



UNIVERSIDAD DE MENDOZA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

TRABAJO FINAL DE ESPECIALISTA

**“La eficacia de la prueba obtenida por el dron en el
proceso penal”**

Alumno: Dr. Tamar Orlando Gattas

Director: Dr. Carlos Parma

Ciudad de Mendoza, 2022

No puedo comenzar este trabajo sin señalar la tremenda influencia académica, profesional y personal que he recibido del querido maestro, el Dr. Carlos Parma.

Su vida académica y profesional siempre ha sido un ejemplo para todos quienes lo conocemos. Por ello, este es otro de los tantos medios por lo que he de expresarle mi agradecimiento por su entrega, por su generosidad, por su sabiduría, tanto en lo jurídico como en varios aspectos de la vida.

INDICE

INTRODUCCIÓN	9
CAPITULO 1	13
DRONES O VANTS.....	13
1. Drones o vants	13
1.1. Funciones	14
2. Regulación de los drones	17
2.1. Regulación internacional	17
2.2. Regulación nacional – Argentina	20
CAPITULO 2	25
INVIOlavILIDAD DEL DOMICILIO, DERECHO A LA PRIVACIDAD E INTIMIDAD Y DATOS PERSONALES COMO PRINCIPALES GARANTÍAS QUE PUEDEN SER VULNERADAS POR EL USO DE DRONES.....	25
1. Introducción	25
2. Inviolabilidad del domicilio	26
3. Derecho a la intimidad y privacidad	29
4. Protección de Datos Personales.....	30
CAPITULO 3	34
LA PRUEBA	34
1. La prueba obtenida por drones o vants	36
2. Incorporación de la prueba al proceso penal. principio general	38
3. Análisis desde un punto vista técnico: examen forense del VANT. Cadena de custodia	40
CAPITULO 4	46
EXCLUSIONES PROBATORIAS Y EXCEPCIONES	46
1. Prueba prohibida y prueba ilícita.	47
2. Fundamentos de las exclusiones probatorias.....	52
3. Regulación Normativa	54
4. Jurisprudencia comparada de las exclusiones probatorias	56

4.1. Estados Unidos de Norteamérica	56
4.2. Canadá	56
4.3. Inglaterra.....	57
4.4. Italia	57
4.5. España.....	57
4.6. Alemania	58
4.7. Costa Rica	58
4.8. Argentina.....	58
5. Jurisprudencia Argentina en relación a los drones sobre exclusiones probatorias	59
CAPITULO 5	63
EXCEPCIONES A LAS EXCLUSIONES PROBATORIAS, ARGUMENTOS Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	63
1. Argumentos a favor de las excepciones a la regla de la exclusión probatoria	63
1.1. Introducción	63
1.2. Desarrollo.....	67
1.3. Jurisprudencia sobre el tema:	70
CAPITULO 6	72
EXPECTATIVA DE PRIVACIDAD Y AUTORIZACIÓN JUDICIAL	72
1. Expectativa de Privacidad	72
2. Autorización Judicial.....	76
CAPITULO 7	85
EFICACIA DE LA PRUEBA Y PRUEBA OBTENIDA POR PARTICULARES	85
1. Eficacia de la prueba.....	85
1.1. Introducción	85
1.2. Vulneración de Derechos Humanos	85
1.2.1. Vulneración de derechos fundamentales de la víctima en situación de vulnerabilidad. En especial: menores de edad o casos de violencia de género.....	89
1.2.2. Medio ambiente como derecho humano.....	95

1.3. Casos de delitos graves previstos con pena de prisión mayor a 8 años.....	99
2. Prueba obtenida por particulares	100
CONCLUSIÓN	104
BIBLIOGRAFÍA:	106

ABREVIATURAS

AIP: Requerimientos de notificación para la Publicación de Información Aeronáutica

C.P.: Código Penal

C.P.P.M: Código Procesal Penal de Mendoza

CFAGR: Cámara Federal de Apelaciones de General Roca

CFAM: Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza

Cfr.: Conforme

CPPFN: Código Procesal Penal Federal de la Nación

CPPN: Código Procesal Penal de la Nación

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación

DNPDP: Dirección Nacional de Protección de Datos Personales

Ed.: Edición

EEUU: Estados Unidos de América

Et al: y otros

FGR: Fuero General Roca

FMZ: Fuero Mendoza

GPS: Sistema de Posicionamiento Global

HSBC: Hong Kong and Shanghai Banking Corporation

Ibidem: Igual

Idem: Igual

LPDP: Ley de protección de datos personales

MPF: Ministerio Público Fiscal

n°: número

NOTAM: Aviso a la Navegación Aérea

O.C: Opinión Consultiva

OACI: Organización de Aviación Civil Internacional

p.: página

SCJP: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza

ss.: siguientes

UAV: Unmanned Aerial Vehicles

UCLM: Universidad de Castilla-La Mancha

VANTS: vehículos aéreos no tripulados

vol.: Volumen

LA EFICACIA DE LA PRUEBA OBTENIDA POR EL DRON EN EL PROCESO PENAL

INTRODUCCIÓN

Este trabajo intenta expresar, en cierta medida, un gran problema que deben resolver los jueces diariamente a la hora de valorar una prueba, a través del principio de proporcionalidad, que en sus inicios podría ser considerada ilegítima e ineficaz. Estas pruebas se limitarán, en este proyecto, a las obtenidas por los DRONES o VANTS en las investigaciones penales.

El tema elegido es una preocupación latente no sólo en la Argentina sino a nivel mundial. Por supuesto que existe opiniones encontradas (que no se esperaba menos) frente a la diversidad de criterios sobre el tema. Sin ir más lejos, ni querer dejar sentado una posición terminante sobre el tema, el objetivo es captar la atención del lector y generar una mirada crítica y constructiva en los aspectos mencionados, implementado criterios objetivos y de esta manera dotando de herramientas al juzgador para considerar eficaz una prueba obtenida por drones, en ciertos supuestos, aun cuando se violaren ciertas garantías del imputado tales como: inviolabilidad de domicilio, datos personales, intimidad y privacidad.

La metodología a abordar será la del estudio de las exclusiones probatorias, sus excepciones –principalmente el principio de proporcionalidad-, la jurisprudencia y la doctrina sobre estos aspectos e intentar sincronizarlo con la prueba que se recoge cuando se utilizan drones o vants en los procesos penales.

En este estado de la cuestión, la jurisprudencia y la doctrina poco se han expedido sobre el asunto, como así también hay una ausencia de legislación concreta que intente dar respuestas a los grandes interrogantes que se plantean en casos concretos donde los derechos de las víctimas son enormemente avasallados.

Los interrogantes, como punto de partida a la cuestión a abordar serían los siguientes: ¿Tendrán eficacia las pruebas obtenidas por los Drones en ciertos casos (en especial, cuando afecten derechos fundamentales de las víctimas en condición de vulnerabilidad) aun cuando hubiesen sido vulnerados derechos constitucionales (privacidad – intimidad – domicilio – datos personales) del imputado? ¿Existe alguna diferencia si la prueba es obtenida por el Estado o por particulares?

En esta investigación, se propone aportar un nuevo enfoque que otorgue respuestas objetivas en cuanto a la eficacia de la prueba obtenida por los Drones. Para tales fines, se analizó con detenimiento las diferentes posturas existentes en cuanto a la eficacia de la prueba, determinando sus fundamentos y sus consecuencias prácticas y jurídicas.

