

Producción probatoria por particulares y el uso de medios subrepticios

Nuevos paradigmas y problemas

Juan Manuel Chiaradia¹

SUMARIO: I.- Introducción; II.- Punto de partida: la reforma procesal penal a nivel federal; III.- Los problemas que se presentan; IV.- Elementos obtenidos por medios subrepticios; V.- Privacidad e intimidad frente a las nuevas tecnologías; VI. - Conclusiones

RESUMEN: En los últimos tiempos se ha visto un gran incremento de procesos iniciados a raíz de una actividad investigativa previa, por parte de un damnificado o tercero –como periodistas- y en otros casos, estos sujetos realizan por su cuenta investigaciones mientras se lleva a cabo el proceso judicial, cuyos resultados se introducen luego al juicio. Estas investigaciones pueden ser realizadas por periodistas, por alguna de las partes afectadas o incluso terceros y se utilizan distintos medios, desde recabar información de agencias privadas u organismos estatales –

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

nacionales o extranjeros-, hasta la búsqueda de testigos y la realización de grabaciones ocultas, entre otras.

Sumado a ello, el cambio impulsado a nivel federal de nuestro sistema procesal penal hacia un modelo acusatorio, cuya aplicación comenzó a mediados del año 2019 y de forma progresiva (actualmente sólo en dos provincias), nos obliga a analizar desde otra perspectiva los actos procesales y la actividad de las partes. Sobre este eje, me centraré en la producción de elementos de prueba por parte de particulares actuando a título personal –en especial, sobre un grupo de casos problemáticos-, y su posterior incorporación al proceso.

Entonces, si bien en estos temas son pocas las cuestiones respecto de las cuales no existan divergencias doctrinarias, teniendo en cuenta que la proliferación de estas situaciones tendería a crecer exponencialmente por el nuevo modelo acusatorio postulado por el Código Procesal Penal Federal y la popularización de estas técnicas investigativas, aquellas discusiones deben reeditarse.

PALABRAS CLAVE: Pruebas de particulares - cámaras ocultas - medios subrepticios - garantías constitucionales - debido proceso - sistema adversarial - prueba ilícita

I.- Introducción

En los últimos tiempos se ha visto un gran incremento de procesos iniciados a raíz de una actividad investigativa previa, por parte de un damnificado o tercero – como periodistas- y en otros casos, estos sujetos realizan por su cuenta investigaciones mientras se lleva a cabo el proceso judicial, cuyos resultados se introducen luego al juicio. Estas investigaciones pueden ser realizadas por periodistas, por alguna de las partes afectadas o incluso terceros y se utilizan distintos medios, desde recabar información de agencias privadas u organismos estatales – nacionales o extranjeros-, hasta la búsqueda de testigos y la realización de grabaciones ocultas, entre otras.

Sumado a ello, el cambio impulsado a nivel federal de nuestro sistema procesal penal hacia un modelo acusatorio, cuya aplicación comenzó a mediados del año 2019 y de forma progresiva (actualmente sólo en dos provincias), nos obliga a analizar desde otra perspectiva los actos procesales y la actividad de las partes. Sobre este eje, me centraré en la producción de elementos de prueba por parte de particulares actuando a título personal –en especial, sobre un grupo de casos problemáticos-, y

su posterior incorporación al proceso. Esta distinción no es antojadiza, sino que la producción de los elementos de convicción y su posterior incorporación son dos cuestiones independientes que se rigen por distintos principios normativos².

Entonces, si bien en estos temas son pocas las cuestiones respecto de las cuales no existan divergencias doctrinarias, teniendo en cuenta que la proliferación de estas situaciones tendería a crecer exponencialmente por el nuevo modelo acusatorio postulado por el Código Procesal Penal Federal³ y la popularización de estas técnicas investigativas, aquellas discusiones deben reeditarse.

II.- Punto de partida: la reforma procesal penal a nivel federal

La mayoría de los estudios que ha efectuado la doctrina sobre derecho probatorio en el nuevo modelo acusatorio se han enfocado principalmente en analizar las técnicas de litigación con base en el principio de oralidad promulgado. Es decir, se han centrado en las audiencias, en las reglas concernientes a las declaraciones de los testigos, el examen directo, el contrainterrogatorio, la facultad de efectuar preguntas aclaratorias y algunas reglas más específicas en la materia⁴. Sin embargo, debemos también evaluar las reglas que rigen la producción de los elementos de prueba durante la etapa de investigación preparatoria que serán luego introducidos en el juicio.

La doctrina y jurisprudencia nacional en el tema es escasa y centrada sobre un grupo de casos que poseen los mayores inconvenientes: los elementos probatorios obtenidos de forma subrepticia por particulares en el marco del sistema mixto parcialmente vigente. Ello responde principalmente a la actividad pasiva a la que están obligadas las partes en nuestra tradición inquisitiva. Por eso, me enfocaré no sólo en los cambios que introduce la reforma procesal sobre la producción de elementos probatorios por particulares, sino también en las cuestiones que aún quedan por resolver; principalmente, sobre el momento en el que puede sustanciarse

²BOVINO, 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), pag. 292

³ Aprobado por medio de la ley 27.063, sancionado el 4 de diciembre de 2014 y promulgado el 9 de diciembre de 2014.

⁴ A modo de ejemplo puede destacarse el trabajo realizado por Agustín VARELA, “Juicio por jurados, el derecho probatorio y la regla de exclusión de la prueba hearsay en el derecho anglosajón” publicado en el tomo 2 de la colección *El debido proceso penal*, editorial Hammurabi, dirección de LEDESMA, Ángela E.

la evidencia que pueda ser admisible en el juicio y la validez de la utilización de medios subrepticios como cámaras ocultas.

Puede decirse que el Código Procesal Penal de la Nación actualmente vigente no regula los actos de los particulares salvo por algunas excepciones; por ejemplo, en su artículo 287. Por otro lado, quien interviene como querellante básicamente debe atenerse a las reglas del Código en sus intervenciones en el proceso ya iniciado o que impulsará. Son facultades del querellante según este ordenamiento las de “impulsar el proceso, proporcionar elementos de convicción, argumentar sobre ellos y recurrir”⁵. Algunos autores sostienen así que el resto de las reglas de garantías de rango constitucional no serían oponibles a los particulares por tratarse de límites constitucionales que restringen las facultades persecutorias de los órganos públicos⁶.

Por su parte, el Código Procesal Penal Federal sancionado por la ley 27.063⁷, regula la recolección de elementos de prueba en su artículo 135, aunque tampoco hace mención de la intervención de particulares -terceros. La norma citada establece en primer lugar que aquella se encuentra a cargo del representante del Ministerio Público Fiscal, quien debe requerir orden judicial en los casos en que podrían afectarse garantías constitucionales (interceptación de comunicaciones, registros domiciliarios, etcétera). Por su parte, el inciso “b” del artículo establece que: “Las demás partes podrán recolectar por sí las pruebas que consideren necesarias y sólo recurrirán al representante del Ministerio Público Fiscal si fuese necesaria su intervención. En caso de negativa injustificada podrán recurrir al órgano jurisdiccional competente para que se lo ordene. La prueba producida por la querrela se incorporará como anexo al legajo del Ministerio Público Fiscal cuando ésta lo solicite; la defensa tendrá su propio legajo de prueba”.

Evidentemente, esta norma presenta un importante cambio de paradigma en la materia⁸. Las partes poseen entonces la capacidad –y obligación- de producir elementos probatorios por su propia cuenta, debiendo recurrir sólo en algunos casos

⁵ Así lo establece el art. 82 del CPPN –ley 23.984-.

⁶BOVINO, 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), pags. 280 y 281.

⁷ Conforme texto ordenado del 2019, ley 27.482.

⁸ En el sistema anterior –parcialmente vigente- de la ley 23.894, (llamado mixto o inquisitivo reformado) el juez es el actor central del proceso y tiene a su cargo el “deber/facultad” de realizar la actividad probatoria, dirigir el proceso, el interrogatorio de los testigos, decidir el orden en que se presentan las pruebas, decidir cuáles faltan realizar, etcétera. En cambio, el art. 135, inc. c del CPPF establece una prohibición específica de que los jueces produzcan prueba de oficio.

específicos a las autoridades estatales y conformando legajos de prueba independientes. Por supuesto que el Estado se reserva el monopolio sobre el poder punitivo y los particulares deben recurrir a él para la materialización de medidas de coerción o que conculcan derechos fundamentales (allanamientos, intervenciones telefónicas, requisas, etcétera). Podríamos decir entonces que parecería resuelta -en parte- la cuestión y las partes (acusación y defensa) poseen la capacidad de producir por sí elementos probatorios, siempre que no se afecten garantías constitucionales.

Ésta, de hecho, viene a ser la regla no sólo en los casos de conversión de la acción pública en privada, sino con relación a la actuación de las víctimas y querellantes en el proceso penal moderno. Pero también la defensa del imputado debe adoptar una actitud proactiva y asegurarse por su propia cuenta la producción de los elementos probatorios que consideré que servirán a la defensa del imputado. Precisamente por esta razón la querella conforma un legajo de pruebas, que se incorpora al del fiscal y la defensa arma el propio. Para conformar este legajo de prueba, deberán necesariamente producirla por su cuenta y sólo acudir a los órganos estatales en los casos donde las medidas a realizar conculquen o afecten algún derecho o requieran del uso de la fuerza pública⁹. Esto implica un cambio radical de la forma procedimental actual. En palabras de Binder implica "...pasar de un modelo de administración de justicia basado en el trámite, en la petición (que es el modelo de las peticiones administrativas) a una administración de justicia basada en el litigio. La estructura del litigio es un punto fundamental como eje articular de las distintas propuestas de cambio"¹⁰

Se impone de esta forma la necesidad de que las partes abandonen la conducta pasiva a las que eran ceñidas por los rasgos inquisitivos de nuestro ordenamiento procesal. Deben ejercitar la litigación, no solo desde las técnicas desarrolladas para el desenvolvimiento en las audiencias y debates orales, sino antes bien, desde la construcción de la teoría del caso y la recolección de las pruebas que consideren que les servirán para presentar esa teoría¹¹.

Además, la ley 27.401 de responsabilidad penal de las personas jurídicas introdujo otro cambio importante de paradigma en nuestra tradición continental.

⁹ El tema es explicado con mayor profundidad por María Laura RICCARDO en "El legajo fiscal y la investigación de la defensa", publicado en el tomo 3 de la colección *El debido proceso penal*, ed. Hammurabbi, dirección de Ángela E. LEDESMA.

¹⁰ BINDER, Alberto, *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*, editorial AdHoc, Buenos Aires, 2012, pag. 180.

¹¹ MORENO HOLMAN, Leonardo, *Teoría del caso*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2012.

Entre las diversas regulaciones de la norma se prevé la posibilidad de que los programas de integridad que deberán tener las personas jurídicas establezcan “un sistema de investigación interna que respete los derechos de los investigados e imponga sanciones efectivas a las violaciones del código de ética o conducta”. Ello, junto con la facultad de aplicar atenuantes en la graduación de la pena -o incluso eximirla totalmente- frente a la denuncia voluntaria y la colaboración prestada, aportando información y elementos de prueba fruto de la investigación interna, plantean un nuevo universo de casos que comenzarán a presentarse gradualmente en los tribunales.

III.- Los problemas que se presentan

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 novedoso¹². 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 prueba¹³.

De esta forma, si bien se delega en las partes la producción de los elementos probatorios, no se legislaron instrumentos o herramientas actuales -mecanismos modernos- ni reglas específicas que deban seguir las partes a tales fines o las reglas para su admisibilidad¹⁴. Esta situación, cobra particular relevancia frente a las nuevas

¹² 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.

¹³ 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”.

¹⁴ Recientemente, el diputado nacional Oscar Agost Carreño, presentó un proyecto de ley para incorporar y regular ciertas herramientas tecnológicas y mecanismos de interceptación de comunicaciones y datos. Entre aquellas se prevé la colocación de dispositivos electrónicos que permitan la grabación de comunicaciones orales directas, tanto en el exterior o interior de un domicilio o lugar cerrado. El proyecto (3536-D-2023) puede compulsarse en <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2023/PDF2023/TP2023/3536-D-2023.pdf>

En otro nivel legislativo, la provincia de Mendoza ha dado media sanción a un proyecto que pretende modificar el ordenamiento procesal provincial para incorporar, entre otros, el “allanamiento remoto” y el “agente encubierto informático”. Ver el proyecto conforme fuera

formas de criminalidad, tanto los aspectos organizados a gran escala y de forma interjurisdiccional como los que se valen de recursos informáticos o espacios virtuales para su planeamiento, ejecución, etcétera. Esto implica, a su vez, la posibilidad de obtención de elementos de prueba de ese espacio virtual –y de sus sectores públicos y privados- que traen aparejadas complejidades propias.

Pensemos el siguiente ejemplo: existe una web donde se puede acceder en tiempo real cámaras de seguridad ubicadas en todo el mundo que han sido de alguna forma “hackeadas” o intervenidas por distintos usuarios, que simplemente las derivan a esta web de acceso público¹⁵. Entonces se plantea el interrogante de si podría el Estado o un particular valerse de estas imágenes como elemento de prueba para un proceso penal, teniendo en cuenta que se encuentran en un espacio virtual público y sin que haya intervenido de alguna forma en un acceso indebido a ningún sistema informático¹⁶.

