

DERECHO PROCESAL

PENAL

(COMISION 3)

GEOLOCALIZACIÓN:

“Obtención e incorporación de datos al proceso penal”

Autora: Ab. María Fernanda Beltrán

Dirección postal: Tucumán N° 2469 B° Alta Córdoba, Ciudad de Córdoba,
Provincia de Córdoba.

Celular: 0351-153886127

E-mail: mfernandabeltranr@gmail.com

Síntesis: El tema bajo análisis, refleja la trascendental importancia de obtención de datos de geolocalización brindados por los aparatos GPS, que por su precisión y exactitud, son de gran utilidad en la investigación penal. Asimismo, se debatirá acerca de cuál es la vía legal adecuada para incorporarlo al proceso, atendiendo especialmente a la ausencia de regulación legal de la temática en los códigos actualmente vigentes.

Postulación como participante de los concursos de ponencias a cargo de la AADP (“Premio Asociación Argentina de Derecho Procesal” y “Jóvenes Ponentes”).

Geolocalización en la investigación penal

Sumario: I. Introducción. II. Incautación de datos de geolocalización. III. Incorporación de los mismos al proceso. El principio de libertad probatoria. IV. Conclusión.

I. INTRODUCCION

Desde fines del siglo XX y a lo largo del siglo XXI, el desarrollo y penetración de la tecnología en todo el mundo se ha dado en pasos agigantados, convirtiéndose en la actualidad en una herramienta indispensable en la sociedad para la concreción de cualquier actividad humana. El surgimiento de las mismas impactó tanto en las relaciones interpersonales como así también en la economía y seguridad global.

En lo que sigue, me referiré específicamente a los datos de geolocalización obtenidos por medio de un GPS. Este tipo de aparatos ofrece mecanismos que, mediante la recogida y el tratamiento de datos, posibilitan la ubicación espacial, el seguimiento o el rastreo de objetos y, por ende, también de las personas que los portan.

En este sentido, este tipo de dispositivos junto con la elaboración de los perfiles de sus movimientos, constituyen en la actualidad elementos indispensables en muchas investigaciones penales. Su utilidad probatoria es además incuestionable, en la medida en que pueden ser hábiles para acreditar de manera fidedigna que algo o alguien se hallaba o pasó por un lugar en un momento preciso, que siguió una determinada trayectoria, la velocidad a la que circulaba –hasta incluso el momento preciso en el que se detiene-, la frecuencia con la que concurría a determinados sitios, los sujetos que coincidían en el tiempo en un mismo lugar, etc.

Por su parte, resulta de interés especificar cuál es la manera de obtener esta información sin lesionar derechos amparados constitucionalmente, y su posterior introducción al proceso.

II. INCAUTACION DE DATOS DE GEOLOCALIZACIÓN.

Claro está, que con la obtención de todos esos datos se puede conocer al sujeto investigado, las actividades que cotidianamente desarrolla, personas con las que mantiene contacto, y muchas cuestiones más de su esfera privada, que de otra manera sería de difícil obtención y precisión.

Por ello resulta sumamente importante establecer en cada caso de acceso a datos contenidos en aparatos electrónicos –GPS-, si implican un avance sobre derechos amparados constitucionalmente, como la intimidad y la doctrina de la expectativa legítima de privacidad, para determinar si es necesario requerir una autorización judicial o no.

Por derecho a la intimidad se entiende aquel relacionado con lo más íntimo de la persona, ya sea en su ámbito familiar, laboral o el personal propio. Así, quedan comprendidas todas aquellas conductas que pertenecen a la esfera íntima del sujeto, preservadas de las miradas ajenas y que se quieren mantener ocultas.

Por su parte, sobre la expectativa razonable de privacidad, puede señalarse que surgió a partir del leading case “Katz” de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, la cual permite analizar la validez de una intromisión mediante un test subjetivo (si el individuo reconoce afectada esa intimidad) y objetivo (si la sociedad reconoce como razonable y digna de protección esa expectativa).