Como primera cuestión, es importante aclarar que la humanidad está experimentando, desde hace unos años, un desarrollo de toda índole: social, cultural, demográfico, científico, sanitario y tecnológico, de una manera exponencial, sin precedentes en nuestra historia como especie.

En este sentido, se prevé que las innovaciones continúen en los próximos años, incluso a un mayor ritmo. Asimismo, se debe mencionar particularmente el desarrollo del sector de la aeronáutica y precisamente el avance de la tecnología utilizada por los vehículos aéreos no tripulados (sus siglas: VANT)

Estos últimos son empleados para solucionar un sinnúmero de causas. Incluso, muchas de ellas son utilizadas para el bienestar general, aunque también pueden ser utilizadas para cometer conductas ilícitas de una manera más sencilla, tanto por el sujeto de manera individual como por grupos y organizaciones criminales. Es por ello que constantemente aparecen nuevos problemas jurídicos para las diversas ramas del derecho, y concretamente para el derecho penal.

Este avance de la tecnología a pasos agigantados ha puesto en jaque a todo el ordenamiento jurídico nacional e internacional. Esto se debe a que el legislador -en general- siempre va detrás de las grandes actualizaciones y descubrimientos tecnológicos (por cuestiones, a veces, muy lógicas).

La puesta en marcha y masificación del uso de drones ha revolucionado, sin lugar a dudas, la tarea judicial en materia penal, esto es: la averiguación de la verdad, la obtención de la prueba, la validez y la eficacia de la misma, la eventual vulneración a garantías constitucionales y muchas veces, la desprotección de las víctimas de delito, como otros tantos aspectos.

Si bien el origen del dron fue exclusivamente para tareas militares, su campo de acción se amplió enormemente, a saber: actividades recreativas; uso con fines periodístico; de control sanitario, ambiental o laboral; desarrollos científicos y en particular en técnicas de investigación criminal, entre otras cuestiones.

El último aspecto mencionado es el que interesa destacar en el presente trabajo final de especialista, incluyendo: las tareas de inteligencias de las fuerzas de seguridad, técnicas especiales de investigación, allanamientos, obtención de pruebas, su validez y/o eficacia en el proceso penal, entre otras cuestiones de interés que se mencionarán a lo largo de este proyecto.

Es necesario mencionar que estos aspectos referenciados pueden llegar a vulnerar garantías constitucionales de los sospechados de ciertos delitos y en situaciones particulares (imputado o no, dependiendo el avance de la investigación). En especial: derecho a la privacidad, derecho a la protección de sus datos personales, derecho a la intimidad e inviolabilidad del domicilio. Esos aspectos serán analizados a lo largo del presente trabajo.

La utilización de drones presenta distintas modalidades en la investigación. Si bien la más común es la búsqueda de personas (generalmente en predios de difícil acceso o simplemente para ahorrar recursos y/o facilitar la tarea ya que la puesta en marcha de un helicóptero policial, ello no siempre es la mejor opción), también se utilizan en tareas de investigación criminal y es aquí donde se centra la atención.

A su vez, las grandes organizaciones criminales actuales operan en muchos casos sin fronteras y en delitos complejos, donde la prueba a recabar resulta una tarea ardua y de difícil obtención por parte del investigador. Por tal motivo, se ha comenzado a implementar nuevas técnicas especiales de investigación a efectos de neutralizar esa gran ventaja que las organizaciones o los simples criminales pueden aprovechar.

Dicho esto, insisto que es necesario destacar que, frente al uso de drones, puede ocurrir una vulneración de garantías constitucionales del imputado (intimidad, privacidad, datos personales y domicilio). Por otro lado, y como nota muy importante, también la misma situación puede generar una desprotección a los derechos de las víctimas de delito y de la sociedad en general (ya que no obtendrá “justicia” si no se admite determinada prueba o si no se la provee de su eficacia, lo que puede conllevar, a su vez, a una revictimización en ciertos supuestos).

Es por eso que, lo que se pretende en el siguiente trabajo, es abordar esa problemática y considerar eficaces las pruebas obtenidas por drones en casos muy excepcionales, y donde los bienes jurídicos que se protejan se consideren “más fuertes” que las garantías del imputado mencionados *ut supra*.

Por último, cabe aclarar que, si bien no se desconoce que la doctrina y jurisprudencia ha marcado una diferencia de terminología entre “admisibilidad” e “ineficacia” de la prueba, ello no es objeto de estudio en el presente trabajo. Por tal motivo, se aclara que la terminología podría ser usada indistintamente.

Los supuestos que se intentarán abordar para considerar que una prueba es eficaz, aun cuando podría verse vulnerado ciertos derechos del imputado serán:

- a) Cuando se vulneraren derechos humanos. En especial cuando se encuentren comprometidos derechos fundamentales de víctimas vulnerables (menores de edad o casos de violencia de género); y cuando se encuentre comprometido el ambiente como derecho humano.
- b) Casos de delitos graves previstos con una pena de prisión no menor a 8 años.

Uno de los fundamentos, para llegar a tal conclusión, será la ponderación de derechos –bienes jurídicos en pugna- (aquí habrá un “choque de garantías o principios”). Para dejar la idea sentada con un ejemplo, por un lado, tendremos las garantías constitucionales del imputado (inviolabilidad de domicilio) y por el otro, la vulneración de derechos fundamentales y/o casos de extrema gravedad (el grave peligro a la vida de un menor de edad). El argumento que se utiliza para ello, será el principio de proporcionalidad (como excepción a las exclusiones probatorias).

CAPITULO 1

DRONES O VANTS

1. Drones o vants ¹

Un dron es un vehículo aéreo no tripulado (UAV: Unmanned Aerial Vehicles), también conocido como VANT. Estos vehículos aéreos pueden ser piloteados tanto a distancia como bajo un régimen de operatividad autónomo, y guiados mediante un programa de software específico sin intervención humana.

Los VANT pueden ser propulsados por un motor de explosión o de reacción. Su estadía en el aire dependerá del tamaño, pero pueden volar desde los cuarenta y cinco minutos a las cuarentas horas. El alcance de altura máxima puede estar dado desde por debajo de los 300 metros hasta los que vuelan por encima de los 20.000 metros, con radios de actuación que pueden ir desde unos pocos metros hasta los 3.000 kilómetros desde donde se encuentra el operador/piloto. Las mencionadas alturas y radios que pueden alcanzar los drones siempre estarán ligados a qué clase de finalidad persiguen (los de mayor alcance y altitud son sin dudas los militares y científicos).

También existen, gracias a los progresos de la nanotecnología, drones experimentales del tamaño de un ave. La Universidad de Pennsylvania desarrolló para una agencia de Defensa de los EE.UU. un aparato volador del tamaño y figura de un colibrí, que puede imitar su vuelo y tiene una cámara incorporada que puede registrar actividades en espacios reducidos.

Los más pequeños pueden ser dirigidos por radio frecuencia hasta con motores y geoposicionamiento satelital.

Pueden estar todos dotados de una cámara fotográfica y/o de video de alta resolución, aparatos para escucha (los hay incluso para intervenir en conversaciones de teléfonos móviles), sensores térmicos e infrarrojos,

¹ Vaninetti, *Drones. Derecho a la intimidad e imagen. Protección de datos personales*. Disposición 20/2015 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Biometría y videovigilancia. Drones, espacio público e intimidad, en "Revista de Anales de Legislación de Argentina", n° 18/2015, julio 2015.