Entonces, tenemos a las partes que deben producir los elementos de prueba para ser presentados en el juicio, pero sin que exista una regulación sobre las

presentado, en <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/084/726/000084726.pdf> y la nota elaborada por el senado provincial al abocarse al tratamiento del proyecto, el año pasado, <https://www.senadomendoza.gov.ar/lac-comenzo-a-estudiar-un-proyecto-para-hacer-una-reforma-procesal-penal-en-ciberdelitos/> Por su parte, la provincia de Salta ya incorporó en su régimen procesal (mediante la ley 8386 publicada en el B.O. en agosto de 2023) regulaciones específicas sobre aseguramiento de datos, orden de presentación de datos informáticos, el registro y secuestro de datos informáticos o la interceptación de datos de tráfico y de contenido, la investigación encubierta en entornos digitales, la obtención remota de datos – conocido como “allanamiento remoto”- o los equipos conjuntos de investigación e investigaciones conjuntas. Ver en este sentido <https://boletinoficialsalta.gov.ar/instrumento.php?cXdlcnR5dGFibGE9THw4Mzg2JmRhdGE9QXJyYXlxd2VydHk=>

¹⁵ www.insecam.org El “proyecto”, como se autodefine, antes incluía cámaras de seguridad ubicadas en el interior de hogares, pero como busca dar visibilidad al problema más que generar un abuso, han filtrado aquellas cámaras que “invadían la privacidad de las personas”, aunque mantiene las ubicadas en oficinas o locales comerciales y en sectores exteriores de casas particulares (patios, pasillos, etc.). Vale aclarar que los mecanismos para acceder a la información de aquellas no resultan –en general- complejos ya que el problema suele radicar en que los usuarios utilizan contraseñas estandarizadas por los proveedores o carecen de contraseña alguna.

¹⁶ En otro trabajo he presentado mi opinión con relación al uso o aprovechamiento de elementos de prueba obtenidos por métodos ilegales, como creo que podría ocurrir en un caso como el planteado. El desarrollo concreto de los argumentos se encuentra en CAGLIERO LOMAZZI, M. Camila y CHIARADIA, Juan Manuel “Las garantías en serio: contra la pretensión de crear excepciones ‘ad hoc’. Replica a Mariano Parodi”, publicado en *Revista Pensamiento Penal* nro. 467, Mayo de 2023, se puede compulsar en <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/90777-garantias-serio-contrapretension-crear-excepciones-ad-hoc-replica-mariano-parodi>

herramientas adecuadas para hacerlo. Sumado a ello, podemos afirmar que cualquier persona –sea parte o no en un proceso- puede efectivamente producir elementos documentales de cargo –antes o durante la investigación preparatoria-. Y aquí entran en juego –como adelanté- los medios subrepticios, ya que son los que más debates han generado por la posibilidad de afectación a garantías constitucionales y más cuando hoy en día todos llevamos con nosotros teléfonos celulares capaces de sacar fotos, filmar y grabar conversaciones –de forma subrepticia o no- y vivimos en un contexto de redes sociales (Instagram, Facebook, Twitter, etcétera) y aplicaciones móviles que permiten enviar mensajes de textos, fotografías, videos y grabaciones (como Whatsapp, Telegram, etcétera) de forma instantánea y a múltiples destinatarios o ponerlos a disposición de cualquier usuario en un espacio virtual de acceso público. Esto implica que no solo es posible que cualquiera registre una conversación o un hecho, sino que, además, las posibilidades de su difusión son masivas en forma casi inmediata¹⁷.

Al respecto advertía Roxín: “Es evidente que los fenómenos para la seguridad interior que resultan de estos fenómenos [terrorismo, criminalidad organizada, y fronteras abiertas] deben ser combatidos y también está claro que se deben emplear allí los métodos de investigación que el progreso científico pone en nuestras manos. Pero esto debería – y aquí reside lo que pone en crisis a los nuevos desarrollos- ser configurado de un modo jurídicamente mucho más cuidadoso y bajo un respeto más profundo de la protección individual de la personalidad, si queremos evitar las condiciones de un Estado de policía”¹⁸.

En resumen, se presentan los siguientes problemas: **a)** ausencia de reglamentación sobre medios probatorios actuales; **b)** ausencia de regulación específica sobre limitaciones para la producción de elementos de prueba –reglas de evidencia-; **c)** ausencia de reglas claras para incorporar esas pruebas al juicio, especialmente, las problemáticas –admisibilidad-.

En este sentido, tampoco parece aún resuelta la cuestión sobre la validez de la prueba preconstituida -es decir, elaborada *antes* de la sustanciación del proceso

¹⁷ Esto se vincula con otra problemática que carece de tratamiento: la de los procesos o juicios paralelos, principalmente los mediáticos, sobre los cuales afirma Perfecto Andrés Ibáñez que los medios pasaron a constituirse en una atípica parte procesal e, incluso, en un juez virtual; y “que en muchas ocasiones, la publicidad de la *notitia criminis* es para el afectado bastante más gravosa que la eventual sentencia condenatoria”. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, *Tercero en discordia. Jurisdicción y Juez del Estado Constitucional*. Editorial Trotta, Madrid, 2015, p. 524.

¹⁸ ROXIN, Claus, *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*, ed Hammurabi, 1º ed., Buenos Aires, 2008, pags. 48/49

penal- y si los medios subrepticios que podrían utilizarse (antes o luego de iniciado el proceso penal) resultarían válidos o lesivos de derechos constitucionales; cuestión que intentaré abordar a continuación.

IV.- Elementos obtenidos por medios subrepticios

a. Tipo de prueba y libertad probatoria

En primer lugar, cuando hablamos de “prueba” se recurre a distintas definiciones y términos para conceptualizarla debido a su carácter poliédrico. Conforme señala Guzmán, la conceptualización más corriente define como medio de prueba al acto procesal por el que se introduce un elemento de prueba, mientras que el órgano o fuente de prueba sería la persona o cosa que proporciona dicho elemento¹⁹.

Ahora bien, 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 tribunales²⁰. Tampoco se encuentran plasmados en el 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

¹⁹ GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, ediciones Didot, 1º ed., Buenos Aires, 2018, pag. 31. El autor señala que: “Según la conceptualización más corriente, *elemento de prueba* o *contenido probatorio* sería el dato, rastro o señal, contenido en un *medio de prueba* realizado, que puede ser utilizado por el juez en el procedimiento inferencial que practica al momento de decidir el caso. El tema probatorio, es decir, aquello que se pretende conocer mediante un medio de prueba constituye el *objeto de prueba*. El *medio de prueba*, ya mencionado, no sería otra cosa que el acto procesal por el cual se introduce en el proceso un elemento de prueba (la declaración testimonial, el dictamen pericial, etc.), en tanto que el *órgano o fuente de prueba* sería la persona o la cosa (documento, etc.) que proporciona el elemento de prueba”.

²⁰ 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), pag. 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 sala de audiencias. Imaginemos cuanto puede tardarse en regular la obtención, incorporación y valoración de registros sonoros y audiovisuales”.

libertad probatoria y su sujeción a distintos criterios jurisprudenciales sobre su admisibilidad.

En ese contexto, uno de los grandes debates doctrinarios que se generaba – previo a los procesos de reforma procesal- con relación a los medios de prueba audiovisuales obtenidos de forma subrepticia era sobre qué tipo de elemento de prueba se trataban. En este sentido se esgrimieron diversos argumentos tanto para invalidar como para aceptar estos medios o fuentes de prueba.

El primero era considerar que contienen esos objetos. Desde esta perspectiva, algunos autores consideraron que se trata de declaraciones y como tales, no reunían los requisitos que establecía el código procesal, sea para declaraciones testimoniales o para indagatorias y, consecuentemente, eran inválidas. Sin embargo, idéntica argumentación utilizaron quienes postulaban que, justamente, por no reunir los requisitos para el acto procesal, no eran “declaraciones” y no podía tomárselas por tales y ser descartadas de esta forma²¹.

Ambas posturas se sustentan en el procedimiento que requiere el código adjetivo para la producción del elemento de prueba en concreto –en este caso la declaración- y concluyen que sólo a través de las modalidades que prevé la legislación puede producirse esa prueba. Sin embargo, de ello no se deriva que la prueba sea inutilizable (nula o ilícita). En este sentido Taruffo indicaba que la vinculatoriedad de una regulación legal y, por tanto, la taxatividad de los procedimientos en que ésta consiste: “no son absolutas sino relativas al contexto de aplicación que le es propio. Consecuentemente, la existencia de procedimientos legales de formación de la prueba excluye que la prueba se forme con modalidades distintas *en ese contexto*, pero no excluye en absoluto que se sigan modalidades diversas en otros contextos y que, a pesar de ello, se obtengan elementos de prueba utilizables en juicio.”²²

²¹ 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), pags. 283. “Las afirmaciones de una persona acerca de algún hecho o circunstancia que conoce sólo es una declaración testimonial cuando se presta en el marco de un procedimiento, ante algún órgano público autorizado para recibirla y, además, si la declaración se realiza bajo juramento.”

²² TARUFFO, Michelle, *La prueba de los hechos*, 2º edición, 2005, editorial Trotta, traducción de Jordi Ferrer Beltrán (título original *La prova dei fatti giuridici*), pags. 378/387. El autor desarrolla el tema ejemplificando con relación a la declaración testimonial y la confesión extrajudicial de esta forma: “Tómese el ejemplo (...) de la prueba testifical. Si se trata de una prueba testifical en sentido estricto, puede formarse únicamente en el proceso y por medio de la aplicación puntual de las normas que regulan su producción. Pero estas normas valen *en el proceso*, no fuera del mismo, de

Entre otros, Bovino y Pinto consideran que se trata de “documentos”, en el sentido de prueba documental; obtenida por medios no regulados pero que podría ser incorporada al proceso. Así, afirman con cita a Emilio Betti que “El documento –la grabación de voz o imagen- es el resultado de un acto humano, pero en sí mismo es una cosa o un objeto. No es un acto representativo en sí mismo, como lo es la declaración de un testigo –o la confesión- que es apreciada directamente por el tribunal, sino una cosa u objeto que sirve para representar un hecho. Los cassettes y el video son prueba documental del mismo modo que lo es una entrevista publicada en un diario, una entrevista emitida por televisión, una carta en la que una persona afirma algún hecho relevante para el objeto del proceso...”²³

En la práctica la grabación debería ser incorporada al proceso mediante la declaración de algún testigo –por ejemplo, quien la realizó -. Y ello es así porque la regla general es que la evidencia material no “habla” por sí sola²⁴. Sin embargo, el nuevo Código Procesal Penal Federal incluye como excepción a la oralidad la posibilidad de incorporar al juicio evidencia documental por lectura o exhibición

modo que frente a una declaración de contenido testifical ofrecida por un tercero fuera del proceso no se podrá decir que es nula o ilícita porque no se ha realizado según las normas procesales sobre la prueba testifical. Se podrá decir que *no es una prueba testifical* en sentido estricto, pero ciertamente no se podrá decir que es una prueba testifical nula o ilícita: en consecuencia, el problema de su utilización en juicio se plantea y resuelve sobre la base de otras argumentaciones. Una declaración extrajudicial de un tercero será en principio admisible si es relevante para la determinación de los hechos y no puede ser excluida sólo porque no se ha formado según las reglas que regulan la asunción de la prueba testifical en juicio. Un discurso del mismo tipo vale también para el caso en que la declaración extrajudicial provenga de un sujeto que sería incapaz para testificar sobre la base del artículo 246 cod. proc. civ. it.: en ese caso, no se dispone de una prueba testifical en sentido estricto porque el sujeto no puede testificar en el proceso; pero su declaración extrajudicial no es en sí misma nula ni ilícita, de forma que no puede ser excluida del conjunto de las pruebas utilizables, siempre que sea relevante, sólo porque proviene de un sujeto que no puede testificar en juicio. En efecto, el artículo 246 vale *en el proceso* y como condición de licitud de la prueba testifical en sentido estricto; no vale, en cambio, fuera del proceso y no incide *a priori* en la posibilidad de utilizar la declaración en cuestión (...) En el ordenamiento italiano puede tomarse como ejemplo la confesión: si ésta es judicial y no espontánea, el procedimiento para llevarla a cabo es el interrogatorio formal. Este procedimiento no es, sin embargo, taxativo excepto en el caso de la confesión «provocada», ya que si la confesión es espontánea no se aplica; además, ninguna regla «procedimental» se refiere al supuesto de la confesión extrajudicial desde la perspectiva de su formación”

²³ BOVINO, Alberto y PINTO, Federico, “La prueba...”, ob. cit., pags. 283 y 284

²⁴ MORENO HOLMAN, Leonardo, *Teoría del caso*, ediciones Didot, 2012, pag. 99. En este sentido explica que “Las evidencias por excelencia a utilizar en juicio oral serán las que puedan expresarse en declaraciones, así los testigos (incluimos aquí a la víctima), peritos, y el acusado en su caso, se constituirán en el centro de la prueba a rendir en un juicio oral. A esas declaraciones se vincularán otros medios probatorios tales como: objetos, documentos, u otra clase de prueba material y otros apoyos a las declaraciones, como gráficos, maquetas y planos”.

audiovisual²⁵, con lo cual no caben dudas de que podrían incorporarse estos elementos de prueba a un proceso sin necesidad de otra fuente de prueba que genere su introducción.

Por otro lado, alguna jurisprudencia afirma que, pese a no existir regulación sobre la forma de obtención de los medios de prueba subrepticios, el principio de “no taxatividad” o “libertad probatoria” implica de por sí la admisibilidad de la prueba²⁶. En este sentido se expidió la Sala IV de la entonces Cámara Nacional de Casación Penal en el precedente “Peyrou” al sostener que las grabaciones eran prueba documental y que: “siendo principio inconvencional del sistema probatorio vigente del CPP, el criterio de no taxatividad de los medios de prueba, de modo que el considerar abierta la enumeración que la ley hace de ellos implica que la presencia de algún medio probatorio que no tenga regulación específica no obsta a su admisión si resulta pertinente para comprobar el objeto de prueba.”

Esta postura fue criticada por encerrar una falacia, ya que soslaya los límites a la libertad probatoria en cuanto a la afectación de garantías constitucionales. En efecto, la apreciación de que la prueba es válida por enmarcarse en la libertad probatoria carece de contenido ya que justamente, el límite de la libertad probatoria se vincula a la no afectación de derechos fundamentales del imputado y esta circunstancia no fue analizada desde esta premisa. A esta postura adhieren, entre otros, Bovino, Pinto, Roxín y Bertoni. El problema no se resuelve desde la perspectiva de la libertad probatoria ya que omite analizar la validez de prueba con los límites constitucionales impuestos²⁷.