Esta doctrina ha sido complementada con la teoría del mosaico, con la cual se tiene en cuenta el cuadro de conocimiento que, como si fuera un rompecabezas, permite armar el acceso a distintos datos de información personal.

En esta línea, la Corte Suprema de los EE.UU. se pronunció hace tiempo, en relación con la utilización de dispositivos de seguimiento, distinguiendo sus efectos en espacios privados frente a espacios públicos, para lo que se sirvió como criterio delimitador de la afección a una expectativa razonable de intimidad. Así, en *United States v. Karo* [468 U.S. 705, 714 (1984)], la Corte concluyó que el dispositivo de localización que monitorizaba los movimientos de una persona dentro de su casa afectaba a esa razonable expectativa de intimidad. Por su parte, en *United States v. Knotts* [460 U.S.

276, 277 (1983)], la Policía instaló un dispositivo de localización en una lata de cloroformo que el acusado adquirió y dejó en su coche, permitiendo a la Policía así realizar un seguimiento del vehículo a través de las calles y autopistas recorridas. La Corte entendió que en este caso no sería de aplicación la 4ta Enmienda, que sólo protege los espacios privados pero no los públicos.

También, esa Corte trató un caso de colocación policial de un GPS en un auto para seguirlo durante casi un mes y se pronunció en contra de hacerlo sin orden judicial¹. Consideró que la duración prolongada de la vigilancia satelital constituía una intromisión física del Estado sobre un bien privado con el propósito de obtener información sobre los movimientos de la persona con el riesgo de que la tecnología pudiera permitir formar una reconstrucción de la vida privada, en lo que constituyó la aplicación jurisprudencial de la “teoría del mosaico”².

De lo hasta aquí apuntado, claro está que, con la obtención de todos esos datos se puede conocer al sujeto investigado, las actividades que cotidianamente desarrolla, lugares que visita, y muchas cuestiones más que hacen a su esfera privada. Ahora bien, debe tenerse presente que esa misma información recabada por la utilización de un dispositivo GPS, también puede ser obtenida por medio de vigilancias policiales u otras técnicas de investigación; la diferencia radica en la exactitud, el registro preciso que el aparato tecnológico emite, la posibilidad de duración ilimitada, la combinación con otras aplicaciones digitales (p. ej., Google earth, Street view), su capacidad de procesamiento y almacenamiento de información inmensamente mayor que la humana.

Al respecto, tal como lo señala Hairabedián³ “su aplicación en la investigación penal, aún sin orden judicial, sea perfectamente válida, salvo que por su extensiva duración generara reportes susceptibles de conocer o reconstruir la vida privada de una persona en términos

¹CSJ, EE.UU., 23/1/2012, “Jones”.

² La incorporación de muchas piezas, aun de información pública, puede dar lugar a una intromisión irrazonable violatoria de la 4º enmienda (RE, Richard M.: “The due process exclusionary rule”, *Harvard Law Review*, nº 7, vol. 127, mayo 2014, pp. 1962 y ss.).

³ HAIRABEDIAN, Maximiliano, “Investigación y prueba del narcotráfico”, Ed. Ad. Hoc, Buenos Aires, 2020, pág. 334

desproporcionadamente invasivos”. Por lo tanto, siempre que la utilización del GPS sea durante un tiempo breve y para una situación específica, no será necesario solicitar una orden judicial. Por el contrario, si el seguimiento se extiende en el tiempo se requerirá la autorización del juez competente.

III. INCORPORACIÓN DEL DATO DE GEOLOCALIZACIÓN AL PROCESO. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD PROBATORIA

A tenor de lo dicho en el apartado anterior, corresponde ahora analizar si la medida de investigación bajo estudio se encuentra legislada, si atenta contra los derechos constitucionales y cuál es el mecanismo correcto para la incorporación del elemento de prueba al proceso.

Cabe reiterar aquí que el surgimiento de nuevas tecnologías nos ha llevado a la aparición y utilización de novedosas medidas de investigación como así también nuevos medios de prueba que no se encuentran receptados en la Ley Adjetiva y que aún así pueden emplearse.