GPS, visión nocturna, contar con tecnología para reconocimiento facial de un individuo entre la multitud, etcétera.

Entre las características básicas de estos vehículos aéreos no tripulados pueden citarse: que no es tripulado, como se ha dicho anteriormente, son reutilizables, capaces de mantener un nivel controlado y sostenido.

1.1. Funciones

El ser humano a lo largo de los años ha desarrollado aparatos tan inteligentes que han facilitado enormemente las tareas que han sido encomendadas a la población, en general aquellas que generan mayores desgastes y requieren de grandes esfuerzos, y es aquí donde los drones y vants juegan un papel especial.

Los mismos son empleados para un sinnúmero de propósitos y con una eficacia inimaginable, entre ellas se destacan: actividades científicas, recreación de particulares, tareas y prácticas militares, controles de forestación y lucha contra incendios, actividades y controles de aduanas, y en manos de las fuerzas policiales: lucha contra el narcotráfico y contrabando, búsquedas de personas, controles policiales, apoyos en allanamientos, incluso en tareas de contrainteligencia², como también en traslados de personas (en aquellos drones o vants más grandes) relativas al rescate de personas heridas ³, entre muchas otras cuestiones, a las que me referiré más adelante.

A su vez, y en lo relativo al campo militar, Emilio Aced Félez -Jefe de Área en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)- describe una situación real pero que parece de ciencia ficción al decir:

“En una base aérea, en territorio de los Estados Unidos, un veterano piloto pasa su jornada de trabajo vigilando a la familia de un insurgente afgano. Cuando recibe la orden, aprieta el gatillo y un insurgente muere a más de once mil kilómetros de distancia. Luego, se levanta de su cabina virtual, sube a su coche y se dirige a su casa para llevar a su hijo de diez años al entrenamiento de béisbol. Esta escena que puede parecernos de

² Véase: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/analizan-la-instalacion-de-inhibidores-de-drones-en-aeropuertos>

³ Véase: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/el-proyecto-drones-ambulancia-protagonizo-una-nueva-charla-educar>

ciencia ficción, podría estar perfectamente sucediendo en estos momentos, ya que cada vez se recurre más a los Vehículos Aéreos No Tripulados (Unmanned Aerial Vehicles -UAV-) o drones para llevar a cabo operaciones militares aéreas.

De hecho, en los años 90 del siglo XX se predijo que la guerra de Yugoslavia sería la última en la que se usarían aviones tripulados y no parece que las predicciones estuvieran muy equivocadas. Algunas estimaciones hablan de que en los próximos años se fabricarán unos 35.000 drones en el mundo, siendo este uno de los segmentos de mayor crecimiento en la industria aeronáutica. En estos momentos, dos tercios de los mismos se producen en Estados Unidos e Israel y menos del diez por ciento en Europa. Y, cada vez más, estos aviones no tripulados se usan fuera de las zonas de conflicto para usos policiales, civiles y comerciales, lo que, indudablemente, suscita cuestiones y preocupaciones para la privacidad de las personas.”⁴

En esta misma sintonía, los drones que son utilizados en el campo militar incluso han sido utilizados como “drones kamikazes”, así lo confirman algunos diarios internacionales y nacionales en la guerra actual que está siendo llevada entre Rusia y Ucrania: “El 13 de abril Estados Unidos anunció el envío a Ucrania de 300 sistemas aéreos no tripulados AeroVironment Switchblade, un UAV de pequeño tamaño para unidades de infantería, que puede ser usado como un dron de reconocimiento y también como un dron kamikaze de ataque, al llevar una carga explosiva en su fuselaje”⁵

Asimismo, se ha señalado que: “el despliegue de la utilización de drones se inserta en un contexto mayor: la utilización de tecnologías con el propósito de vigilancia. O, en lo que podemos llamar, en términos de Gilles Deleuze (1991), sociedad de control. A diferencia de lo que Michel Foucault (1976) señalaba sobre las sociedades disciplinarias donde el sujeto era vigilado en el marco de un modelo panóptico – materializado no sólo en las prisiones sino también en escuelas, fábricas y hospitales donde se divide el espacio y asegura la vigilancia mediante el efecto de la visibilidad continua-, en la sociedad de control ya no se necesita de la modalidad de encierro para vigilar a los sujetos (Deleuze, 1991) pues la observación es permanente. Esto se debe a que, actualmente, este control está más relacionado con las tecnologías que con las instituciones en sí mismas.

⁴ Emilio Aced Féliz, *Drones: una nueva era de la vigilancia y de la privacidad*, nota de opinión, marzo de 2013.

⁵Véase: <https://www.elsol.com.ar/el-mundo/video-un-dron-kamikaze-destruyo-un-tanque-y-mato-soldados-rusos-que-hacian-un-picnic> y <https://cnnespanol.cnn.com/video/dron-kamikaze-ataque-tanque-ruso-pkg-digital/>

Tomando como base los argumentos de ambos autores, podemos afirmar que esta sociedad que todo lo controla se ha perfeccionado en sus formas más variadas y, como veremos en el caso de los drones, más “nítida”.

Los drones han llegado directo desde el campo militar para consolidar esta sociedad de control en constante reafirmación y evolución. La particularidad de los drones, a diferencia de las cámaras de vigilancia tan arraigadas en el imaginario social como elemento de prevención del delito, es la mayor capacidad de filmación y captación de imágenes y otros datos personales -como puede ser la voz- de estos dispositivos. La movilidad de los VANT y su pequeño tamaño permite la captación de imágenes desde otros ángulos afianzando el concepto de vigilancia permanente”.⁶

Además, se han utilizado drones para reconocimiento facial y control de seguridad en distintos países, mayormente en los países de primer mundo. Esto se ha visto agravado por motivo de la pandemia, justamente para el control de la sociedad a fin de que cumplan con los decretos del poder ejecutivo y de la regulación normativas de los poderes legislativos locales.

El responsable de la policía local en España, Matteo Copia ha dicho que: “En España, hay localidades que los utilizan para controlar las llegadas o el consumo de agua en los hogares; en Jordania, vigilan que el confinamiento se cumple a rajatabla; en Francia, sobrevuelan las playas y las márgenes del Sena, en París, y en Grecia vigilan Atenas y Tesalónica desde el cielo.

Elevamos el dron a 25 metros y cuando éste detecta personas, lo bajamos para tomar la temperatura de las personas con más precisión, pero, de todas formas, es algo aproximado”. En su pantalla de control, se ven dos siluetas con colores más o menos cálidos, que permitirían detectar cualquier caso de fiebre sospechosa.

Si la “temperatura corporal parece anormal, enviamos una patrulla [...] para que tome la temperatura con un termómetro y establecer si la persona se encontraba en cuarentena obligatoria y la ha violado, o si estaba en autoconfinamiento y ha salido por motivos de salud”, señalaba el policía. “Además, con los sensores térmicos, el dron también puede detectar a los infractores nocturnos”.⁷

Por último y como una cuestión fundamental y muy importante para este trabajo de investigación, es la utilización de los drones por las fuerzas

⁶ SID 2015, 15º Simposio Argentino de Informática y Derecho. El doble filo de los drones: regulación y resguardo de la privacidad en Argentina Agustina Callegari y Adela Goberna.