²⁵ El art. 289, inc. b del CPPF establece: “Excepciones a la oralidad. Sólo podrán ser incorporados al juicio por su lectura o exhibición audiovisual (...) b) la prueba documental o de informes y las certificaciones...”. Por su parte, el art. 300 reza: “*Otros medios de prueba.* Los documentos serán leídos y exhibidos en la audiencia, con indicación de su origen. Los objetos y otros elementos de convicción secuestrados serán exhibidos para su reconocimiento por testigos, peritos o el imputado. Las grabaciones y elementos de prueba audiovisuales serán reproducidos. Las partes podrán acordar por unanimidad la lectura, exhibición o reproducción parcial de esos medios de prueba cuando baste a los fines del debate. Las partes deberán alegar y el juez resolverá sólo sobre las pruebas producidas en el debate”.

²⁶ Causa nro. 1390, “Peyrou”, CNCP, Sala IV, resuelta el 7 de septiembre de 1999, del voto del Dr. Hornos.

²⁷ ROXÍN, Claus y SCHÜNEMANN, Bernd, *Derecho Procesal Penal*, 1º edición, ediciones Didot, 2019, capítulo 5, pags. 280/281. Afirman que: “Un esclarecimiento de hechos punibles desvinculado a cualquier restricción entrañaría el peligro de la destrucción de diversos valores colectivos e individuales. Por eso, la averiguación de la verdad no es en el proceso penal ningún valor absoluto; más bien, el proceso penal mismo está inmerso en las jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado (...) Cuando los presupuestos a los cuales la producción de la prueba está

En el sistema del *common law* esta situación se aprecia claramente en la confrontación entre el sistema de *free proof* y el *law of evidence*. Por *free proof* se entiende la prueba es libre, en el sentido de que todo elemento relevante puede ser empleado, sobre la base de los cánones del sentido común y de la racionalidad, para probar los hechos. Esta libertad corresponde tanto a las partes, que tienen que poder usar en el proceso cualquier elemento de prueba relevante, como al juez, que tiene que determinar los hechos mediante una valoración racional de las pruebas adquiridas en juicio. A esta regla general se le impone como límite el *law of evidence*, compuesto por criterios jurídicos que toman distintas formas (principalmente introduciendo limitaciones), los que se superponen y sustituyen a los criterios de la racionalidad y del sentido común, en función de exigencias o valores incorporados al ordenamiento jurídico y que se considera que deben prevalecer sobre el principio de libertad de la prueba²⁸.

Así, el principio que se conforma sería que “cualquier prueba relevante debe ser admitida, excepto que una norma jurídica específica la excluya o subordine su admisión a presupuestos o condiciones particulares”²⁹.

En nuestro ordenamiento, el nuevo código introduce claramente el principio de libertad probatoria junto con las limitaciones desarrolladas por la doctrina y jurisprudencia, en su artículo 134. La norma establece que: “Podrán probarse los

obligada no han sido observados, se plantea la cuestión, respecto a si los resultados de la prueba, que se obtienen contraviniendo las prohibiciones probatorias, pueden ser valorados, es decir, si las prohibiciones de producción de la prueba coinciden o no con las prohibiciones de uso de la prueba. De modo similar, se plantea la cuestión de los conocimientos que han sido producidos de modo antijurídicos en otros procesos (por ejemplo, en un proceso administrativo), si estos, a pesar de ello, se podrían utilizar en el proceso penal. Además, en el caso de una prohibición de valoración como medio de prueba (p. ej. a través de la reproducción de una grabación sonido registrada violando el ordenamiento procesal), o si también se encuentra prohibida el empleo de las informaciones obtenidas a causa de ella, para medidas de investigación adicionales...”.

²⁸ TARUFFO, Michele, *La prueba...*, ob. cit., pags. 359/360. Señala que “Dado que, como ya se ha visto, por libertad de la prueba se entiende en línea general la falta de regulación legal de la prueba, aquélla resulta especialmente relevante desde cuatro puntos de vista principales: *a*) la admisión de las pruebas, en la que la libertad significa ausencia de normas que excluyan la prueba del proceso y, por tanto, está referida a la posibilidad de que las partes utilicen todos los elementos de prueba relevantes de los que dispongan; *b*) la formación de la prueba, en la que la libertad significa ausencia de normas que regulen el modo en que la prueba se constituye, en el proceso y fuera de él; *e*) la valoración de las pruebas, en la que la libertad significa ausencia de normas que predeterminen, vinculando al juez y a las partes, el valor que debe atribuirse a una prueba en la decisión; y, finalmente, *d*) la elección de los elementos útiles para la decisión por parte del juez, en la que la libertad significa que el juez puede buscar libremente los elementos de prueba y no está vinculado por normas sobre la elección de las pruebas que deben fundamentar el juicio de hecho”.

²⁹ TARUFFO, Michelle, *La prueba...*, ob. cit., pags. 357/378.

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 en 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”. Esta legislación también permite apreciar la recepción de los criterios de relevancia y admisibilidad indicados anteriormente, así como de la doble función de la prueba, como factor de conocimiento y justificación³⁰.

Entonces, las grabaciones audiovisuales son un elemento de prueba documental que es factible de ser incorporada al proceso desde la óptica de la libertad probatoria. Sin embargo, este razonamiento no basta, sino que debe analizarse si se ha afectado alguna garantía constitucional mediante su obtención para postular su validez o no y su consecuente incorporación al proceso penal. Y es precisamente ello lo que establece el nuevo ordenamiento procesal en su artículo 134 que postula la libertad probatoria con los límites legales y constitucionales que la doctrina venía indicando.

b. “Privilegios” de la víctima y “legítima defensa”

Distintos autores reparan en el criterio utilizado por muchos tribunales para autorizar la incorporación de grabaciones telefónicas subrepticias si la grabación fue efectuada por la víctima. De esta forma se adoptaría un criterio flexible para la admisión de la prueba si quien la produjera fuera víctima de un hecho ilícito. Para ejemplificar esta situación señalan algunos antecedentes ejemplificativos de este criterio, como “Peyrou”, “Stanislawski”³¹ y “Barberá”³².

En este último se sostuvo que la ley que reglamenta la inviolabilidad de las telecomunicaciones sólo prohíbe a quienes no participaron de la conversación

³⁰ GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, pag. 106; el autor señala que: “la prueba funciona, más que como elemento persuasivo, como factor de conocimiento y a la vez de justificación. En el primer caso (como factor de conocimiento), la prueba sirve de fuente de conocimiento de hechos pasados, de signo presente que permite arribar, por medio de operaciones inferenciales, al conocimiento de hechos pasados, más no sea en términos probabilísticos; en el segundo caso, funciona como factor de justificación de las decisiones judiciales, que solo podrán ser consideradas válidas en tanto y en cuanto contengan una explicación racional de las inferencias realizadas, basadas precisamente en los elementos de prueba reunidos en el proceso”.

³¹ CNCP, Sala I, causa nro. 838, “Stanislawski, Jorge O. s/recurso de casación”, reg. 1129, rta. el 6/9/96.

³² CNCP, Sala III, Causa nro. 2.084, “Barberá Leonardo Héctor s/ recurso de casación”, rta. el 23/03/00, reg. 119.00.3.

utilizar su contenido. Consecuentemente no importa según esa regla quién efectuó la grabación extraprocesal –sea víctima, damnificado o un tercero-, siempre y cuando haya sido un interlocutor de la conversación. Ninguna norma prohíbe a un particular grabar una conversación propia sin autorización judicial³³.

Bertoni también afirma que no resultaría relevante quién efectuó la grabación y cuestiona esa línea argumentativa que funda la validez de la prueba en el hecho de que haya sido obtenida por la víctima, por considerar que implica asumir un criterio “flexible” para la exclusión de la prueba a favor de la víctima, más allá de cómo haya obtenido la prueba³⁴. Efectivamente, este razonamiento no puede ser aceptado ya que, precisamente, si la prueba ha sido colectada mediante la vulneración de derechos o garantías constitucionales, entonces no es válida y no cabría asignarle ningún privilegio especial a que sea la víctima de un delito quien vulneró aquel derecho, en desmedro del sistema de garantías que llamamos “debido proceso”.

El Dr. Donna, en la causa “Vázquez Carlos Enrique”³⁵ postuló que la grabación de una llamada extorsiva y su posterior divulgación resulta equiparable a un supuesto de legítima defensa. Puntualmente dijo que:

“la interceptación de la comunicación telefónica se realiza a los efectos de hacer cesar un delito en cuestión, esto es, la extorsión, de manera que no aparece la medida judicial como contraria a la teoría de la prohibición de la prueba. En este sentido la doctrina ha opinado ‘no se considera ilegal la divulgación de la grabación clandestina de la propia conversación cuando se trata, por ejemplo, de acreditar una extorsión, equiparándose así la situación con la de aquel que obra en legítima defensa, con lo cual se excluye la antijuridicidad’ (La interceptación y la grabación telefónica en el proceso penal, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, Antonio Magalhaes Filho, en Zeuz, 28/12/1992, pg. 3). Es que sin perjuicio que se puede discutir si el Estado puede acudir a la legítima defensa a los efectos de legitimar la prueba, lo que no está en duda es que el particular sí lo puede hacer, y que el acto es por ende jurídico, a los efectos de evitar el daño inminente que se cierna sobre él.

³³ 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), pag 288

³⁴ 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, pag.2 y 3.

³⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional –CNCC-, Sala I, causa n° 42.902, rta. el 23/11/93

De allí que no se puede hablar ni remotamente de una prueba ilegal, porque la legalizó, para el particular, la agresión anterior del procesado...”.

Este argumento de Donna fue posteriormente recogido por el Dr. Tragant al votar en el precedente “Barberá” y es una noción con la que comulga parcialmente Bertoni, quien sostiene que podría efectuarse una violación a la privacidad como acción de “legítima defensa” frente a una conducta amenazadora o extorsiona que, como tal, deja de ser libre y privada. Sin embargo, también se pregunta qué pasaría si no fuera la víctima, sino un tercero (como un periodista) quien invoca la legítima defensa, pero no de bienes propios, sino de terceros, sosteniendo que debería resolverse si todavía se trata de un acto privado o no y analizarse en cada caso el valor del bien jurídico amenazado.³⁶

Sin embargo, aquella asimilación con la legítima defensa fue cuestionada por Bovino y Pinto, quienes sostienen que no resultaba aplicable y sintetizaron los errores lógicos que contiene el razonamiento de esta forma: “1. El destinatario de la llamada, al grabarla, no comete ilícito alguno. Ya se ha dicho que, en nuestro derecho positivo, esta conducta deviene atípica; 2. La víctima puede grabar la conversación luego de consumado el delito si el autor se incrimina con sus propios dichos. Lo mismo cuando la graba un tercero. Con lo cual no estarían ‘repeliendo’ una agresión ilegítima; 3. La víctima, por lo general no ‘necesita’ realizar la grabación para hacer cesar o impedir la agresión ilegítima; 4. No hay una relación directa entre el hecho de que la grabación pudiera estar justificada y la validez de un medio de prueba; 5. La finalidad de la víctima, al realizar la grabación, difícilmente consista en evitar o impedir una agresión, pues necesita, por el contrario, que dicha agresión continúe su curso si se trata de grabar dichos que integran el comportamiento típico; Tampoco puede tener relevancia alguna el hecho de que sea la víctima o el tercero quien realice la llamada o, en el caso de tratarse de un encuentro personal, quien proponga el

³⁶ BERTONI, Eduardo Andrés, “Cámaras ocultas...”, art. citado, págs. 17 y 18. Sostiene el autor que: “...si la acción dejara de ser libre y privada en los casos en que, por ejemplo, se amenaza o extorsiona, en privado o en público, no puede reclamarse por violación a una garantía que por la propia conducta del amenazador o extorsionador ha sido dejada de lado. Pero aun entendiendo que ello no fuera exactamente así, la acción sobreviene ilegítima por propia voluntad de quien la ejecuta. Frente a esa acción, la legítima defensa sería el argumento correcto para pasar por alto el planteo de la violación a la privacidad. Restaría preguntarse qué pasa si no es la víctima, sino un tercero (por ejemplo, un periodista) quien invoca la legítima defensa no de bienes propios, sino de terceros. Si se sostuviera que no hay acto privado, entonces el resultado es el mismo que antes. En cambio, si se sostuviera que todavía hay un acto privado, debería sopesarse el valor que se le otorga a la legítima defensa de terceros frente al contravalor del derecho a la privacidad. Para ello, podrían analizarse en cada caso el valor del bien jurídico amenazado, para tratar de dar una solución adecuada.”.

encuentro o quién formule la pregunta tendiente a que el imputado proporcione información.”³⁷

El análisis citado en los párrafos precedentes permite apreciar el error de la línea argumentativa cuestionada. Por un lado, no resulta relevante para el examen sobre la validez de una prueba y su introducción al proceso penal si aquella fue obtenida por la víctima, damnificado, querellante o por un tercero, ya que lo que realmente importa es analizar si se ha afectado algún derecho o garantía constitucional del acusado (aún antes de la formalización del proceso) para su obtención. En segundo lugar, admitir un privilegio a favor de la presunta víctima, que priorizaría su posición para incorporar al proceso penal elementos obtenidos de forma ilegal o conculcando derechos de los acusados, implicaría desconocer las reglas del debido proceso y de exclusión probatoria que rigen en la materia. Es, en definitiva, una “flexibilización” inaceptable en nuestro orden constitucional. Volvemos entonces al análisis que impone el artículo 127 del código procesal moderno: determinar si se han vulnerado garantías constitucionales o restringido el control de la prueba para establecer su admisibilidad al proceso.

c. Garantías que podrían afectarse

Conforme expuse anteriormente, y sin perjuicio del análisis particular que debe hacerse sobre cada caso concreto, procederé a estudiar las distintas afectaciones que se han invocado al requerir la invalidación de medios de prueba obtenidas de forma subrepticia por particulares.

i. Prohibición de autoincriminación forzada

Parte de la jurisprudencia considera que las confesiones obtenidas mediante medios subrepticios o con ardid, afectan el principio de “*nemo tenetur se ipsum accusare*” y sostienen que se vulnera la garantía contenida en el artículo 18 de la Constitución Nacional en cuanto establece que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. El nuevo ordenamiento procesal recoge en una norma esta garantía de rango constitucional. En efecto, el artículo 4º establece que: “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. El ejercicio de este derecho no puede ser valorado como una admisión de los hechos o indicio de culpabilidad. Toda admisión de los hechos o confesión debe ser libre y bajo expreso consentimiento del imputado”. Como

³⁷ 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), pags. 289 y 290

vemos, no sólo contiene la formula constitucional, sino también la libertad de declarar del artículo 296 del CPPN y el desarrollo doctrinario respecto de la posibilidad de confesión libre.

