y se procede, desde el discurso jurídico, a “flexibilizar” los límites de los cuales sus instituciones tienden a deshacerse, se corre el riesgo de legitimar situaciones violatorias de derechos que previamente se daban en la práctica y que ahora, al contar con el sello aprobatorio del derecho, pueden llegar a expandirse aún más (...). Sacrificar derechos con la pretendida finalidad de obtener seguridad es una fórmula incompatible con la vida en un Estado de Derecho —y, debería agregarse, una receta equivocada para alcanzar esa meta—. (...). Se pierde mucho, y no se gana nada.*”²⁹

Como vimos, la autorización regida por estos principios debe ser excepcional, es decir, sólo puede fundarse en la protección de los fines que procura la misma persecución penal. En consecuencia, queda reducida a casos de absoluta necesidad para proteger los fines que el mismo procedimiento persigue y, aún dentro de ellos, sólo cuando al mismo resultado no se pueda arribar por otra medida menos perjudicial para el sospechado. Además, la medida debe ser proporcional. En un Estado de Derecho, superado este límite de sacrificio de los derechos individuales, el Estado acepta el perjuicio eventual que de esta limitación podría sobrevenir para la realización regular y efectiva de la persecución penal, efecto que, por lo demás, es propio de toda limitación a su poder penal por intermedio de las garantías del individuo. Se trata de una ponderación de valores en la cual debe prevalecer para prosperar³⁰.

²⁹ Larsen, Pablo, “¿Qué se pierde y qué se gana cuando ampliamos la discrecionalidad de la policía? Réplica a Maximiliano Hairabedián”, publicado en Diario Penal Nro 111 – 03.06.2016. Una versión más extensa de este trabajo puede encontrarse en Ledesma, Ángela (Dir.), *El Debido Proceso Penal. Vol.3*, Hammurabi, 2016, bajo el título “Razones para sostener la inconstitucionalidad de las detenciones por averiguación de identidad”, en coautoría con Adrián Martín.

³⁰ Maier, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos*”, Editores del Puerto S.R.L., 2º edición, 3º reimpresión, pág. 528.

Y ello, siempre que se trate de un espacio público. Si fuera un espacio privado (por ejemplo, el domicilio o vehículo del acusado), entiendo que, con base en la legislación actual no podría prosperar ya que no se encuentra prescripta la posibilidad de acceso encubierto para la instalación de este tipo de dispositivos. Actualmente, la única forma de franquear dicha esfera legalmente es por vía del allanamiento, el que necesariamente implica la notificación del habitante³¹.

Pero bien, supongamos que la iniciativa legislativa mencionada al comienzo de este trabajo³² prospera y existiera una base normativa para realizar este tipo de medidas tanto en espacios públicos y privados. Ya establecimos la necesidad de que exista orden judicial para llevarla a cabo, la cual, para ser fundada correctamente, debe analizar los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida en conjunción con el estándar de prueba que requiera, pero tampoco el proyecto aludido propone claramente los elementos que debería contener el pedido.

Finalmente, en el plano práctico podríamos imaginar las condiciones que debería reunir una solicitud de este tipo para prosperar. Es decir, que debería contener la solicitud que realicen los investigadores (fuerzas de seguridad y agente fiscal) al fiscal.

Y para ello lo que se requiere es la mayor especificidad posible. Veamos: el pedido, además de cumplir con los estándares referidos, deberá describir lo más detallado posible qué se va a hacer, cómo, en qué lugar, por qué, e incluso establecer horarios activos e inactivos de funcionamiento de la grabación. Si fuera un lugar cerrado, en qué habitación se colocará, por qué allí, describir el dispositivo que se va a utilizar, su radio de captura, cómo se evitaría la afectación de terceros (por ejemplo, familiares que no estuvieran involucrados), etcétera. Tampoco es un detalle menor cómo se ingresaría al domicilio o vehículo para realizar la instalación, y en qué día y horario se pretende llevarlo a cabo. Es decir, ¿Se ingresará por la fuerza cuando no