⁷Véase: <https://www.losandes.com.ar/article/view/?slug=en-italia-los-drones-detectan-a-infractores-de-la-cuarentena-y-les-toman-la-temperatura>

de seguridad para realizar allanamientos, para realizar videos-vigilancias, para prevención del delito, entre otras tantas funciones, que luego (la prueba recogidas por éstos) serán utilizadas en la justicia para llegar al descubrimiento de la verdad, donde se evaluará o no, su eficacia probatoria.

En este mismo sentido, se ha dicho que: “En términos tecnológicos también usamos otra área que es de apoyo técnico. Una de las más novedosa que se usa mucho en eventos masivos es el reconocimiento facial, cuando hay un pedido de captura, se puede hacer un monitoreo en vivo desde los drones y enviar la información en tiempo real.

Hace poco, por ejemplo, utilizaron uno de estos vehículos voladores no tripulados para acceder a objetivos desde la altura, en el caso de un denunciado por maltrato animal. Hubo un detenido y 46 aves en peligro de extinción rescatadas. Pero también se usan para grabar el momento de un allanamiento y que sirva como prueba para la fiscalía.

La tecnología también sirve por ejemplo para vigilar lugares a la espera del momento para realizar un allanamiento o filmar evidencias de los objetos que hay en un lugar. Además, lo que antes se hacía con humanos en un auto o una camioneta, esperando horas o días el momento indicado, ahora se puede hacer con una cámara que hasta incluye conexión a Internet, para poder acceder a las grabaciones de manera inalámbrica.

Las herramientas técnicas y científicas nos permiten complementar el trabajo de investigación del personal. Ayudan a llegar al objeto de investigación sin exponer al investigador y que ello conlleve a frustrar la pesquisa. Lo técnico apoya a lo investigativo para que sea eficiente”.⁸

2. Regulación de los drones

2.1. Regulación internacional⁹

⁸Véase: <https://tn.com.ar/tecno/novedades/2021/08/29/como-funciona-el-laboratorio-de-informatica-forense-que-recupera-informacion-de-celulares-rotos-y-realiza-operativos-con-drones/>

⁹ SID 2015, 15º Simposio Argentino de Informática y Derecho. El doble filo de los drones: regulación y resguardo de la privacidad en Argentina Agustina Callegari y Adela Goberna

En Latinoamérica, el ordenamiento colombiano ha decidido aplicarles a los drones las mismas normas que a los aeromodelos. Esto significa que no serán considerados aeronaves y, por lo tanto, no estarán sujetos a las disposiciones aeronáuticas. Ahonda diciendo que las aeronaves no tripuladas con fines no deportivos (como la teledetección, fotografía o televisión) están permitidas, teniendo en cuenta los miramientos de los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia (RAC), en su numeral 4.258.2, sección “Otras operaciones”.

Por otro lado, Brasil, usuario estrella de la región, cuenta con una reglamentación diferente a la que presenta Colombia: en la legislación brasileña, un aeromodelo será utilizado solamente con fines recreativos o de competición, mientras que el Dron (o “Aeronave Remotamente Pilotada”) deberá solicitar un certificado de aeronavegabilidad, para poder operar un dron experimental con fines de investigación, desarrollo, formación de tripulación y/ o estudios de mercado (ANAC, 2012).

En sintonía con la legislación brasileña, la República de Chile ha instrumentado un sistema similar. Se debe presentar un plan de vuelo y las solicitudes correspondientes, siendo considerados los Drones (o Aeronave Pilotada a Distancia RPA) como aeronaves. Asimismo, se establece una limitación al uso de los VANT diciendo que éstas no podrán volar sobre poblados y/o terminales aéreas de aeródromos (DGAC, 2014).

Interesante es el caso de México, que por su cercanía con uno de los grandes productores de drones en el mundo, Estados Unidos, ha tomado una significativa relevancia. Dentro del ordenamiento jurídico mexicano encontramos que la circular COAV23-10 (Dirección General de Aeronáutica Civil, 2010), la cual fija que para poder volar legalmente un dron en el espacio aéreo mexicano deberá tener un Certificado de Aeronavegabilidad Especial Categoría Experimental, el cual solo será otorgado para las UeAS que se utilicen para alguna de estas categorías: investigación y desarrollo (A), adiestramiento de tripulación (B), demostración de aeronave (C) y/o vigilancia y patrullaje (D). Es decir, el uso civil de las UAS se encuentra circunscripto a que éstas realicen alguna de las actividades detalladas anteriormente.

En Europa, puntualmente en España, se ha puesto de manifiesto la necesidad de regular los llamados “Drones”. Con fecha 4 de julio de 2014, se dictó el Real Decreto - ley 8/2014 (Boletín Oficial del Estado de España, 2014), el cual muestra la clara postura del Reino de España de comenzar incipientemente a legislar sobre este tema. Es relevante destacar que, dicho decreto, faculta al Ministerio de Defensa y al Ministerio de Fomento a

delinear una política efectiva sobre las limitaciones y condiciones que se le aplicarán a los drones en materia del espacio aéreo.

La República Italiana ha también acompañado este avance sobre la regulación de los drones. El nuevo Reglamento Italiano sobre medios aéreos de pilotaje remoto es clara muestra de este avance: una normativa completa que abarca todas las aristas operacionales de los Drones, desde su definición - entendiéndolos como aeronaves, con limitaciones en su peso (25kg) - pasando por las operaciones autorizadas - especializadas o experimentadas, quedado vetado el transporte de mercancías - y terminando con aeronavegabilidad del mismo - donde se ha fijado cómo se expedirán los certificados y los seguros que deberán tener para poder operar (Agostinelli, 2014). Es fundamental mencionar que la legislación italiana ha hecho hincapié en la protección de datos y privacidad, instando que se deberá reportar en la documentación presentada para obtener los certificados y será evaluado por la autoridad competente

Por otro lado, la Agencia de Defensa Europea (EDA) ha comenzado a implementar políticas sobre el Cielo Único Europeo y los drones. En el Salón Aeronáutico de París, tanto la EDA como Eurocontrol han suscrito una lista de prioridades para poder integrar a los drones al espacio aéreo europeo que hoy es dominio de las aeronaves tradicionales. Esta coalición europea, sumado a las legislaciones de la eurozona en avance, nos demuestra a claras el norte del viejo continente (Infodefensa, 2013).

Seguidamente, es menester destacar la tarea de Australia en la regulación de los drones. Este país ha sido pionero en cuanto a voluntad de política de comenzar a legislar sobre VANT. Se destacan los proyectos de la Autoridad Aeronáutica australiana (CASA por sus siglas en inglés), donde se han establecido los requisitos para poder obtener el certificado habilitante, siempre ligado a la investigación y experimentación. Los proyectos australianos introducen también aún más medidas plausibles de análisis a la hora de otorgar el certificado, entre ellas: - Las personas que puede operar el UAS. -El área de operación, altitudes y tiempos. - Requerimientos de notificación para la Publicación de Información Aeronáutica (AIP) y para Aviso a la Navegación Aérea (NOTAM) (Agostinelli, 2014). La OACI – Organización de Aviación Civil Internacional -, que cuenta con más de 190 miembros nucleados, ha también manifestado su interés en comenzar a regular las cuestiones relativas al espacio aéreo y los drones. Es la circular 328 la que da el puntapié inicial de este organismo cuando de VANT se habla. Jurídicamente, es este texto el que nos brinda un marco internacional a la cuestión de drones. Sucintamente, y dado que no es este el objetivo de la ponencia, detallaremos las pautas más relevantes: A nivel clasificación, la circular nos

provee de tres categorías, siendo militares, gubernamentales no militares y civiles, otorgándoles requisitos diferentes de acuerdo a su utilidad.