Estos principios también son reforzados por el artículo 65, incisos “c” e “i” del nuevo código, respecto de los derechos que poseen los imputados. El primero establece el derecho “A guardar silencio, sin que ello pueda ser valorado como una admisión de los hechos o como indicio de culpabilidad” y el segundo, el derecho “A no ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a medidas contrarias a su dignidad”. Finalmente, el artículo 72 contiene las prohibiciones vinculadas con la declaración del imputado, estableciendo que: “En ningún caso se le exigirá al imputado juramento o promesa de decir verdad, ni podrá ser sometido a ninguna clase de fuerza o coacción. Se prohíbe toda medida que afecte la libertad de decisión, voluntad, memoria o capacidad de comprensión del imputado. No se permitirán las preguntas sugestivas o capciosas y las respuestas no serán exigidas perentoriamente...”.

Volviendo a la interpretación de que las llamadas “confesiones” obtenidas por medios subrepticios vulneran esta garantía, se ha sostenido que ello se debe a que no se cuenta con intervención judicial, que el agente desconocía que la grabación era llevada a cabo y que sólo tenía por destino que se autoincriminara. En este sentido se expidieron -entre otros tribunales- la Cámara Criminal y Correccional en el precedente “Stanislavsky”³⁸ y la entonces Cámara Nacional de Casación Penal en “Peyrou” citado anteriormente.

Esta postura ha sido criticada por la doctrina desde dos aspectos:

En primer lugar, como expuse anteriormente, porque no se trataría de una declaración al no haberse producido en la forma prescripta por la norma procesal. Sin embargo, entiendo que esta distinción es irrelevante si el elemento de prueba es efectivamente utilizado como prueba de cargo en perjuicio del imputado y se obtuvo mediante afectación a garantías constitucionales. Como expuse antes, la existencia de procedimientos legales de formación de la prueba excluye que la prueba se forme con modalidades distintas *en ese contexto*, pero no excluye en absoluto que se sigan modalidades diversas en otros contextos y que, a pesar de ello, se obtengan elementos de prueba utilizables en juicio³⁹. El límite, en todo caso, estará dado la

³⁸ CNCC - Sala IV, sentencia del 29 de febrero de 1996, en causa 4.285 “Stanislavsky Jorge O.”

³⁹ TARUFFO, Michelle, *La prueba de los hechos*, 2º edición, 2005, editorial Trotta, traducción de Jordi Ferrer Beltrán, título original *La prova dei fatti giuridici*, pags. 378/387

afectación o no garantías constitucionales, ya que el Estado no puede aprovecharse de prácticas ilegítimas para la realización del derecho material.

En segundo lugar, se ha sostenido que la garantía citada está dirigida a imponer una limitación a la actuación de los órganos estatales, que no puede extenderse a los particulares⁴⁰. Sin embargo, no comparto esta posición restringida porque entiende la garantía en un sentido formal -procesal- y no material. De los principios morales liberales⁴¹ que fundan los derechos constitucionales se deriva que la **inviolabilidad** no sólo resguarda la autonomía de los individuos frente a los intereses de la sociedad, sino también de terceros, con lo cual no podría aceptarse que garantías y derechos constitucionales funcionen como una barrera contra la actividad estatal y no de los particulares.

En este sentido Maier sostiene que nadie mejor que el imputado conoce si el comportamiento por el que se lo imputa es cierto o falso “Y, sin embargo, no es posible obligarlo a brindar información sobre lo que conoce; dependemos de su voluntad, expresada libremente y sin coacción”⁴². Binder agrega: “esta facultad de confesar es personalísima, se funda exclusivamente en la voluntad del imputado y no puede ser inducida por el Estado de ningún modo”⁴³. Entonces, la garantía se vulnera cuando la voluntad del imputado de no autoincriminarse es violada por el órgano encargado de la persecución penal o por los particulares.

Sin embargo, coincido con el análisis que efectúa Bertoni, quien expone que en general no se vulnera o es forzada la voluntad. Sostiene que: “ello no es lo que ocurre en la mayoría de los casos (...) ni es lo que ocurre en la mayoría de los casos donde se recolecta una “autoincriminación” mediante el uso de un medio tecnológico oculto y desconocido. Y me animo a tal afirmación, porque justamente el uso de una cámara o un micrófono oculto pretende sorprender a la persona para

⁴⁰ Entre otros, Jauchen, apoyado en un fallo de la Corte Constitucional Italiana de 1973. sostiene que: “el *derecho a la no autoincriminación* (...) entra en funcionamiento y, por ende, sólo resguarda al ciudadano cuando ya está frente a cualquier autoridad oficial del Estado, *pero no antes*. Es un absurdo sostener que la persona pueda invocar el derecho a no declarar contra sí misma pretendiendo con ello invalidar una confesión que ha efectuado en el cotidiano trajinar en sus relaciones con los demás particulares, totalmente ajenos a la actividad estatal”. En JAUCHEN, Eduardo, *Tratado de la prueba penal en el sistema acusatorio adversarial*, 1º edición, 2017, ed. Rubinzal-Culzoni, pag. 149.

⁴¹ NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, editorial Astrea, primera edición 1992, quinta reimpresión 2017, pags. 211/241

⁴² MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, tomo 1 - Fundamentos, Buenos Aires, editorial Del Puerto, 2º edición, 1996, pag. 664/665

⁴³ BINDER, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*, editorial AdHoc, 2º edición, 7º reimpresión, 2016, pags. 181/182

que “voluntariamente” exprese su participación delictiva. Podrá decirse que en realidad la “voluntad” en estos casos está viciada, justamente porque quien habla no sabe que su acto es una “autoincriminación” Pero ello no es cierto: quien confiesa un delito ante su confesor, su psicoanalista o un tercero, sabe que está confesando un delito, y lo hace voluntariamente. Lo que no sabe es que su acto está siendo registrado por quien lo escucha, y que ello será llevado como prueba ante un tribunal. El límite está, en todo caso, en la obligación legal de ciertos “terceros” de guardar secreto.”⁴⁴

Éste parece ser el sentido que previó el legislador al postular la prohibición de valerse medidas que afecten la **dignidad** del imputado. Es decir que se adopta el concepto de dignidad que tomó nuestra Corte Suprema en el precedente “Baldivieso”⁴⁵, entendido como un valor supraconstitucional que prohíbe que el poder punitivo se aproveche del estado de vulnerabilidad –en ese caso, por el riesgo de muerte- en el marco del que se produce la situación o declaración autoincriminante.

Desde otra perspectiva, si entendemos a la **dignidad** como principio moral liberal –también supraconstitucional- que determina la libre disponibilidad de los derechos, de ello se deriva la posibilidad de autoincriminación libre. Es que, así como el principio de inviolabilidad limita el principio de autonomía; el principio de dignidad funciona como un límite a la inviolabilidad al hacer admisibles las restricciones a la autonomía cuando ellas son consentidas por los propios afectados⁴⁶. Es decir que determina un manejo dinámico de los derechos sobre la base del consentimiento de los individuos. Y en este tipo de casos, tal como postula Bertoni, es voluntaria la confesión o aporte incriminatorio que realiza el agente, dejando librada la posibilidad de delación a la voluntad de quien recibe la información.

Entonces se puede concluir que la prohibición de autoincriminación activa no se vincularía necesariamente con estas situaciones, ya que no existirían vicios en la voluntad de quien habla de forma “libre”. Es decir, lo esencial del análisis debe recaer sobre la voluntariedad con la que se ha expresado el agente. Es regla básica que el

⁴⁴ 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, pag. 8

⁴⁵ CSJN “Baldivieso, César Alejandro s/ recurso de hecho” causa nro. 4733, rta. 20/04/10. En este precedente la Corte tomó el criterio del fallo plenario de la Cámara Criminal y Correccional “Natividad Frías”.

⁴⁶ NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, editorial Astrea, primera edición 1992, quinta reimpresión 2017, pags. 174/177

estado no puede valerse de medios ilegales para los fines de la persecución penal. Entonces, de lo que se trata es de señalar que, en general, en estos casos no se vulnera la garantía que protege a la autoincriminación ya que la base de la obtención de la confesión radica en la voluntariedad con la que el agente se expresa. Si esta voluntariedad se viera afectada por el particular mediante la imposición de apremios físicos o psicológicos, la prueba no podría ser aceptada en el proceso.

ii. Derecho de defensa y control de la prueba preconstituida

Por otro lado, se plantea que este tipo de elementos y la forma de su obtención, sin la intervención de la defensa, afectan el contradictorio, derivación del derecho de defensa contenido en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional que impone la inviolabilidad de la defensa en juicio⁴⁷. Esta situación se pondría de manifiesto principalmente en los casos en los que el elemento de prueba es obtenido con anterioridad a la formalización del proceso.

La garantía del contradictorio es el único método que permite contestar adecuadamente la acusación, controlar las pruebas ya producidas e incorporadas al debate y participar en la formación de nuevas. En este sentido, Guzmán desarrolla un estudio de la garantía del contradictorio en cuatro niveles y como método de averiguación de la verdad. Así, en lo relevante para este análisis, reconoce tres requisitos para realizarlo correctamente y no violar el derecho de defensa. El primero se vincula con el conocimiento sobre la acusación y las pruebas ya constituidas que la confirmarían. El segundo es la facultad de buscar las fuentes de prueba y el tercero participar activamente en la formación del material probatorio y, cuando se trata de pruebas producidas en instancias anteriores, realizar un adecuado control sobre aquellas.

Así, el autor indica que el contradictorio se resume en la posibilidad de que las partes participen activamente en la formación de la prueba y en el momento de su valoración, destinado a funcionar sólo en el proceso: “Las marcas que deja en el asfalto la frenada de un automóvil o un documento administrativo no se forman con el contradictorio entre las partes, pero no por esa razón son excluidos del proceso. El hecho de que en la formación de pruebas de esta naturaleza no se actúe el

⁴⁷ Ferrajoli señala que la garantía del contradictorio es la posibilidad de refutación de la acusación o contraprueba, y así, “la garantía de la defensa consiste precisamente en la institucionalización del poder de refutación de la acusación por parte del acusado”, es decir, la institucionalización del contradictorio. FERRAJOLI, Luigi *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta. Madrid. 1995, traducción de AAVV., título original *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, pags. 150/151.

contradictorio –por la obvia razón de que él resulta *irrealizable*- no implica su posterior inutilizabilidad. Al contrario, ellas bien pueden ser incorporadas al proceso y luego ser colocadas por el juez en la base de su decisión. Sin embargo, el valor que dichos elementos puedan tener para la decisión final dependerá de que las partes hayan tenido o no hayan tenido efectivamente la posibilidad de confrontarlos. De esta situación podemos decir en una primera aproximación que el contradictorio opera en dos niveles distintos: en un primer nivel, como principio *para la formación* de la prueba; en un segundo nivel, como principio *para el control* de la prueba ya producida. En formulas reducidas: contradictorio *para* la prueba y *sobre* la prueba”⁴⁸.

Según estas formulaciones que desarrolla Guzmán, el contradictorio **para** la prueba implica la participación directa en su formación. Ésta regla solo puede operar en el proceso, con relación a las pruebas que allí se producen y no con relación a las pruebas creadas por fuera –que no por tal razón deben ser inadmisibles⁴⁹-.

Por su parte el contradictorio **sobre** la prueba implica el control de la prueba existente, sea formada en el proceso o previo al debate –y por consiguiente sin el contradictorio de las partes-. Esto implica no sólo analizar aquellas pruebas producidas sin la participación de la defensa, su relevancia y admisibilidad, sino también proponer otras que puedan desacreditar los extremos que las primeras pretenden acreditar.

En este sentido también se pronuncia Taruffo, quien sostiene que: “La regla del contradictorio puede funcionar, ante todo, como control en la identificación del

⁴⁸ GUZMÁN, Nicolás, *La verdad...* ob. citada, pags. 148/153

⁴⁹ Al respecto, Taruffo concluye que “pueden formarse pruebas de muchos modos que no están en absoluto regulados por la ley. Basta pensar que los indicios materiales se forman (se crean) de modos no «legales»: la huella de un zapato en el barro o de una rueda sobre el asfalto no se crean ciertamente mediante un procedimiento jurídico, pero tampoco una fotocopidora o una cámara de vídeo funcionan con modalidades jurídicas, y lo mismo puede decirse de una infinidad de elementos de prueba que se crean con modalidades no reguladas por la ley y que son totalmente irrelevantes para ésta. También el control sobre la aceptabilidad o la autenticidad de estas pruebas se realiza siguiendo modalidades diversas (lógicas, técnicas, científicas) que a menudo son absolutamente extrañas a cualquier regulación jurídica. Naturalmente, estos aspectos de «no legalidad» en los procedimientos de formación de las pruebas no excluyen *a priori* que puedan ser utilizadas en la determinación judicial de los hechos cuando sean relevantes para ello (...) Por sí misma, la circunstancia de que una cosa o una declaración se haya producido no en violación sino fuera del ámbito de aplicación de las normas relativas a la formación de las pruebas no es razón suficiente para excluir la posibilidad de su utilización a los efectos probatorios, siempre que esa cosa o esa declaración sean relevantes para la determinación de un hecho.”. TARUFFO, Michelle, *La prueba de los hechos*, 2º edición, 2005, editorial Trotta, traducción de Jordi Ferrer Beltrán, título original *La prova dei fatti giuridici*, pags. 379/384.

material probatorio destinado a constituir la base para la decisión. Ésta constituye, en realidad, el fundamento de dos actividades de las partes (...) la primera de esas actividades consiste en contestar la admisibilidad y la relevancia de las pruebas propuestas por la otra parte u ordenadas de oficio por el juez; la segunda consiste en la proposición de pruebas contrarias a las propuestas por la otra parte o dispuestas de oficio por el juez”⁵⁰.