³¹ Art. 228 del CPPN (“La orden de allanamiento será notificada al que habite o posea el lugar donde deba efectuarse o, cuando esté ausente, a su encargado o, a falta de éste, a cualquier persona mayor de edad que se hallare en el lugar, prefiriendo a los familiares del primero. Al notificado se le invitará a presenciar el registro...”) y 145 del CPPF (“La orden de allanamiento será comunicada entregándose una copia de ella al que habite o posea el lugar donde deba efectuarse o, cuando esté ausente, a su encargado o, a falta de éste, a cualquier persona mayor de edad que se hallare en el lugar, preferentemente a los familiares del primero. El funcionario a cargo del procedimiento deberá identificarse e invitará al notificado a presenciar el registro. Cuando no se encontrare ninguna persona, ello se hará constar en el acta...”).

³² Proyecto de ley 3536-D-2023. Ver nota al pie nro. 8.

se encuentren los habitantes? ¿Se franqueará el acceso mediante engaños –similar a una celada legal³³-? ¿Cuál sería ese engaño? ¿Se utilizará alguna técnica especial de investigación³⁴? etcétera.

Si fuera un espacio público también es relevante la explicación minuciosa de la selección del lugar, dispositivo, horarios activos, etcétera. Va de suyo que la capacidad de fundar correctamente una orden en estos términos expondrá además la base probatoria existente, es decir, la justificación en la toma de aquellas decisiones que integran el pedido dará cuenta del estado de la investigación por sí mismo. Es que no es lo mismo que la solicitud sea dirigida a “instalar una cámara o micrófono oculto en el domicilio” a que contenga todas estas especificaciones. No sólo el juez podrá conocer y valorar la forma en la que deberán proceder los agentes, sino que, además, quedarán plasmadas claramente las razones para justificar con mayor fuerza la medida.

Supongamos que se trata de un caso de comercio de estupefacientes, el que se produce en una vivienda, pero específicamente en el acceso o en un pasillo interno. Si la medida se circunscribe a ese espacio no sólo logra el máximo éxito en

³³ Böhmer las define como “una acción planeada cuidadosamente por una autoridad de aplicación de normas con el objeto de atrapar in fraganti a quienes eran previamente sospechosos de la comisión de un delito. Esta acción puede asumir la forma de mera infiltración en un grupo sindicado como sospechoso, la orquestación de una estrategia de engaños con el fin de que el sospechoso caiga en la celada y cometa el crimen, hasta el facilitamiento de material u oportunidades o la simple provocación o tentación para la comisión de un delito”.

Böhmer, Martin F., “La celada legal y los fundamentos del proceso penal”, en LA LEY, 1992-B, 959.

Frente a las objeciones que desarrolla Böhmer a las celadas legales en el artículo citado, Nino sostenía que: “...la celada aumenta la eficacia preventiva de la pena puesto que crea oportunidades de detección que de otra manera no habría; el que está por cometer un delito no sabe si es objeto o no de una celada, y si sospechase que puede serlo tiene más motivo para disuadirse de la comisión del hecho, ya que el temor normal a ser descubierto se potencia cuando existe esta forma de detección tan accesible. En cuanto al último principio de asunción de la pena, el consentimiento del agente no está viciado si realmente no ha sido persuadido o incentivado a cometer el delito, como lo exige el criterio subjetivista, si no que su decisión fue tan libre como puede ser una decisión en este mundo. Nuestras prevenciones en este sentido se diluyen si vemos al consentimiento no como un antecedente de un reproche retributivo sino como una luz verde para imponer un sacrificio que es socialmente beneficioso. En otro plano, contra lo que piensan Böhmer y Carrara, no veo tan mal embatir contra una moral “siciliana” de la complicidad en favor de una moral cívica.”.