Operativamente, en vistas del convenio de Chicago requiere que haya un piloto al mando, la circular 328 intenta equiparar la situación en los términos del Art. 8, llamando a los Estados a emitir regulación en miras de permitir dichas aeronaves y así resguardar al resto de las aeronaves civiles. De cualquier forma, considerando que este apartado solo busca mostrar una tendencia global, mencionaremos que la OACI se ha comprometido a elaborar un marco regulatorio común para todos los países miembro, pudiendo así satisfacer los requisitos del Art. 8. Si bien los mecanismos de preparación se han puesto en movimiento, la OACI espera poder tener listo este documento hacia el año 2018 (Vasallo, 2013).

2.2. Regulación nacional – Argentina

En el ámbito nacional, Argentina cuenta con la Disposición 20/2015 de la Dirección Nacional de protección de datos personales, la cual dispone una legislación específica relacionada con la protección del derecho a la intimidad frente a la actividad con DRONES.

De todas maneras, con la simple lectura de la Disposición 20/2015 no se advierte una regulación diferente a la Ley 25.326 (de protección de datos personales).

En este sentido, la disposición refiere que la recolección de datos personales (fotográficos, fílmicos y sonoros o de cualquier otra naturaleza) a través de dispositivos montados en VANT o drones será lícita en la medida que se realice con el consentimiento del titular del dato según lo previsto en los artículos 5° y 6° de la Ley N° 25.326.

Asimismo, resulta interesante lo contemplado en la disposición respecto cuando puede utilizarse la información recolectada por drones sin el consentimiento previo, en la medida de que no implique una intromisión desproporcionada en la privacidad del titular de los datos y es en los siguientes casos:

a) Cuando los datos se recolecten con motivo de la realización de un acto público o hecho sobre el que pueda presumirse la existencia de un interés general para su conocimiento y difusión al público;

b) Cuando los datos se recolecten con motivo de la realización de un evento privado (se realice o no en espacio público) en el que la recolección de los datos y su finalidad, por parte del organizador o responsable del evento, respondan a los usos y costumbres (por ejemplo casamientos, fiestas, etc.);

c) Cuando la recolección de los datos la realice el ESTADO NACIONAL en el ejercicio de sus funciones;

d) Cuando los datos se recolecten con motivo de la atención a personas en situaciones de emergencia o siniestros;

e) Cuando los datos se recolecten dentro de un predio de uso propio (ej. propiedad privada, alquiler, concesión pública, etc.) y/o su perímetro sin invadir el espacio de uso público o de terceros, salvo en la medida que sea una consecuencia inevitable, debiendo restringir la recolección de datos al mínimo necesario y previendo mecanismos razonables para que el público y/o los terceros se informen de una eventual recolección de su información personal en tales circunstancias. En caso que se prevea el acceso de terceros de la propiedad en forma habitual (por ejemplo, un predio deportivo) se deberá informar las medidas de recolección de datos previstas como condición de acceso, en los términos del artículo 6° de la Ley N° 25.326

Lo expuesto parecería indicar que las excepciones pasarían a ser la regla general si tenemos en cuenta el inciso c) antes señalado: “Cuando la recolección de los datos la realice el ESTADO NACIONAL en el ejercicio de sus funciones” ya que la forma en que está redactado prestaría a confusión y podría abarcarse una gran cantidad de supuestos, pasando a ser la regla general, es decir, utilizar los datos sin el consentimiento previo del titular.

Además de lo expuesto, es necesario destacar que la disposición 20/2015 señalada utiliza la frase: “*en la medida de que no implique una intromisión desproporcionada en la privacidad del titular de los datos*”. Ahora bien, ¿qué se entiende por intromisión desproporcionada? Es una pregunta que daría lugar a muchas opiniones y criterios. De todas maneras, está íntimamente relacionada con la expectativa de privacidad, la cual se analiza en el presente trabajo de investigación.

Por otro lado, se agrega que los medios técnicos previstos para la recolección de los datos personales a través de los VANT o drones deberán ser proporcionados, pertinentes y no excesivos respecto de la finalidad que

motiva dicha recolección, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 4° de la Ley N° 25.326, verificando que no afecten el derecho a la intimidad del titular del dato.

Finalmente, resulta necesario plasmar las ideas del Dr. Marcelo A. Riquert, quien a su vez cita a grandes doctrinarios para explicar este punto, diciendo que: “En este sentido, Hairabedián –con cita a Timothy T. Takahashi-, ha resaltado que muchas de las cuestiones conflictivas que se derivan del uso de drones no pueden ser fácilmente resueltas con los precedentes convencionales, usando ejemplos de la jurisprudencia estadounidense relevantes.

Así, la policía no puede emplear equipos de vigilancia sofisticados sin una orden judicial y, aún con ella, el espectro de una orden genérica presenta límites: si los drones captan visualmente un sospechoso mientras reporta su historial de tiempo y ubicación, pueden proveer el tipo de evidencia posicional de largo término que la Corte Suprema de USA en 2012 en el caso “Jones” consideró inadmisibile (allí fijó el estándar de orden judicial para el seguimiento mediante GPS); si el dron es muy pequeño puede ofrecer información visual simple desde puntos de ventaja inaccesibles a un oficial de las fuerzas del orden, lo que podría ir contra lo resuelto por la misma Corte en 1989 en el caso “Riley” (necesidad de orden judicial para una vigilancia de baja altitud de una aeronave); si el dron es grande y equipado con sensores multimodales como visión nocturna y detección térmica podría contrariar lo resuelto por dicho alto tribunal en 2001 en la causa “Kyllo”, mientras que si lleva “nariz electrónica” los olores captados deberán evaluarse bajo el precedente “Cabellas”, de 2005 (vinculado al uso de perros policía para detectar drogas) o si tienen radares de imágenes ultrainvasivos para ver a través de paredes, aún con orden debería pasar el tamiz del caso “Hicks”, de 1987, y los estándares de la “plan view doctrine”.

El tema, pocos años atrás, llamó la atención del Tribunal Constitucional de Perú, que fijó siete criterios para establecer estándares de privacidad en materia del uso de “drones”, a saber:

1) La manipulación de aeronaves pilotadas a distancia en zonas urbanas tiene altas probabilidades de vulnerar o amenazar la tranquilidad y seguridad personal de los ciudadanos. Por este motivo, el uso de los dispositivos dron es susceptible de ser regulado y limitado. No obstante, resulta razonable que las limitaciones que se establezcan a su uso encuentren excepciones en los casos en los que sean realizadas por entidades públicas en actividades gubernamentales.

2) Sin necesidad de ingresar a un espacio privado de manera física, a través de un dron se pueden captar detalles íntimos de la vida personal o familiar. En ese sentido, para sobrevolar un dron se deberían tomar todas las precauciones necesarias para evitar vulnerar o amenazar, por ejemplo, el derecho a la intimidad de cualquier persona.