De lo expuesto se concluye que la producción del elemento de prueba subrepticio por fuera del proceso y sin la intervención de la defensa no implica una afectación a la garantía del contradictorio, ya que aquella se verá satisfecha siempre que sea posible para la parte en el debate controlar su admisibilidad, relevancia, analizarla y ofrecer otros elementos para desacreditarla o lo que pretenden acreditar. Es decir, mediante el contradictorio **sobre** la prueba.

En una línea argumental similar y correspondiente a un acotado universo de casos, se ha planteado que el anonimato del interlocutor que realiza la grabación subrepticia violaría la posibilidad del acusado de sugerir prueba para desvirtuar la grabación e interrogar al testigo, por la lógica imposibilidad de convocarlo al debate por desconocer su identidad.

Esta circunstancia se suscitó en el marco del pedido de enjuiciamiento de Rodolfo Antonio Herrera. El nombrado era el titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial nro. 3 de Capital Federal cuando tramitaba en su juzgado el proceso de quiebra del club “Ferrocaril Oeste”. En ese contexto mantuvo conversaciones con el arquitecto Etcheverry -socio de la institución- y con una persona que se presentó como representante de inversores franceses negociando los términos para arreglar una licitación respecto de los terrenos del club. Estas conversaciones fueron coordinadas por un equipo del programa televisivo “Telenoche Investiga” y filmadas de forma subrepticia por el supuesto inversor. Luego, fueron editadas y emitidas en el programa periodístico del 3 de diciembre de 2003.

El 14 de marzo de 2005 el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación resolvió remover al nombrado por las causales de mal desempeño. En la votación, la mayoría del jurado excluyó del proceso la grabación por cámara oculta por entender que afectaba el derecho a la privacidad, a la prohibición de autoincriminación y a la defensa en juicio de Herrera. Sin embargo, entendieron que

⁵⁰ TARUFFO, Michelle, *La prueba de los hechos*, 2º edición, 2005, editorial Trotta, traducción de Jordi Ferrer Beltrán, título original *La prova dei fatti giuridici*, pag. 428

la versión editada que se había transmitido en el programa periodístico era un hecho de la realidad que no podía ser ignorado y que era equivalente a una denuncia o anoticiamiento, que habían generado distintas actuaciones que habían iniciado el proceso, en el cual se produjeron las probanzas, que eran independientes de aquella grabación excluida.

La particularidad que presentaba el caso era que el supuesto inversor francés había mentido respecto de su identidad y de la representación de que había invocado y había acordado con la producción del programa periodístico que su identidad no fuera divulgada. Cuando se requirió al programa la identidad del interlocutor que había realizado efectivamente la grabación, respondieron que no contaban con la información, que cuando la persona se ofreció a cumplir ese rol había requerido que se resguarde su identidad y asumió el carácter de fuente siempre que la producción “asumiera el compromiso irrenunciable de reservar su identificación como fuente de información”. Esta circunstancia condujo a que fuera imposible identificar al autor de la grabación y eventualmente convocarlo.

Los miembros de la mayoría del Jurado de Enjuiciamiento entendieron que:

“La imposibilidad de convocar a la persona que portaba la cámara oculta vulnera en el caso el debido proceso y la defensa en juicio del juez acusado al impedirle proponer los medios probatorios pertinentes destinados a desvirtuar los producidos, y especialmente la posibilidad de interrogar o hacer interrogar al testigo de cargo, pues ignora los datos que lo individualizan (arts. 18 de la Constitución Nacional; 14 inc. e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 8 inc. f) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).”

“Las disposiciones legales mencionadas acreditan el derecho que se reconoce a la persona sometida a proceso de proponer los medios probatorios pertinentes destinados a desvirtuar los producidos. Este derecho no puede ejercerse ‘respecto de la testimonial si aquél ignora por completo los datos que individualizan, con la debida precisión a la persona que la prestó, impidiéndole a través del conainterrogatorio, tomar conocimiento de los diversos factores que gravitan en la credibilidad de la declaración, como son, entre otros, las aptitudes sensoriales del testigo, sus condiciones físicas y psíquicas, las circunstancias que rodearon la percepción del hecho o hechos, así como si el testigo tiene interés, por cualquier motivo, en la forma en que se resuelva la causa...’(Lino Palacio, ‘El testigo de

identidad reservada y las garantías constitucionales’, Suplemento de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal, LL., 27 de septiembre de 2004)...”⁵¹

Entonces y sin perjuicio de que entendieron que la grabación vulneraba otras garantías, corresponde detenerse en este análisis puntual y preguntarse si, como afirmó el jurado, la imposibilidad de recibirle declaración testimonial al interlocutor que realizó la grabación subrepticia viola el derecho de defensa del imputado, por cuanto impide el conainterrogatorio del testigo y la posibilidad de atacar -mediante otros elementos de prueba- el contenido de la grabación.

Al respecto, entiendo que el jurado postuló un argumento erróneo al asociar el conainterrogatorio del testigo con la imposibilidad de atacar la grabación cuestionada, ya que se trata de elementos probatorios independientes y escindibles. Por un lado, la prueba documental que registra un hecho de la realidad, en este caso, una conversación y, por el otro, la declaración testimonial de quien resultó ser uno de los interlocutores, independientemente de que fuera quien realizó la grabación, como analicé en el punto IV.B.

Como vimos, que el elemento de prueba se produzca por fuera del debate no implica su inadmisibilidad, siempre y cuando el contradictorio sobre la prueba se vea satisfecho. Así, la postura adoptada contiene una falacia *ignoratio elenchi*, en cuanto intenta sostener la inadmisibilidad de un elemento probatorio por las apreciaciones que efectúa sobre otro diferente e independiente. En efecto, se hizo especial hincapié en que recibirle testimonial al interlocutor permitiría mediante el conainterrogatorio “tomar conocimiento de los diversos factores que gravitan en la credibilidad de la declaración, como son, entre otros, las aptitudes sensoriales del testigo, sus condiciones físicas y psíquicas, las circunstancias que rodearon la percepción del hecho o hechos, así como si el testigo tiene interés, por cualquier motivo, en la forma en que se resuelva la causa”. Sin embargo, entiendo que estas circunstancias que la defensa podría atacar no guardan relación con el elemento de prueba documental -la grabación- de una conversación, sino respecto de lo que el testigo podría recordar de aquella.

Pensemos entonces en el siguiente caso: existen grabaciones de conversaciones del acusado en una causa de tráfico de estupefacientes, producto de una intervención telefónica dispuesta por el magistrado correspondiente. La intervención no posee ningún vicio que podría determinar su exclusión y las

⁵¹ Fallo del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación en la causa N° 11 caratulada "Doctor Rodolfo Antonio Herrera s/pedido de enjuiciamiento" del 14 de marzo de 2005

grabaciones contienen conversaciones en las que el acusado ofrece estupefacientes a los diversos compradores que se comunican con él. Ésta prueba fue esencial en la acusación para acreditar la finalidad de comercio con la cual tenía en su poder la droga que eventualmente le fue secuestrada. ¿Podría la defensa atacar la validez de la medida de coerción —o más bien, de su resultado- si el tribunal no identificara a los múltiples interlocutores (compradores) y los convocara al juicio para que presten declaración y la defensa pueda contrainterrogarlos? Suena descabellado porque, precisamente, la prueba testimonial difiere de la documental que contiene la grabación y consecuentemente es distinto el examen y control que debe producirse para evaluar su aceptabilidad.

El contrainterrogatorio de un testigo persigue una finalidad diferente a la que podría buscar la producción de elementos de prueba para cuestionar el contenido de la grabación o del hecho que intenta probar. No se trata de cuestionar la declaración de una persona por su percepción o recuerdo de los hechos o por el interés que podría tener en el resultado del proceso, sino, más bien, de atacar el contenido de la grabación —por ejemplo: su autenticidad, credibilidad o relevancia-. Por este motivo entiendo que este argumento no es válido para sostener una afectación al derecho de defensa, ya que no se afectaría en estos casos el derecho al contrainterrogatorio del imputado o, dicho de otra forma, no se afectaría por esta razón el contradictorio **sobre** la prueba.

De ello se deriva otra cuestión: cómo el elemento de prueba fue conformado sin seguir su modalidad legal de control —inexistente en el caso del empleo de medios subrepticios- no serán aplicables los mecanismos de control típicos que prevé la legislación, pero sí otros mecanismos de control sobre su autenticidad y credibilidad para evaluar la aceptabilidad de la prueba⁵².

⁵² TARUFFO, Michelle, *La prueba...*, ob. cit., pag. 387. El autor explica: “...es verdad que la formación de una prueba sin las modalidades legales de control crea problemas de aceptabilidad de la prueba, pero estos se plantean, y se resuelven, precisamente en el momento en el que la aceptabilidad de la prueba se establece a los efectos de la decisión sobre el hecho. Obviamente, esto no significa que la valoración sobre la aceptabilidad de la prueba no pueda estar precedida y asistida por controles adecuados sobre la autenticidad y credibilidad de la misma. En efecto, están excluidos los controles «típicos» que la ley prevé específicamente para determinadas pruebas (por ejemplo, la impugnación de la autenticidad para el acto público), pero no están en absoluto excluidos otros controles, si resultan necesarios. Así, se podrá demostrar que un documento atípico es falso o ha sido manipulado o que un indicio material ha sido predispuesto *ad hoc* o bien que una declaración extrajudicial no es creíble, empleando todos los elementos de conocimiento o de convicción oportunos. Como es evidente, la inaplicabilidad de algunos controles específicos no significa la total imposibilidad de controles sobre la aceptabilidad de la prueba

iii. Privacidad de las comunicaciones

Por otro lado, se ha afirmado que las grabaciones de conversaciones telefónicas equivalen a una escucha clandestina o ilegal, lo que importaría su exclusión como medio de prueba. Sin embargo, resulta vital discernir en este supuesto *quién* realiza la grabación para su análisis.

Si una persona realiza una interceptación de las comunicaciones de otra mediante, por ejemplo, un hackeo de su teléfono celular, o implantando un dispositivo de grabación en su teléfono fijo sin que éste lo sepa, no caben dudas de que habría una intrusión ilegítima y que la prueba obtenida de esta forma no tendría validez en un proceso penal. Esta conducta, así como la difusión del contenido, se encuentran incluso reprimidas por el ordenamiento sustantivo⁵³.

Sin embargo, si una persona registra las conversaciones que mantiene y luego alguna de ellas es utilizada como medio de prueba en un proceso, no podría afirmarse que se trata de una intervención telefónica ilegal y postular su exclusión, aunque el acusado desconociera que la conversación estaba siendo grabada. En este sentido se pronunció la entonces Cámara Nacional de Casación Penal en el caso “Barberá” asimilando las grabaciones de las comunicaciones telefónicas con la presentación de cartas misivas, que pueden ser aportadas por sus dueños o destinatarios sin que exista violación a la garantía que protege la correspondencia epistolar⁵⁴.

⁵³ El art. 153 del Código Penal de la Nación establece que: “Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses el que abriere o accediere indebidamente a una comunicación electrónica, una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una comunicación electrónica, una carta, un pliego, un despacho u otro papel privado, aunque no esté cerrado; o indebidamente suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o una comunicación electrónica que no le esté dirigida. En la misma pena incurrirá el que indebidamente interceptare o capture comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido. La pena será de prisión de un (1) mes a un (1) año, si el autor además comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito, despacho o comunicación electrónica. Si el hecho lo cometiere un funcionario público que abusare de sus funciones, sufrirá, además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena”.

En otro trabajo he formulado críticas a una posición que pretendía crear una excepción ad-hoc que legitimara la persecución penal con base en conductas delictivas similares. Sobre este punto me remito a lo expuesto en aquel trabajo: CHIARADIA, Juan Manuel y CAGLIERO LOMAZZI, María Camila, “Las Garantías en serio: contra la pretensión de crear excepciones “ad hoc”. Réplica a Mariano Parodi”, publicado en Revista Pensamiento Penal nro. 467, mayo de 2023, puede compulsarse en <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/90777-garantias-serio-contra-pretension-crear-excepciones-ad-hoc-replica-mariano-parodi>

⁵⁴ CNCP, Sala III, Causa nro. 2.084, del 23/03/00

Si bien no sería equiparable una conversación con la prueba documental que puedo enviar por escrito (la correspondencia), resulta lógica la analogía ya que la grabación solo prueba que la conversación tuvo lugar y sirve para reforzar lo que podría declarar el interlocutor, sea de la conversación o de la correspondencia. En idéntico sentido debería admitirse la presentación de los registros de conversaciones por mensajes de texto, e-mails, redes sociales, aplicaciones de mensajería, etcétera. Salvo circunstancias concretas en las cuales se acredite la intromisión o una conducta ilícita, como regla general podemos sostener que quien participa de una conversación –por el medio que sea- puede registrarla y aportar dichos registros al proceso.

iv. Inviolabilidad del domicilio

Otro de los argumentos que se han utilizado para postular la exclusión de las grabaciones subrepticias responde al ámbito en el que se mantuvo la conversación y dónde se produjo la grabación, distinguiendo para el examen entre los espacios públicos y los privados. Para el presente análisis nos limitaremos a los espacios privados, sobre los que se ha invocado la violación a la garantía de inviolabilidad de domicilio, y dejaremos los públicos para el próximo punto, ya que, como veremos, si la grabación se produce en un espacio público no se vinculará con esta garantía, sino, más bien con las nociones de intimidad y de expectativa de privacidad. Como dije, sobre las grabaciones subrepticias en ámbitos privados como el domicilio, una oficina cerrada al público y demás, se ha invocado la violación a la garantía mencionada para postular su exclusión.