Sobre este punto, corresponde aclarar, como bien señala Hairabedián⁴, que no deben confundirse medios de prueba con medidas de investigación. Así, cuando hablamos de estas últimas nos referimos a aquellos instrumentos de averiguación forense utilizados por los órganos de persecución penal dirigidos a la obtención de datos probatorios, es decir, sólo sirven para generar una hipótesis de investigación o bien como herramienta o medio de adquisición de evidencias.

En cambio, cuando hablamos de medios de prueba nos referimos a las vías o caminos disciplinados por la ley procesal para permitir el ingreso de estos datos al proceso. En tal sentido, la información así transmitida puede servir o resultar útil para generar un conocimiento cierto o probable sobre determinado hecho.

En relación a las medidas de investigación, pueden utilizarse las expresamente previstas y aquellas que sin estarlo no afecten derechos y garantías constitucionales.

⁴ Ponencia sobre “Algunas cuestiones problemáticas en las investigaciones complejas del narcotráfico”, presentada en Congreso Nacional de Derecho Procesal (2019).

Ahora bien, cabe preguntarse qué sucede con las medidas que sí restringen derechos fundamentales pero se cuenta con autorización de un juez competente para utilizarla. En el derecho europeo, rige el principio de la taxatividad legal también recibido en nuestra Constitución Nacional (CADH., art. 30 incorporada por art. 75 inc. 22 CN) para las medidas de investigación que implican una injerencia en los derechos constitucionales. Por lo que es de suma importancia establecer, en cada caso, si implican un avance sobre una expectativa legítima de privacidad u otros derechos, y en este caso verificar la existencia de una norma que la autorice. Así lo estipula, por ejemplo, el art. 588 bis a. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España⁵ cuando regula los principios que debe observar la autorización judicial para que se lleven a cabo las medidas de investigación allí previstas.

En nuestro país, pueden utilizarse aquellas previstas explícitamente como así también las que no se encuentran legisladas siempre que no afecten garantías fundamentales; y en los supuestos en que se encuentre en juego derechos constitucionales, bastaría una orden judicial que observe los mismos recaudos que otra análoga (v.gr. aquellos requeridos para solicitar una interceptación telefónica).

Por otra parte, en relación con los medios de prueba, rige en nuestro sistema el principio de la libertad probatoria, es decir, no está previsto un

⁵ 1. Durante la instrucción de las causas se podrá acordar alguna de las medidas de investigación reguladas en el presente capítulo siempre que medie autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. 2. El principio de especialidad exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto. No podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva. 3. El principio de idoneidad servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad. 4. En aplicación de los principios de excepcionalidad y necesidad solo podrá acordarse la medida: a) cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho, o b) cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida. 5. Las medidas de investigación reguladas en este capítulo solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho.

determinado medio para acreditar cierto hecho. Así lo establece el art. 192 del Código Procesal de Córdoba el cual reza que “todos los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del proceso pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba, salvo las excepciones previstas por las leyes”.

En similares términos lo hace el Código Procesal Penal Federal, en su art. 134⁶ disciplina que “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 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”.

Ambos artículos transcriptos reflejan que permanece incólume la finalidad del proceso, ésta es, el descubrimiento de la verdad real acerca de cómo acaecieron los hechos; el límite radica en la no vulneración de derechos fundamentales. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en esta línea ha sostenido que “el cuerpo del delito puede comprobarse por todos los medios (lícitos) de prueba”⁷. Asimismo, esta autorización -a los órganos estatales encargados de la recolección probatoria- presenta otra limitación, y es que se podrá hacer prueba sobre aquellos hechos o circunstancias que resulten relevantes para la investigación, quedando excluidos aquellos que no estén relacionados con la hipótesis que originó el proceso. De lo contrario implicaría un exceso de poder.