3) Con el fin de evitar irrupciones en la vida privada y familiar de las personas, el operador de dispositivos dron debería evitar acceder a lugares que impliquen un riesgo para la intimidad de las personas, como ventanas, jardines o terrazas.

4) Para que la intrusión de los drones en la privacidad se justifique, esta debería ser razonable y proporcional al beneficio que pretende obtener.

5) Excepto en situaciones de interés público y de carácter humanitario, como por ejemplo en situaciones de emergencia o siniestros, los operadores de VANT deberían tener prohibido sobrevolar predios privados o del Estado sin autorización previa del morador o de la autoridad pertinente.

6) La recolección de datos personales mediante el uso de drones sería lícita en los casos en los que se realice dentro de un predio de uso propio (por ejemplo: en una propiedad privada, alquilada, o adquirida mediante concesión pública, etc.).

7) A pesar de estar en espacios públicos y debido a los posibles riesgos a la integridad personal, debería prohibirse el sobrevuelo de drones sobre aglomeraciones de personas.

Asimismo, las personas mantendrían su derecho a la privacidad y a su imagen a pesar de encontrarse en espacios públicos. Podrá advertirse en lo que sigue que, en nuestro país, estos aspectos han sido tenidos en cuenta al momento de elaborar la reglamentación vigente en la materia.

Así, Hugo A. Vaninetti señala que la Disposición 20/2015 de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales (DNPDP), dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, reconoce que una imagen o registro fílmico o sonoro de las personas constituye, a los efectos de la ley 25.326, un dato de carácter personal en tanto se refiere a una persona determinada o determinable. A su vez, todo lo relacionado con el tratamiento de datos personales referidos a fotografías

y/o filmaciones y/o sonidos de personas constituye una base de datos sujeta también al régimen de la mencionada LPDP.”¹⁰

¹⁰ Marcelo A. Riquert, *Drones y su uso por las fuerzas de seguridad en un proceso penal*, Véase en <https://www.calz.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/22-06-2021-Drones-y-su-uso-por-las-fuerzas-de-seguridad-en-un-proceso-penal.pdf>

CAPITULO 2

INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO, DERECHO A LA PRIVACIDAD E INTIMIDAD Y DATOS PERSONALES COMO PRINCIPALES GARANTÍAS QUE PUEDEN SER VULNERADAS POR EL USO DE DRONES.

1. Introducción

Respecto a su posible colisión con los derechos fundamentales del imputado, como el derecho a la intimidad, la inviolabilidad del domicilio, los datos personales y otros tantos derechos que pueden ser vulnerados al aplicar la tecnología de punta que utilizan los vehículos aéreos no tripulados, cabe destacar que las imágenes y videos resultantes serán analizadas por personal autorizado.

“Esto es algo muy a tener en cuenta a la hora de presentar imágenes obtenidas por un dron como prueba en un juicio, dado que el hecho de que para la obtención de esas pruebas se haya vulnerado algún derecho fundamental conllevaría automáticamente la inadmisión de la prueba. Además, hay que destacar que la cadena de custodia de dichas imágenes debe ser cuidada de manera que se pueda garantizar sin ningún tipo de duda que no han sido alteradas desde que fueron captadas por el dron hasta que fueron presentadas en el juicio, por lo que es necesario recurrir a técnicas como la encriptación de los archivos”.¹¹

Si bien como se indica en el párrafo que antecede, las pruebas obtenidas por drones (entre otras de la misma especie) tienen como consecuencia automática la inadmisibilidad de la prueba cuando fueren resultado de una vulneración de las garantías constitucionales del imputado, las mismas podrían tener “eficacia probatoria” en ciertos supuestos excepcionales que se tratan en este trabajo y que se desarrollarán más adelante.

¹¹ INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHO PENAL* INTELLIGENCE AND CRIMINAL LAW - Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 792-843 -María Hernández Giménez.

2. Inviolabilidad del domicilio

El artículo 18 de nuestra Constitución Nacional determina la inviolabilidad del domicilio, la cual refiere en su parte pertinente que: *“El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación”*.

Es sabida la protección de inviolabilidad que la Constitución otorga al domicilio de las personas, en el sentido amplio del término. La única manera de vulnerar esa protección es: a) a través de una orden judicial dictada en un proceso penal por el Juez que interviene en el mismo, debiendo ser debidamente fundada; y/o b) por medios de los supuestos expresamente establecidos en el código de procedimientos para los allanamientos sin orden.

En los sistemas acusatorios actuales, predominantes en casi la totalidad de los países, es el Ministerio Público Fiscal quien debe encargarse de solicitar la medida de allanamiento frente a las causales o hipótesis que prevea la ley. De allí, una vez encausada la solicitud, será el Juez quien decida otorgar o denegar la medida de allanamiento en sí. Este último tiene el deber de controlar la no afectación de las garantías constitucionales de los sospechados/imputados.

Destacada doctrina indica que el artículo 19 de la Constitución Nacional fija los límites que permitirán tolerar la afectación de esta garantía: la moral y el orden público, como así también los derechos de terceros.

En este orden de ideas, y en relación a la prueba recogida por drones, la jurisprudencia ha dado lugar a declarar nula la prueba obtenida por drones cuando ello ha implicado una “invasión al domicilio” de las personas sin orden judicial, aunque en el caso se trataba sobre la salud pública como bien jurídico protegido (caso de estupefacientes).

La resolución judicial que se comenta es la nro. 17.673/I Expediente I.P.P. caratulada "NN s/ estupefacientes -siembra o cultivo- artículo 5 Ley 23.737" en la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, de fecha 6 de Noviembre del año dos mil diecinueve, donde la Sala de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial Bahía Blanca, declaró improcedente un recurso de apelación deducido por el Ministerio Público Fiscal en razón de que el Juez de primera instancia (Juzgado de Garantías nro. 3 Departamental -Dra. Susana Calcinelli-) dispuso la exclusión probatoria de las placas fotográficas de fs. $\frac{3}{4}$ (tomadas por drones), y -en consecuencia denegó el allanamiento requerido, por no

contarse con elementos de convicción suficientes que justifiquen la intromisión.

En esta causa, el Ministerio Público Fiscal consideró que: "...ni el personal policial, ni el dron ingresaron al domicilio investigado..." y que "...el levantamiento de un dron en forma vertical no resulta violación de domicilio...". Para sostener este argumento, destacó lo declarado por el personal policial a fs. 2 vta., donde se expuso que el dron "...se alzó sobre la esquina del inmueble pudiendo divisar que el patio del domicilio de esta persona hay una construcción de chapas y ladrillo, la cual tiene como techo una red color naranja, a través de la cual se puede observar plantas similares a las de la especie cannabis sativa..."

Por otra parte, la Jueza de primera instancia (posición que se comparte) sostuvo, a partir de una valoración de los elementos obrantes en la causa, que los medios de convicción ofrecidos han afectado los derechos constitucionales a la privacidad e intimidad, por "...invadir un espacio privado sobre el que cualquier injerencia solo puede ser decidida con intervención de los órganos judiciales y jurisdiccionales..."