Así, Bertoni sostiene la invalidez de las grabaciones efectuadas en los ámbitos privados sin consentimiento de la persona grabada con cita del precedente “Dietman v. Time Inc.” del Tribunal de Circuito 9 de los Estados Unidos de 1971. Puntualmente reparó en que en aquel caso: “El tribunal dijo que ‘cuando uno invita a otra persona a su casa u oficina asume el riesgo de que el visitante no sea quien parece ser, y que el visitante pueda repetir todos lo que escucha y observa durante la visita. Pero de allí no se desprende que quien invita a otro acepta también el riesgo de que lo que vio o escuchó sea transmitido por fotografías o grabaciones audiovisuales. Una interpretación diferente tendría perniciosos efectos sobre la dignidad humana’...”⁵⁵

⁵⁵ BERTONI, Eduardo 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. [Nota en el texto citado] 449 F.22. 245 (9th Cir. 1971).

Esta parece ser la posición asumida por la mayoría de los miembros del jurado de enjuiciamiento de magistrados en el caso Herrera citado anteriormente. En aquella ocasión sostuvieron que el despacho del magistrado constituía un espacio privado y que el consentimiento prestado para el ingreso de la persona que filmó las conversaciones se encontraba viciado por el engaño sufrido y desconociendo que grabaría la conversación. Concluyeron entonces que: "...ese consentimiento viciado no puede legitimar el acceso al lugar privado (su despacho) e inferir de ello que Herrera se despojó voluntariamente de su derecho a la privacidad"⁵⁶.

Por otro lado, Bovino y Pinto examinaron la jurisprudencia de la entonces Cámara Nacional de Casación Penal y concluyeron que la tendencia jurisprudencial aceptaba en casi todos los casos la prueba preconstituida por particulares, enunciando ciertos principios que derivaron del análisis desarrollado, siendo uno de ellos que: "El ingreso al domicilio del imputado no constituye una violación de morada cuando las personas ingresan con su consentimiento, a pesar de que ingresen con identidad simulada –v. gr., periodista que no informa sobre su profesión-. El consentimiento dado se considera voluntario aun cuando el imputado no posea toda la información relevante"⁵⁷.

Frente a estas dos posturas entiendo que, si el acceso al espacio privado fue dado con el consentimiento del titular del derecho de exclusión, mal puede afirmarse que se haya violado la garantía de inviolabilidad de domicilio. En efecto, recaemos nuevamente en la voluntariedad con la cual el agente permitió el acceso y brindó la información incriminante. El argumento que encierra "Dietman v. Time Inc." y que desarrolla Bertoni, no se vincula como se ve, con esta garantía, sino con la *intimidad*, afectación que se tratará en el punto siguiente⁵⁸. Podemos concluir entonces que no

⁵⁶ La mayoría del jurado consideró que: "El derecho de todo individuo a 'ser dejado solo' se aviene al ejercicio por parte del juez del derecho de admisión y exclusión de las personas que pueden ingresar a su despacho, el que -no cabe duda- no es un lugar público sino privado. Si bien en el caso el magistrado confirió permiso para el ingreso de estas dos personas a su despacho, debe advertirse que lo hizo motivado en el engaño sufrido no sólo por él, sino también por el tercero intermediario. Herrera abrió sus puertas en la creencia que efectivamente se trataba de un señor de Bahía Blanca que representaba inversionistas franceses y sin imaginarse que pudiera portar oculta una cámara de video." Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación en causa N° 11 caratulada "Doctor Rodolfo Antonio Herrera s/pedido de enjuiciamiento", sentencia del 14 de marzo de 2005

⁵⁷ BOVINO, Alberto y PINTO, Federico, "La prueba...", ob. citada, pag. 296

⁵⁸ A fin de evitar malentendidos corresponde señalar que Bertoni analiza la cuestión desde la óptica de la expectativa de privacidad y no relaciona estos casos con la garantía de inviolabilidad del domicilio.

puede invocarse la violación a esta garantía si el afectado prestó libremente su consentimiento y autorizó el acceso al ámbito privado.

V.- Privacidad e intimidad frente a las nuevas tecnologías

El examen de las posibles vulneraciones a garantías constitucionales efectuadas en el punto IV.C permite advertir que, en definitiva, el argumento común que subyace en todos los apartados es el de la violación a la privacidad o intimidad cuando una persona es grabada sin su consentimiento. Ese viene a ser en definitiva el derecho que realmente podría verse vulnerado por la utilización de los medios subrepticios en las condiciones planteadas⁵⁹.

El Código Procesal Penal Federal reglamenta en su artículo 13, algunas garantías contenidas en el artículo 18 de la Constitución Nacional, resumiéndolas en la protección de la intimidad y privacidad. Textualmente establece que “Se debe

⁵⁹ Los posibles grupos de casos son más amplios. Por ejemplo, se ha discutido en algunos precedentes locales la viabilidad de utilizar VANTs (vehículos aéreos no tripulados, comúnmente llamados drones) 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, anulo 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)

respetar el derecho a la intimidad y a la 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”.

Sin embargo, para evaluar en forma general las posibles afectaciones a la privacidad o intimidad (conceptos diferentes y cuyo contenido suscita diversas interpretaciones)⁶⁰ podemos decir que existen dos cuestiones de relevancia a analizar: **a)** el ámbito en el que se produce la conversación (espacio público o privado) y **b)** el medio empleado para aquella y/o su registro.

a. Ámbito en el que se produce

Retomando lo expuesto respecto del ámbito en el que se produce la grabación, y con relación a las nociones de intimidad y privacidad, debemos distinguir para el examen entre los espacios públicos y los privados.

Así, podemos preguntarnos si existe afectación cuando una conversación que mantienen dos personas en un espacio privado es registrada por una de ellas. Este es el argumento que encierra “Dietman v. Time Inc.” -y que desarrolla Bertoni- y que podría resumirse en el siguiente enunciado: autorizar el ingreso al domicilio no equivale a consentir que quien entra registre (por cualquier medio audiovisual) el lugar o las conversaciones que allí podrían darse, por cuanto ello implicaría una violación a la expectativa de intimidad que cada uno posee en su residencia⁶¹.

Este enunciado parece entrar en colisión con el criterio que establecía la validez del registro audiovisual (incluso subrepticio) de cualquier conversación, siempre y cuando sea uno de los interlocutores quien efectúa la grabación, ya que

⁶⁰ 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...*, ob. cit., pags. 304/335

⁶¹ 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

limitaría el criterio a que la grabación no sea realizada en un espacio privado donde el filmado posee una expectativa razonable de intimidad.

La cuestión es compleja. No puede negarse que uno cede parte de su intimidad cuando invita a otra persona a ingresar a su hogar por cuanto acepta, al franquearle el acceso, que tome conocimiento de ese espacio personal privado. Y si bien podría limitar o restringir el acceso a ciertas habitaciones del inmueble y habilitarlo a otras (por ejemplo, si el plomero ingresa a mi domicilio para reparar la cocina, no puede inferirse que tiene también permitido ingresar a mi habitación), lo cierto es que aquella habilitación que otorga quien posee el derecho de exclusión no puede ser entendida solo “para ingresar” por cuanto trae aparejado que el otro tome conocimiento de las cosas que allí poseo.

El ingreso y el conocimiento que pudiera adquirir de ese espacio privado quien ingresa no pueden implicar consentimiento para que el otro tome fotografías o grabaciones dentro de este ámbito. Sin embargo, no puede desconocerse que aquella es una posibilidad real y previsible que podría asumirse cuando se permite el ingreso de una persona al domicilio. Más aún cuando hoy en día todos llevamos con nosotros teléfonos celulares que poseen funcionalidades para grabar y tomar fotos, por lo que podría considerarse que se aquella posibilidad se encuentra implícita en el “riesgo” que se asume al franquear el acceso. Pero que ocurra o pueda razonablemente ocurrir no es un argumento válido cuando lo que se estudia es el alcance de garantías constitucionales por encerrar una falacia naturalista⁶².

Partimos así del enunciado que propone la postura de Bertoni. Sin embargo, extendiendo el criterio mencionado, ¿podría, en resguardo de “la expectativa de intimidad”, excluirse el conocimiento que tenga una persona por un ingreso legítimo a un domicilio en estos términos? O puesto de otra forma, ¿podría eventualmente excluirse lo que pudiera declarar un testigo sobre lo que observó en el domicilio del acusado o sobre las conversaciones que allí tuvieron lugar con apoyo en la expectativa de intimidad del último?

⁶² Ello es así por intentar traspasar del plano del *ser* (que ocurre) una regla del plano del *deber ser* (que está bien que ocurra y se debe aceptar). Precisamente, se afirma que entre ambos planos existe un abismo lógico ya que del enunciado de que algo *es* no se deriva (concluye) que algo *deba ser*, así como del enunciado de que algo *deba ser* no puede ni debe concluirse que algo *es*.

Tampoco parece una solución razonable. Resulta evidente que hay una diferencia esencial entre el conocimiento que adquiere el testigo y el registro audiovisual que da cuenta de eso que conoció y allí radica el problema.

Jauchen sostiene que cuando un sujeto comete un delito está quebrantando la seguridad jurídica y entonces el “aparente conflicto que se suscita entre la garantía del derecho a la intimidad de un delincuente frente al de la seguridad jurídica, es obvio que la balanza se inclina con todo el peso que representa a favor de la seguridad jurídica de la comunidad toda, y sucumbe por completo aquella garantía (...) toda conducta delictiva lleva ínsita con todo ello una ilegítima injerencia en la intimidad de la víctima. De este modo el sujeto que comete un delito afecta la intimidad de otro y no actúa por lo tanto él íntimamente. El delincuente no podría ampararse en el derecho a la intimidad, lo que es un despropósito inconcebible, una idea aberrante”⁶³.

En realidad, lo aberrante es el razonamiento que subyace a la idea de Jauchen: cuando alguien es acusado o señalado como involucrado en alguna conducta delictiva perdería automáticamente cualquier posibilidad de ejercer sus derechos y garantías constitucionales. Parecería que antes que nada deja de lado el principio constitucional de inocencia, pero aún en un supuesto donde aceptemos la existencia, responsabilidad y culpabilidad sobre la conducta delictiva de un agente, lo cierto es que ello no importa que el poder punitivo deba dejar de lado el respeto de sus garantías constitucionales, más bien, todo lo contrario. La defensa de la seguridad jurídica como fin que justifica cualquier violación a derechos o garantías resulta totalmente inaceptable en nuestro estado de derecho. Un razonamiento de este tenor nos posiciona en la lógica del llamado **derecho penal del enemigo**, rechazado fuertemente en un pensamiento sobre nuestras bases constitucionales, en la cual se le niegan los derechos al autor, excluyendo del marco legal de protección y garantías del ciudadano, para convertirse en el enemigo o, como también se lo describe, en una no-persona⁶⁴.

Desde otro lado, Bovino y Pinto descartan la aplicabilidad de la doctrina de la expectativa de privacidad en nuestro derecho, pero sostienen que la grabación

⁶³ JAUCHEN, Eduardo, *Tratado de la prueba penal en el sistema acusatorio adversarial*, 1º edición, 2017, ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, pags. 143/144

⁶⁴ RAFECAS, Daniel. *Derecho penal sobre bases constitucionales*, 1º edición, Buenos Aires, 2021, pag. 47.

subrepticia realizada por un periodista en el domicilio particular del imputado debe ser declarada inválida, porque el contenido del derecho de dominio con relación al inmueble que es el domicilio impide que el periodista realice la grabación sin el consentimiento del propietario. Esta línea argumentativa ya fue tratada anteriormente (IV.C.iv), por lo que no corresponde detenerse en este punto.

Sin perjuicio de ello, afirman que si fuera determinante la expectativa de intimidad deberían excluirse declaraciones de otros testigos que escucharon la conversación que se pretende probar pero que estaban ocultos en el lugar donde se reunieron la víctima y el imputado, sin que este último tuviera conocimiento de su presencia; “Si esto fuera así, podríamos analizar si, en realidad, no se trata simplemente de que la persona que está siendo grabada no sabe que se está obteniendo un medio de prueba que puede ser considerado **más creíble** que una simple declaración testimonial. En esta circunstancia habría que preguntarse si esa falta de conocimiento resulta relevante. Ello porque no existe un derecho a medir y consentir el grado de credibilidad de los posibles medios de prueba que pueden ser utilizados para demostrar actos voluntarios del imputado, a menos que exista una regla jurídica que impida la producción de ese medio de prueba”⁶⁵.

Concluyen entonces que recurrir a la “expectativa de intimidad”, sujeta únicamente a los variables criterios judiciales supone una inseguridad jurídica que pondría en peligro los derechos de quienes son perseguidos penalmente e impediría a la víctima el legítimo ejercicio de su derecho a no ser prohibido de hacer lo que la ley no prohíbe.

Por otro lado, debemos preguntarnos si se afecta la intimidad cuando se registra una conversación en un espacio público. Para este examen también resulta relevante determinar quién realiza la grabación. Si fuera uno de los interlocutores podemos sostener que no hay razones para excluir la prueba por los argumentos desarrollados anteriormente, independientemente de que quien realiza la grabación sea la víctima de un delito o un tercero. Como vengo sosteniendo, es irrelevante quién produce el registro desde la óptica de si fuera la víctima de un delito o un tercero. Sin embargo, resta definir el alcance con el que puede aceptarse que un tercero registre una conversación o un hecho del que no hubiera participado.

No se trata de la grabación de un hecho, por ejemplo, por una cámara de seguridad implantada en el lugar, o de la grabación de un hecho delictivo en

⁶⁵ BOVINO, Alberto y PINTO, Federico, “La prueba...”, ob citada, pag. 300, el destacado me pertenece

ejecución, sino más bien del registro directo de una conversación que podría resultar incriminante, por parte de una persona que no participa en aquella, sea planeado o no.