Nino, Carlos Santiago, *Un país al margen de la ley*, Emecé, Buenos Aires, 1992, pags. 244/245

³⁴ Conforme las define la ley 27.319: Agente encubierto, agente revelador, etcétera.

sus fines³⁵, sino que además se limita la posible afectación a otras personas o la captación de imágenes de la vida cotidiana del acusado y su familia que nada tengan que ver con el hecho delictivo. Esto refuerza la ponderación de los principios de proporcionalidad y excepcionalidad de la medida, inclinando la balanza hacia su autorización.

Igualmente ocurre en el caso de la vía pública, dónde se coloca el dispositivo, su capacidad de captación (radio y direccionamiento), y las razones que justifican la decisión estratégica de la investigación, no hacen más que reforzar la fundamentación para su concesión.

Por estas razones entiendo que canalizar la solicitud por las vías adecuadas y eventualmente fundarla acorde –independientemente de la legislación que exista en el futuro-, opera como una verdadera **válvula de garantía** no sólo para las personas involucradas en el proceso, sino también para terceros.

IV.- Conclusiones

A modo de cierre corresponde destacar que, en el estado actual de nuestra legislación federal, la única posibilidad de emplear medios de investigación como el uso de cámaras ocultas está acotada a espacios públicos y la captación de aquellos. Sin embargo, aún en esos términos, el uso de estos mecanismos no debe ser librado a la discrecionalidad policial, sino que los órganos de la administración de justicia deben requerir autorización judicial para su empleo, por la afectación a derechos constitucionales que implican.

Obtener dicha autorización, implica necesariamente traspasar la ponderación de los estándares para las medidas de injerencia (excepcionalidad, proporcionalidad y necesidad de la medida) y para ello deberá encontrarse fundada en un pedido que detalle minuciosamente la justificación de la medida, dotando de seguridad a la actuación jurisdiccional a la vez que robustecerá la explicación de la causa probable basada en los elementos de prueba recolectados y la teoría del caso de la acusación. Por esta razón es que la autorización judicial previa opera como una verdadera **válvula de garantía**, no sólo para las personas involucradas en el proceso, sino también para terceros que podrían verse afectados por la medida.

³⁵ Va de suyo que, si los hechos ilícitos se producen en aquel lugar específico y el dispositivo fuera instalado en otro, la medida se vería frustrada.

V.- Bibliografía

- AAVV. Garantías Constitucionales en la Investigación Penal, Plazas, Florencia G. y Hazan, Luciano A. (comps), Editores Del Puerto, 2006.
- Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- Bertoni, Eduardo Andrés, “Cámaras ocultas y grabaciones subrepticias: su validez como prueba en el proceso penal”, La Ley 2000-D, 259, online AR/DOC/11937/2001.
- Böhmer, Martin F., “La celada legal y los fundamentos del proceso penal”, en LA LEY, 1992-B, 959.
- Chiaradia, Juan Manuel, “Producción probatoria por particulares y el uso de medios subrepticios. Nuevos paradigmas y problemas”, publicado en ELDial, DC32D8, Suplemento Derecho Penal y Procesal Penal.
- Gutiérrez, Mariana, “¿Quién conduce las investigaciones criminales? Discrecionalidad policial y delegación selectiva a nivel federal en Argentina. La Policía de Seguridad Aeroportuaria en perspectiva comparada (2005-2019)”, tesis doctoral presentada ante la Universidad Nacional de San Martín el 20 de julio de 2022, puede compulsarse en el repositorio institucional https://ri.unsam.edu.ar/bitstream/123456789/2065/1/TDOC_EPY_G_2022_GM.pdf
- Hairabedian, Maximiliano, Investigación y prueba del narcotráfico, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2020.
- Ledesma, Ángela E. (Dirección), El Debido Proceso Penal. Vol. 3, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016.
- Nino, Carlos Santiago, Fundamentos de Derecho Constitucional, editorial Astrea, 1º edición, 5º reimpresión, 2017
- Un país al margen de la ley, Emecé, Buenos Aires, 1992