En síntesis, cada prueba debe ajustarse al medio probatorio estipulado por la ley adjetiva respectiva, y en el caso que no estuviera previsto se deberá optar por aquel que analógicamente resulte más aplicable, respetando siempre sus formas.

Al respecto, apunta Mir Puig que *“la analogía no supone desvinculación del juez respecto de la ley, sino precisamente un modo de aplicar la ley. La analogía procede en casos de laguna legal, esto es, cuando se da un caso no alcanzado por la letra de la ley, pero que, por su analogía respecto de otros casos sí regulados, ésta hubiese querido alcanzar y por olvido no lo ha hecho.*

⁶ Texto según ley 27.063 (2019), en vigor, pero suspendida en su implementación por el Decreto de Necesidad y Urgencia del Poder Ejecutivo Nacional N° 257/2015

⁷ CSJN, Fallos, 183:216

Acudir a la analogía supone, pues, aplicar el espíritu de la ley, objeto último de toda aplicación de la ley: con ella se extienden a un caso no abarcado expresamente por la letra de la ley los principios que inspiran a ésta, por el argumento lógico-jurídico de que no hay razón para tratar distintamente casos que encierran la misma gravedad”⁸.

Debo señalar que si no fuera por el principio de libertad probatoria vigente en nuestro ordenamiento, como así también la favorable recepción de la aplicación analógica en materia procesal penal por parte de la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, no podrían suplirse los defectos de previsión específicos de que adolecen los códigos de procedimiento actuales respecto a las nuevas formas de investigación, recolección probatoria y tratamiento de la evidencia obtenida en aquello relacionado con las nuevas tecnologías, resultaría prácticamente imposible acreditar la comisión de esos delitos, teniendo como resultado su impunidad. A consecuencia de ello, resultaría prácticamente imposible – o muy dificultoso- acreditar su existencia y la intervención de los autores, con lo cual, se podría llegar a la consagración de su impunidad.

Tal como se ha visto, no existe en nuestro ordenamiento, legislación procesal que de tratamiento específico a la obtención e incorporación de estos valiosos datos probatorios al proceso. No obstante ello, en el ámbito nacional, el Art. 151 del nuevo Código Procesal Penal Federal, al regular el régimen legal de la incautación de datos, acota la discusión exigiendo orden judicial para la revisión de los equipos cuando son secuestrados por la policía. De todas formas, la discusión no está saldada, porque ese Código aún no está totalmente implementado y, por otra parte, en las jurisdicciones provinciales hay jurisprudencias dispares.

Por su parte, resulta de interés mencionar que, el Ministerio Público Fiscal de la Nación elaboró un protocolo de manejo de evidencia digital (Res. PGN N° 756, 31/3/16), en el que menciona la norma mundial ISO/IEC 27037:2012 dictada por la Organización Internacional para la Estandarización, ya que la misma supone criterios orientadores sobre el manejo de la evidencia digital en dispositivos de tecnología, como ser: gps, medios de

⁸ Santiago Mir Puig, *“Introducción a las Bases del Derecho Penal”* – 2ª Edición, Editorial BdeF, Motevideo-Buenos Aires, 2003. Pág. 293

almacenamiento digital de datos, computadoras, teléfonos móviles y otros dispositivos portátiles. También, contiene los lineamientos para la identificación, recolección, obtención y preservación de la evidencia digital de ellos obtenida, de forma tal que pueda ser luego utilizada como prueba legal.

IV. CONCLUSION

Como corolario del presente trabajo, insisto en la necesaria adaptación que debe realizarse de la legislación vigente en materia procesal penal, específicamente en lo atinente a las medidas, técnicas de investigación, recolección y medios de prueba, para evitar posibles usos abusivos del principio de libertad probatoria, como así también para no continuar con el eterno debate acerca de la constitucionalidad o no de la aplicación analógica de ciertas normas para salvar las lagunas existentes. Asimismo, una regulación específica en la materia permitirá captar todas las aristas del fenómeno y evitar la pérdida de información valiosa a lo cual podría llevarnos el recurso de la analogía.