Si ingresamos a un lugar con cámaras de seguridad, o 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. Tampoco 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-.

Tampoco 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 valor⁶⁶.

El supuesto que debemos analizar es aquél en el que una persona registra una conversación entre otras personas. Por ejemplo, un periodista que de forma encubierta graba una reunión entre un político y un empresario de dudosa reputación o una víctima que planea encontrarse con su victimario para confrontarlo y le pide a un amigo que grabe la conversación desde la distancia.

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

⁶⁶ El riesgo sobre la vida o la integridad física en resguardo de la propiedad privada de un tercero.

limitados, está en condiciones de realizar este tipo de intrusiones. Esto supone reconocer que estas pruebas siempre implican intrusión. Así, todas las cámaras ocultas o grabaciones subrepticias –aún aquellas efectuadas por la víctima- no podrían ser valoradas”. Sin embargo, Bertoni advierte que esta conclusión solo alcanza un grupo de casos que no abarcan aquellos ejemplos en los que la víctima registra el comienzo de ejecución de un delito en su perjuicio. Es decir, recurre al argumento de la legítima defensa con los alcances que expuse anteriormente.

Por su parte, Bovino y Pinto consideran que esa conclusión carece de apoyo en nuestro ordenamiento jurídico. Señalan con acierto que el concepto de “privacidad” que toma Bertoni es lo que Nino define como “intimidad”, que únicamente estaría protegido por el artículo 1071 bis del antiguo Código Civil, que sancionaba a quien se entrometiere en la vida ajena “publicando retratos, difundiendo correspondencia, modificando a otros en sus costumbres o sentimientos o perturbando de cualquier modo su intimidad”⁶⁷. Advirtieron que quien realiza entonces un registro audiovisual de una conversación no caería en la órbita de las acciones prohibidas por aquella norma. Refuerzan estas conclusiones citando el precedente “Ponzetti de Balbín”⁶⁸ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y concluyen que: “Lo que deja claro este fallo son dos cuestiones: a) que las circunstancias de hecho fueron consideradas extremadamente relevantes y resultaban sumamente intrusivas; y b) que el derecho a la intimidad cede ante un interés superior, entre el cual se encuentra la persecución del delito”⁶⁹.

Si mantengo una conversación en un espacio público no existe ningún impedimento para que un tercero ajeno escuche parte de esta o su totalidad. Consecuentemente, podría declarar sobre lo que vio y escuchó. Entonces, debemos preguntarnos nuevamente y para resolver el problema, cuál es la diferencia entre lo que el testigo podría declarar y lo que podría haber registrado por medios audiovisuales. En este punto, coincido con Bovino y Pinto en cuanto a que no existe

⁶⁷ El actual Código Civil y Comercial de la Nación posee una regulación similar en su artículo 1770 que establece: “Protección de la vida privada. El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación.”

⁶⁸ CSJN, Fallos 306:1892

⁶⁹ BOVINO, Alberto y PINTO, Federico, “La prueba...”, op. citada, pag. 299

ninguna prohibición para que los hechos que ocurren en lugares públicos sean registrados por terceros.

Si bien es cierto lo sostenido por Bertoni sobre que una grabación podría ser “más difícil de rebatir en juicio”, ello no conduce lógicamente a la exclusión de la prueba. La única forma en que podría aceptarse la exclusión es si la grabación fue obtenida de forma realmente intrusiva, encontrándonos nuevamente en el problema de definir el alcance de razonabilidad y proporcionalidad de la intrusión. Este razonamiento no distingue de lo que pueda ser registrado en un espacio público o privado, eliminando aquella diferenciación. Lo que resulta realmente importante es establecer si se trascendieron seriamente los límites de privacidad e intimidad de una persona.

En un espacio público la conducta adoptada puede ser altamente intrusiva, y en un espacio privado como el domicilio la conducta podría no ser necesariamente invasiva de la intimidad. Para definir, deberá el juzgador realizar un análisis de razonabilidad y proporcionalidad en cada caso concreto, es decir, realizar un control de constitucionalidad para determinar la admisibilidad de la prueba. Para esos fines puede resultar útil el test propuesto por Parent y que recoge Nino, para determinar si la invasión a la intimidad de otros está o no justificada y que consiste en las siguientes preguntas: a) ¿Cuál es el propósito de buscar una información personal no documentada?; b) ¿es ese propósito legítimo e importante?; c) ¿es el conocimiento buscado a través de la invasión de la intimidad relevante para el propósito justificatorio?; d) ¿es la invasión de la intimidad el único medio o el menos ofensivo para obtener ese conocimiento?; e) ¿qué restricciones procedimentales se han impuesto en las técnicas de invasión de la intimidad? y f) ¿qué protección se ha impuesto al conocimiento personal, una vez que ha sido adquirido?⁷⁰.

b. Medio empleado

Como anteriormente sostuve, las discusiones doctrinarias sobre el tema se han centrado principalmente en las grabaciones audiovisuales subrepticias (cámaras ocultas, filmaciones o grabación de conversaciones), por ser los supuestos fácticos que mayores problemas presentaban. Nadie cuestionaría la facultad de una persona de, por ejemplo, requerir un informe a un organismo público y presentarlo como elemento de cargo. Sin embargo, frente a los nuevos desarrollos tecnológicos y los cambios en las formas de comunicarse estas discusiones ya no abarcarían los

⁷⁰ NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, editorial Astrea, primera edición 1992, quinta reimpresión 2017, pag. 329

principales casos que se presentan hoy en día y que se dan en un contexto de redes sociales (Instagram, Facebook, Twitter, etcétera) y aplicaciones móviles que permiten enviar mensajes de textos, fotografías, videos y grabaciones (como Whatsapp, Telegram, etcétera). Esto implica que no solo es posible que **cualquiera** registre una conversación o un hecho, sino que, además, las posibilidades de su difusión son masivas en forma casi inmediata por aquellas aplicaciones o por redes sociales y sin necesidad de que sea difundido por un medio periodístico, como ocurrió en los casos “Herrera” o “Ponzetti de Balbin”⁷¹.

Internet y las redes sociales que allí se alojan permiten que cualquier manifestación pueda replicarse en cuestión de minutos en miles –o incluso millones– de usuarios. Así se ha sostenido que el poder de internet radica en su carácter viral y que la facilidad y rapidez con que se pueden crear y difundir en línea los sitios web, las páginas de medios sociales, las descargas de audio y vídeos y los mensajes instantáneos, hacen que sea prácticamente imposible rastrear, controlar y combatir la propaganda en Internet. Los enlaces, los correos electrónicos virales y los ‘retuits’ permiten que la propagación se dé a una velocidad alarmante⁷².

Parte de la doctrina entiende que si bien cuando uno habla con otra persona asume el riesgo de que aquella exponga nuestros dichos a terceros, el engaño se potencia cuando se agrega un medio de registro oculto porque, por un lado, no adoptamos las mismas actitudes cuando hablamos con una persona que cuando somos grabados y, por otro, el riesgo asumido de contradecir los dichos del otro no es igual que el de contradecir una grabación de una conversación.

Y si bien no coincido con esta interpretación –como desarrollaré más adelante–, cabe preguntarse qué riesgo se asume al enviar un mensaje de texto o una grabación de voz a otra persona, cuando por las características propias de estos medios de comunicación, su difusión y publicidad es muy sencilla. Basta obtener una “captura de pantalla” o bien reenviar el mensaje en cuestión, para lo que basta simplemente apretar un botón o dos⁷³. ¿Disminuye entonces la expectativa de

⁷¹ Sobre la prueba digital y las formas de constituir la de acuerdo con prácticas forenses aceptadas actualmente puede consultarse el trabajo de SUEIRO, Carlos Christian “La prueba digital en la criminalidad informática” publicado en el tomo 1 de la colección *El debido proceso penal*, ed. Hammurabi, dirección de Ángela E. Ledesma.

⁷² FOXMAN, Abraham H. y WOLF, Christopher, “*Viral Hate: Containing its Spread on the Internet*,” New York, Palgrave Macmillan, 2013

⁷³ Otro tema será discutir el valor de una prueba semejante por la poca fiabilidad que presenta. Como se ha destacado el mecanismo para acreditar como elemento de prueba una conversación de esta índole es técnicamente más complejo.

intimidad cuando la comunicación se produce por estos medios? Si la respuesta es afirmativa, se podría concluir que existen diversas graduaciones de “expectativa de intimidad” o de “riesgo asumido” **según el medio** empleado para la comunicación.

Partiendo de ello, deberían formularse estándares que establezcan una correlación razonable entre el medio empleado y la expectativa de intimidad o el riesgo asumido por el interlocutor en razón del medio elegido. Puesto de otra forma: existiría una expectativa de intimidad diferente al mantener una misma conversación, si aquella se produce por teléfono, por mensajes de texto o en persona.

Sin embargo, como dije, entiendo que esa formulación sería desacertada, ya que lo que se altera no es la expectativa de intimidad o el riesgo asumido, sino que lo que se ve alterado y resulta relevante es la posibilidad de **desmentir** la conversación o los dichos expresados.

Sobre este punto argumenta Rodney Smolla al explicar que “se puede asumir el riesgo de contradecir los dichos de otro con alguna expectativa de éxito; sin embargo, es evidente que no es lo mismo contradecir mi propia voz o imagen, por lo que el riesgo asumido es bien diferente”⁷⁴. Como se puede apreciar, Smolla entiende que esa posibilidad de contradecir los dichos de otro se ve alterada o disminuida cuando existe un registro audiovisual de la conversación y que por ello cada circunstancia fáctica plantea un riesgo asumido diferente.

Jauchen critica la teoría del riesgo asumido sosteniendo que no se trata de cualquier injerencia en la vida privada, sino que consiste en la obtención de medios probatorios ocultos “de la comisión o de la confesión de un delito”. Con base en esta alegada distinción entiende que la teoría del riesgo asumido sólo compromete la impunidad y crea artificialmente un “derecho al resguardo de la impunidad” que contraviene el ordenamiento jurídico⁷⁵.

⁷⁴ 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, con cita de SMOLLA, Rodney en “*Qualified, Intimacy, celebrity and the case for a newsgathering privilege*”, 33 U. Rich. L.Rev. 1233

⁷⁵ JAUCHEN, Eduardo, *Tratado de la prueba penal en el sistema acusatorio adversarial*, 1º edición, 2017, ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, pags. 140/141. Sostiene respecto de la teoría del riesgo asumido postulada por Smolla y Bertoni que: “...estos planteos, idénticos sustancialmente, representan en apariencia un inteligente postulado, que partiendo de un punto continúan en una línea curva hasta cerrar un círculo que gira en el vacío del absurdo. Veamos: se comienza aceptando que la intimidad se resigna ante el dialogo con otro, a quien se confiesa o propone un delito aun ante la posibilidad de una eventual e inevitable delación; luego se sostiene que esa renuncia a la expectativa de privacidad se alteraría si el sujeto conociera que se está grabando o filmando

Esto de ningún modo es así. Siguiendo la lógica de Jauchen, todo el sistema de exclusiones probatorias se enmarca en el “resguardo de la impunidad” como la denomina, ya que se impide el ingreso al juicio de un elemento de prueba obtenido de forma ilegal o vulnerando garantías constitucionales, como la intimidad en el razonamiento de Smolla y Bertoni, pero que nada tiene que ver con una protección de la impunidad⁷⁶.

Las críticas a la tesis de Smolla y Bertoni deben indefectiblemente provenir de otro lado y no centrarse en el noble esfuerzo de identificar los alcances de los derechos y garantías constitucionales, tildándolos de resguardo de la impunidad.

Desde esa perspectiva entiendo que, en realidad, el riesgo que se asume en todos los casos se mantiene incólume: es la posibilidad de que el otro divulgue lo que se le ha dicho. Lo que varía entonces no es la expectativa de intimidad o el riesgo que asume el interlocutor sino, más bien, la posibilidad de acreditación de la conversación o los dichos, y la consecuente posibilidad de contradecirlos o desmentirlos. Se trata pues de una cuestión probatoria, pero no de los hechos que

ocultamente su confesión. ¿Por qué se sostiene esto? Se arguye entonces que ante la eventual delación el sujeto ya no podría oponer su palabra contra la de su interlocutor con éxito, en tanto ésta se encuentra solventada por otro medio de prueba que se añade incriminante, lo que compromete su impunidad. Artificialmente se crea así un ‘derecho al resguardo de la impunidad’, sucumbiendo el razonamiento en un absurdo total. El esfuerzo de la tesis deviene insostenible, no obstante, lo seductora que aparenta a primera lectura. Tanto es así que no sólo en un Estado de Derecho, sino cualquiera sea la organización social y política de una sociedad, no existe ‘un derecho al resguardo de la impunidad’ para quien ha cometido un delito o está por cometerlo, prerrogativa ilógica frente a los principios generales del Derecho, a la que sólo es posible llegar enmascarando el argumento bajo el manto forzado del derecho a la intimidad, distorsionando así al extremo los alcances legítimos de este último”.

⁷⁶ Sostener este tipo de razonamientos nos posiciona en los más oscuros confines del derecho penal moderno, lo que ha sido denominado derecho penal del enemigo. Tal como fue expuesto por Muñoz Conde, el Estado de Derecho, “...por definición, no admite que se pueda distinguir entre ‘ciudadano’ y ‘enemigo’ como sujetos con distintos niveles de respeto y protección jurídicas. Los derechos y garantías fundamentales propias del Estado de derecho, sobre todo los de carácter penal material (principios de legalidad, intervención mínima [o lesividad] y culpabilidad) y procesal penal (derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial, a no declarar contra sí mismo, etcétera), son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de derecho. Si se admite su derogación, aunque sea en casos puntuales extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de derecho [...] En definitiva, el Derecho así entendido se convierte en un puro Derecho de Estado, en el que el Derecho se somete a los intereses que en cada momento determine el Estado o las fuerzas que controlen o monopolicen su poder.” En MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo»*, 2º ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008. Ver también en MUÑOZ CONDE, Francisco, “El nuevo Derecho penal autoritario” publicado en la revista *Nuevo Foro Penal*, nro. 66, Colombia, 2003, pp. 15/41.

podrían ser penalmente reprochables, sino de la propia fuente de prueba y su valor, es decir, de lo que documenta aquella grabación.