En la misma sintonía que primera instancia, la Cámara de Apelaciones sostuvo que: "Sin perjuicio de ello, debo desatacar que, atento las posibilidades de intromisiones ilegítimas en la privacidad de los ciudadanos que puede derivarse del uso de nuevas tecnológicas, resulta importante recomendar un uso especialmente prudente y cuidadoso de esos elementos (como medios de investigación), procurando -de ser posible- una activa participación de los órganos judiciales y jurisdiccionales en la efectivización de las diligencias, a fin de garantizar una efectiva tutela de los derechos constitucionales (ello como regla y sin perjuicio de otras situaciones excepcionales donde motivos urgentes y de gravedad pudieran ameritar el accionar sin ese control judicial y jurisdiccional previo)."

Lo que se intenta dejar plasmado con el caso traído a colación es que el domicilio de una persona es una garantía constitucional que debe ser altamente protegida y que, en todos los casos, se deben tomar los recaudos necesarios para garantizar esa tutela efectiva.

En este mismo orden de ideas, se ha dicho que: "de este esquema derivan tres consecuencias principales: 1) Que la regla es la inviolabilidad, y toda ley que autorice al Estado a ingresar a un domicilio debe contemplar casos excepcionales (art. 28 CN). Por eso las limitaciones impuestas por leyes reglamentarias a esta garantía, constituyen cuestión federal que habilitó la procedencia del recurso extraordinario, sobre todo a partir del caso "Fiorentino"; 2) Que deben mediar justificativos de la medida, lo que implica la prohibición de la arbitrariedad y la exigencia de razonabilidad,

regla sustancial denominada también, como lo refiere Germán Bidart Campos, “el principio o la garantía del debido procesos sustantivo”, que posee como finalidad preservar el valor justicia en el contenido de todo acto de poder; y 3) Que siendo el dictado de normas procesales un poder no delegado por las provincias, las leyes que se dicten en reglamentación de la garantía estarán a cargo de los órganos legislativos provinciales, y del Congreso de la Nación en el supuesto de que esas normas procesales estén destinadas a regir el proceso penal nacional”.¹²

Ahora bien, el autor citado en el párrafo que antecede refiere que el mandato constitucional tutela tanto la propiedad, la libertad, como la intimidad y que, a su vez, éstas se tratan de una “protección de segundo nivel”. Como argumento, trae a colación las palabras de Alberto Binder al decir que: *“no se trata de una protección absoluta que impida por completo la búsqueda de información en el domicilio de una persona [...] La protección que ofrece el proceso radica en que no será posible buscar información en tales fuentes si no media una autorización expresa de un Juez”*.¹³

Por lo expuesto, resulta interesante la mención al punto de “protección de segundo nivel”, dando la pauta que, en ocasiones, puede permitirse “invadir el domicilio” si las circunstancias del caso lo ameritan, es decir: con una orden judicial o en casos de allanamiento sin orden, según las causales expresas en cada código procesal según el ámbito de competencias.

En el presente trabajo final de especialista, la intención del autor es tratar de descifrar si esa protección de “segundo nivel” cede ante delitos que afecten o vulneren derechos humanos, en especial derechos fundamentales de víctimas en situación grave de vulnerabilidad (menores de edad o casos de violencia de género en especial) o casos que se afectare el medio ambiente como derecho humano; y en casos de delitos graves que tengan previsto como sanción, una pena de prisión no menor a 8 años de prisión (considerada en abstracto). En este sentido, se propone que surja presupuestos objetivos a fin de evitar criterios jurisprudenciales diferenciados. Lo cual, podría verse reflejado normativamente.

Ello se debe a que la jurisprudencia nacional e internacional han admitido en algunos casos, fundado en las excepciones de las exclusiones probatorias, la afectación de una garantía constitucional del imputado y de esa manera, dotar de eficacia probatoria a la prueba que se recabó en razón de la violación de esa garantía. Sin lugar a dudas, teniendo en cuenta

¹² Maximiliano Hairabedián, *El registro y el allanamiento en el proceso penal*, 2da Ed. actualizada y ampliada, Alvearoni ediciones, Córdoba, 2019, p. 27

¹³ Alberto Binder, *Introducción al derecho procesal penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 185

este vacío normativo, la situación quedaría a criterio jurisprudencial en cada caso en concreto. Ello implica que se dejaría un gran margen de discrecionalidad que, como consecuencia, en casos similares podrían tener soluciones distintas según la jurisdicción donde transcurran los hechos.

Por lo tanto, lo que se intenta con este trabajo de investigación es proponer criterios objetivos donde la protección de segundo nivel (en este caso: propiedad, intimidad, datos personales y privacidad) ceda ante los casos anteriormente enumerados, aunque de manera excepcional.

3. Derecho a la intimidad y privacidad

Para comenzar con este punto, es necesario destacar que si bien hay doctrina que distingue entre intimidad y privacidad, ello no es objeto de este trabajo, aunque sí se hará una muy breve mención al respecto más adelante.

El artículo 19 de nuestra Constitución Nacional establece la guía y pauta máxima de este derecho al decir: *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”*

Este derecho ha sido conceptualizado por gran parte de la doctrina. Ekmekdjian lo describe como “la facultad que tiene cada persona de disponer de una esfera, espacio privativo o reducto inderogable de libertad individual, que no puede ser invadido por terceros –ya sea que se trate de particulares o del propio Estado– mediante intromisiones que pueden asumir diversos signos. Este derecho requiere el respeto a las condiciones mínimas indispensables para que el hombre logre desarrollar sus aptitudes potenciales”.¹⁴

El artículo 19 transcrito es el punto de partida del derecho de intimidad y privacidad de las personas, como derechos fundamentales. En este sentido, se ha señalado que: “en relación a la toma de imágenes, tomando lo expresado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2003), es importante señalar que todos los ciudadanos poseen aún en el espacio público una expectativa de anonimato pues, la captura y la difusión

¹⁴ Miguel Ángel Ekmekdjian, *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 2005, T. II, p. 375.

de imágenes de personas que circulan libremente por el espacio público, no las vuelve “disponibles”. Sin dudas, este argumento debe ser contemplado a la hora de analizar el tema de drones.

También, en el caso de realizar grabaciones a través de drones que sean legítimas, es necesario que sean definidos los periodos de conservación de las imágenes teniendo en cuenta las particularidades del objeto.

Asimismo, deben implementarse procedimientos de destrucción de las mismas una vez que ya no sean necesarias para la finalidad para la que fueron recogidas. Solo podrán conservarse para investigaciones policiales o judiciales, siempre y cuando dichos plazos no sean excesivos. Por otro lado, es necesario señalar el concepto de privacidad por diseño (privacy by desing) que hace referencia a la introducción del concepto de privacidad en el diseño mismo de la tecnología. Como una posible medida dentro de la creación del dispositivo, y ante el inminente uso de drones para filmar y fotografiar, se ha comenzado a fomentar el uso de programa anonimizadores de análisis de video.