De esta forma no existiría una graduación de expectativa de intimidad o un riesgo asumido diferente en cada caso –dependiendo del ámbito o del medio empleado- sino que en definitiva la posibilidad de que el otro divulgue lo que se le ha dicho libre y voluntariamente siempre está presente. El problema es que no será tan sencillo contradecir luego lo que el testigo podría declarar ya que la prueba podría presentarse como de “mayor peso”. Es decir que el problema sería que es más difícil contradecir aquello de lo que se tiene una prueba documental. Pero de esta “dificultad” no puede derivarse la restricción de estos medios de prueba, excepto en los casos donde se vulnere la intimidad o privacidad, pero deberá demostrarse en cada caso la afectación y realizarse el examen de proporcionalidad y razonabilidad de la intrusión.

Recientemente, la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal se apartó del criterio sentado en “Peyrou” y resolvió en el marco del caso “Skanska” siguiendo una línea argumentativa similar a la que planteo. En aquel caso se había requerido la invalidez de una grabación subrepticia-efectuada por el auditor de la empresa- de su entrevista con un ejecutivo durante la investigación interna que llevaba a cabo, en paralelo con la causa que se sustanciaba en el fuero penal económico. Esta grabación fue secuestrada durante un allanamiento e incorporada al sumario. Al resolver, los jueces entendieron que lo único fundamental era establecer si había existido algún engaño o vicio en la voluntad del empleado para realizar la manifestación registrada.

Los jueces sostuvieron que aun cuando el ejecutivo desconocía que estaba siendo grabado, sabía que estaba entrevistándose con el auditor interno de la empresa, que conocía la naturaleza de la investigación, que no tenía ninguna expectativa de confidencialidad de lo que le contara y que no fue sometido a ningún tipo de presión para expresar lo que manifestó y fue grabado. En este sentido, se reparó en que “el riesgo de una delación por parte del interlocutor es una posibilidad que se asume al hablar y que uno resigna sus razonables expectativas de intimidad al conversar con otro (...) Así, en el caso, la grabación se presenta como el respaldo documental de las manifestaciones efectuadas”⁷⁷.

El tribunal debería haber ahondado respecto de si un ardid o engaño mínimo –como una calidad o representación simulada- para obtener los dichos

⁷⁷ CFCP, Sala IV en causa 18579/2006/266 “Skanska S.A.”, reg. 400/16.4 del 13/04/16

inriminatorios sería suficiente para tener por viciada la voluntad. Como dije, entiendo que no. Se advierte que esto podría conducir a distintos problemas de “confesiones” sin sustento, como podrían ser los casos de *bragging* (alarde) de hechos que en realidad el imputado no cometió, por ejemplo, para obtener un respeto mayor de su grupo criminal o uno al que pretende ingresar; sin embargo, aquel problema – y otros- se resuelven de forma sencilla ya que resulta elemental que no podría sustentarse una condena teniendo como prueba únicamente un registro de estas características. El vicio en la voluntad debe encontrarse en la coerción –que podría ser psicológica- con la que se obtiene la declaración y, como vimos, esto no es lo que ocurre en general. Muchas veces la persona ni siquiera disimula su identidad y cuando ocurren estos casos de ardid mínimo, lo que se persigue es justamente que el interlocutor exponga libremente las circunstancias que lo incriminarían.

Si sostenemos esta idea de que el riesgo que se asume al exponer nuestros pensamientos a otro consiste en la posibilidad de que aquél los divulgue, y que este riesgo **no se ve alterado** por el medio que se emplea para la comunicación, sino que lo cambia es la posibilidad posterior de desmentirlos o negarlos, lo que no obsta al ejercicio del contradictorio sobre la prueba para atacarla. Entonces podemos decir que resulta irrelevante la forma de registrar la comunicación y siempre que lo haya hecho uno de los que participó en la conversación, el elemento de prueba será válido. Incluso las aplicaciones de telefonía celular destinadas a evitar estas consecuencias, enviando mensajes, imágenes o grabaciones que se “borran” luego de que el destinatario las vea pueden ser burladas actualmente y la prueba obtenida, a merced de los recaudos del interlocutor resultaría válida. Precisamente en este caso se puede apreciar que, pese a tomar todos los recaudos posibles para que el interlocutor no pueda acreditar lo que le diga, si el otro en definitiva puede hacerlo es porque –en efecto- el riesgo que se asumió era el mismo.

La tesis que postulo implicaría además que se deben apartar –en principio- de esta ecuación las nociones de intimidad o de expectativa de privacidad, por no ser relevantes si de lo que se trata es del riesgo que se asume quien habla y si ese riesgo no sufre variaciones independientemente del uso encubierto de mecanismos de registro y el espacio en el que se realiza, es decir, a partir de la voluntariedad en la que se produce la interacción. Esta postura resuelve también un problema previo para el estudio de los casos: definir el alcance de aquellos conceptos, que no tienen una interpretación unívoca. Los únicos supuestos en los que resultarían relevantes estos conceptos y que se podría analizar la exclusión de la prueba por su vulneración serían aquellos en los que, como expuse anteriormente, la intrusión haya sido

extremadamente abusiva, para lo cual deberán los magistrados efectuar los respectivos análisis de razonabilidad y proporcionalidad durante el examen de la admisibilidad.

c. Autorización judicial

Como vimos, el Código Procesal Penal Federal establece que sólo con autorización judicial se puede afectar el derecho a la intimidad y privacidad (art. 13). Sin perjuicio de ello, en los casos intrusivos donde se afecten estos derechos podemos concluir que el elemento probatorio no podría ser admitido en el proceso, independientemente de la ausencia de orden judicial. El problema se presenta cuando pensamos en qué casos debería pedirse la autorización, con qué alcances y quien podría practicar la medida.

Es decir: ¿qué ocurre si una de las partes requiere autorización judicial para, por ejemplo, ir al domicilio del imputado y -si aquél le permite ingresar- registrar todo lo que hay dentro y la conversación que puedan mantener con una cámara oculta, con la intención de obtener una declaración incriminatoria?

Si la administración de justicia otorga esta autorización podría asimilarse a una suerte de celada legal⁷⁸ o una excursión de pesca para una confesión. No logro advertir ninguna razón por la cual un tribunal habilitaría aquella práctica en lugar de disponer un allanamiento y requisa del inmueble, que parecería ser más respetuoso de las garantías del acusado: le es informado el objeto de la orden, quien la emitió, su alcance, el hecho que se investiga, se encuentran presentes testigos para el acto, etcétera. De lo contrario el Estado estaría legitimando una intromisión abusiva *ex ante* para otorgarle validez a un acto que analizado posteriormente podría ser inválido –si en efecto fue extremadamente intrusiva la conducta del particular-. Ahora bien, si consideramos que en el caso no habría intromisión o afectación a estos derechos ¿cuál sería la necesidad de la autorización? ¿debería requerirse de todas formas?

Estas incógnitas no son despejadas por el ordenamiento que, como ya dije, no prevé reglas claras para la producción de estos elementos de prueba ni su

⁷⁸ 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, Martín F., “La celada legal y los fundamentos del proceso penal”, en LA LEY, 1992-B,959

posterior incorporación al debate. Entonces, será la casuística y la práctica jurisdiccional la que irá delimitando de forma pretoriana sus límites y reglas, aunque no es la solución ideal. Sin perjuicio de ello aventuro una conclusión: para producir estos elementos de prueba de forma subrepticia un particular no requiere una autorización judicial previa. En primer lugar, porque como dijimos se basan en la voluntariedad del obrar del agente. En segundo lugar, porque el control que debe efectuarse es ex post y se asegura mediante el pleno ejercicio del contradictorio sobre la prueba. La defensa podrá en todo caso, alegar la intromisión abusiva, frente a lo cual el tribunal deberá determinar si fue así, pero aún si la prueba es aceptada tendrá la posibilidad de cuestionar su relevancia y ofrecer otros elementos que la desacrediten, o el hecho que pretende acreditar.

Algo similar se produce en el caso de la utilización de VANTs (drones) al que hice referencia anteriormente y nuestra jurisprudencia local. En aquellos precedentes, se hizo referencia a la necesidad de una orden judicial previa por entender que se afectaba la privacidad mediante el actuar policial señalado sin orden judicial previa⁷⁹. En un caso, incluso, se utilizaron estrategias de “excursión de pesca” (sobrevolar una determinada población para determinar la comisión de delitos indeterminados) que posteriormente se quisieron legitimar mediante la realización de una denuncia anónima por parte de agentes de la misma fuerza⁸⁰. Y sin embargo las soluciones brindadas a los casos por los diversos tribunales van señalando una línea clara de interpretación con relación al uso de este tipo de herramientas no instrumentadas legalmente, similar a lo que podría ocurrir de proliferar los casos de grabaciones encubiertas por particulares.

Por otro lado, al principio de este trabajo hice referencia al proyecto de ley recientemente ingresado en la Cámara de Diputados de la Nación que busca modificar el Código Procesal Penal Federal⁸¹. 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 habilitar el ingreso encubierto y por la fuerza

⁷⁹ Ver nota al pie 59.

⁸⁰ Ver caso “a” citado en nota al pie 59.

⁸¹ citado en nota al pie nro. 14, el proyecto de ley 3536-D-2023 puede compulsarse en <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2023/PDF2023/TP2023/3536-D-2023.pdf>

al inmueble⁸², el uso de dispositivos de fotografía, grabación, seguimiento y localización en la vía pública⁸³, 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”⁸⁴, 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 tiempo⁸⁵, sin perjuicio de lo cual entiende que “estando en juego derechos constitucionales, resulta mejor 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

⁸² 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...”

⁸³ 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...”

⁸⁴ De los fundamentos del proyecto de ley 3536-D-2023.

⁸⁵ 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. Afirma 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)

Constitución Nacional y los Pactos Internacionales (V.Gr. CADH, Art. 30), prevén tanto al investigado como a terceras personas.”⁸⁶

VI.- Conclusiones

Recapitulando lo expuesto, vimos como:

a) cualquier persona –sea parte o un tercero- puede materialmente adquirir elementos de prueba, incluso utilizando medios subrepticios, los que pueden obtenerse durante la sustanciación del proceso penal o incluso antes de su formalización;

b) bajo el principio de libertad probatoria esos elementos de prueba pueden ser luego introducidos en el juicio pese a que no se hayan obtenido en las formas procesales establecidas por el ordenamiento y siempre que no se hayan producido mediante la afectación de garantías constitucionales;

c) a nivel federal, nuestros códigos procesales no regulan herramientas de investigación modernas –y no tanto, ya que existen desde hace muchos años- pese a poner cada vez más en cabeza de las partes la producción de los medios probatorios que serán incorporados al debate;

d) la registración de forma subrepticia de una declaración o circunstancia incriminante no afecta, por sí misma, la prohibición de autoincriminación forzada, la privacidad de las conversaciones, la inviolabilidad del domicilio y correspondencia ni el derecho de defensa.

d) frente a un registro audiovisual –obtenido de forma subrepticia o no- la posibilidad de acreditación de la conversación o los dichos, y la consecuente posibilidad de contradecirlos o desmentirlos es lo que varía; y no, como se ha sostenido, la expectativa de intimidad o el riesgo asumido. El riesgo que se asume es en todos los casos idéntico: la posibilidad de delación de la otra parte;

e) que la posibilidad de contradecir una grabación parezca “más difícil” no implica su invalidez mientras se posibilite el ejercicio del contradictorio sobre la prueba, es decir, controlar su admisibilidad, relevancia, analizarla y ofrecer otros elementos para desacreditarla o los hechos que pretenden acreditar. El pleno ejercicio de este método de averiguación de la verdad en el juicio pone en pie de

⁸⁶ De los fundamentos del proyecto de ley 3536-D-2023.

igualdad a todos los elementos de prueba respecto de la posibilidad de que sean desacreditados;

f) en principio, entonces, estos elementos de prueba deben tomarse como válidos. La única garantía constitucional que podría verse afectada por el uso de medios subrepticios es la de la intimidad si fueron obtenidos de forma extremadamente intrusiva. Para ello, si la parte alega la violación, debe realizarse un test de razonabilidad y proporcionalidad en cada caso concreto para determinar la existencia o no de la vulneración, no siendo necesaria una autorización judicial previa para la producción del elemento, ya que este control es efectuado *ex post* y, en todo caso, implicará que la prueba no pueda ingresar al debate.

Por último, quiero indicar que la intención de este trabajo era resaltar que, pese a adoptar un modelo acusatorio en el que se incentiva que las partes litiguen, debiendo producir su propia prueba sobre la cual sustentar su teoría del caso, la falta de herramientas legales a tales fines y de regulación de métodos que existen hace años y que se han vuelto económicos y asequibles, podría conducir en la práctica a múltiples problemas y discusiones con soluciones disímiles en la jurisprudencia. Sin perjuicio de ello, creo que estos elementos de prueba –por problemáticos que parezcan a simple vista- deben ser en general aceptados en el proceso con los alcances expuestos anteriormente.

En su libro sobre la desobediencia civil a las normas en nuestro país Carlos Nino propiciaba como una de las soluciones para salir del estado que definió como “anomia boba”, hacer cumplir la ley, incluso incentivando las delaciones y organizando celadas policiales⁸⁷, con lo cual creo que estaría de acuerdo con los postulados que propongo para la aplicación de estas medidas de investigación

⁸⁷ Frente a las objeciones que desarrolla Böhmer a las celadas legales en el artículo citado anteriormente, 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

privada. Sin embargo, las “reglas del juego” tienen que ser claras y hoy – lamentablemente- no lo son. Por eso el presente trabajo verá satisfechos sus objetivos con que sólo sirva para poner de manifiesto la necesidad de una urgente regulación en la materia de producción e incorporación al juicio de estos elementos probatorios y la previsión sobre mecanismos modernos de investigación.