El objetivo de estas herramientas, instaladas previamente en los dispositivos de grabación, es “analizar la entrada de video y detectar si la disposición de los píxeles se asemeja al patrón de una cara humana. Cada fotograma de vídeo es analizado para detectar la presencia de caras y, si ello sucede, el fotograma se destruye en el acto” (Aced, 2013). Si bien con esto se busca evitar que exista un tratamiento posterior de la imagen personal, la sola difuminación de los rostros no es medida suficiente para garantizar la protección de la privacidad de los ciudadanos ya que hay otros rasgos de la imagen que pueden hacer identificable a una persona.”¹⁵

Por último, cabe recordar las palabras del Dr. Nino cuando definió la privacidad y la diferenció de la intimidad. En aquella oportunidad, explicó que la privacidad es el derecho a no ser molestado cuando se realizan actos voluntarios que de ninguna manera afectan a terceros, mientras que la intimidad es el derecho a que determinadas acciones queden exentas del conocimiento general.¹⁶

4. Protección de Datos Personales

¹⁵ SID 2015, 15º Simposio Argentino de Informática y Derecho. El doble filo de los drones: regulación y resguardo de la privacidad en Argentina Agustina Callegari y Adela Goberna.

¹⁶ Nino, C.S., Fundamentos de derecho constitucional, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 304.

Tal y como se hizo referencia anteriormente, los Drones son capaces de captar imágenes y videos de la más alta definición, recabando información en tiempo real. A ello se le suma una característica muy importante, en aquellos Vants más avanzados: el reconocimiento facial. Esta herramienta es muy utilizada en las “sociedades de control”, por lo general en los países más avanzados tecnológicamente.

Por tal motivo, estas cualidades sin lugar a dudas presentan riesgos y preocupaciones innumerables. En este contexto, no está de más decir que la imagen y los datos obtenidos por los Drones es contenido de carácter personal y está protegido en cada país de distinta manera.

En el caso de Argentina, como ya se adelantó, existe la Ley de protección de datos personales (Ley N° 25.326). La autoridad de aplicación de la norma es la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales (DNPDP) dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Asimismo, esta ley es la encargada de proteger los datos personales y de dar las garantías suficientes al ciudadano. Precisamente, el artículo 1 de la norma referida establece que: “ *la ley tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional*”.

Es decir, que la protección de datos personales es bastante amplia, máxime teniendo en cuenta que la norma entiende que los datos personales es cualquier información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal, por lo que encuadra en los supuestos donde los DRONES recaban información y datos en la investigación penal.

Por otro lado, y tal como se ha referenciado previamente, Argentina cuenta con la Disposición 20/2015 de la Dirección Nacional de protección de datos personales, la cual dispone una legislación específica relacionada con la protección del derecho a la intimidad frente a la actividad con DRONES.

De todas maneras, con la simple lectura de la Disposición 20/2015 no se advierte una regulación diferente a la Ley 25.326, cumpliendo con el concepto vertido en los párrafos anteriores.

En este sentido, la disposición refiere que la recolección de datos personales (fotográficos, filmicos y sonoros o de cualquier otra naturaleza) a través de dispositivos montados en VANT o drones será lícita en la medida que se realice con el consentimiento del titular del dato según lo previsto en los artículos 5° y 6° de la Ley N° 25.326.

Asimismo, resulta interesante lo contemplado en la disposición respecto cuando puede utilizarse la información recolectada por drones sin el consentimiento previo, en la medida de que no implique una intromisión desproporcionada en la privacidad del titular de los datos y es en los siguientes casos:

- a) Cuando los datos se recolecten con motivo de la realización de un acto público o hecho sobre el que pueda presumirse la existencia de un interés general para su conocimiento y difusión al público;
- b) Cuando los datos se recolecten con motivo de la realización de un evento privado (se realice o no en espacio público) en el que la recolección de los datos y su finalidad, por parte del organizador o responsable del evento, respondan a los usos y costumbres (por ejemplo, casamientos, fiestas, eventos, etc.);
- c) Cuando la recolección de los datos la realice el ESTADO NACIONAL en el ejercicio de sus funciones;
- d) Cuando los datos se recolecten con motivo de la atención a personas en situaciones de emergencia o siniestros;
- e) Cuando los datos se recolecten dentro de un predio de uso propio (ej. propiedad privada, alquiler, concesión pública, etc.) y/o su perímetro sin invadir el espacio de uso público o de terceros, salvo en la medida que sea una consecuencia inevitable, debiendo restringir la recolección de datos al mínimo necesario y previendo mecanismos razonables para que el público y/o los terceros se informen de una eventual recolección de su información personal en tales circunstancias. En caso que se prevea el acceso de terceros de la propiedad en forma habitual (por ejemplo, un predio deportivo) se deberá informar las medidas de recolección de datos previstas como condición de acceso, en los términos del artículo 6° de la Ley N° 25.326

Lo expuesto parecería indicar que las excepciones pasarían a ser la regla general si tenemos en cuenta el inciso c) antes señalado: “Cuando la recolección de los datos la realice el ESTADO NACIONAL en el ejercicio de sus funciones” ya que la forma en que está redactado prestaría a confusión y podría abarcarse una gran cantidad de supuestos, pasando a ser la regla general, es decir, utilizar los datos sin el consentimiento previo del titular.

Además de lo expuesto, es necesario destacar que la disposición 20/2015 señalada utiliza la frase: “*en la medida de que no implique una intromisión desproporcionada en la privacidad del titular de los datos*”. Ahora bien, ¿qué se entiende por intromisión desproporcionada? Es una pregunta que daría lugar a muchas opiniones y criterios. De todas maneras, está íntimamente relacionada con la expectativa de privacidad, la cual se señala y se analiza en el presente trabajo de investigación.

Se agrega que los medios técnicos previstos para la recolección de los datos personales a través de los VANT o drones deberán ser proporcionados, pertinentes y no excesivos respecto de la finalidad que motiva dicha recolección, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 4° de la Ley N° 25.326, verificando que no afecten el derecho a la intimidad del titular del dato.

Sin perjuicio de lo expuesto, en el presente trabajo de investigación se intentará dar respuestas a la eficacia de la prueba obtenida por drones aun cuando se violaren ciertos derechos del imputado y cuando no se hubiese cumplido estrictamente con la reglamentación dictada a tales efectos (decreto 20/2015 y ley 25.326), aunque sólo de manera excepcional y en casos muy graves que lo ameriten, aplicando el principio de proporcionalidad.

CAPITULO 3

LA PRUEBA

Desde los inicios de la práctica criminal existió y aún existe una esencial e inescindible relación conceptual entre “prueba” y “verdad”. La verdad constituía el extremo a alcanzar y a descubrir en el proceso penal, es decir, era el fin, y la prueba era el medio, es decir el modo de intentar tal reconstrucción.

El descubrimiento de la verdad real era la única manera concebible de hacer justicia, de modo tal que la verdad era condición de la justicia.

Con el transcurso del tiempo, fue cobrando fisonomía propia el principio de la dignidad humana y, en consecuencia, se fue “dignificando y humanizando” el sistema probatorio, reconociéndose paulatinamente el intrínseco e inalienable valor moral de la persona humana y su carácter final “no instrumental”.

De este modo, la precitada fórmula axiológica se invirtió y se comprendió que también la justicia era condición de la verdad, de manera que “la verdad -para ser verdadera- debía ser justa” y “la justicia -para ser justa- debía ser verdadera”.

Someramente podemos hablar de una evolución en el tiempo en torno al concepto de verdad. Históricamente, en los modelos penales inquisitivos, la invocación de la verdad material, según la teoría de la dualidad de verdades procesales (material y formal), había servido para justificar la admisibilidad y validez de la denominada prueba ilícita, tema que aquí nos ocupa.

Se defendía que todo aquello que pudiera ser utilizado para el descubrimiento de la verdad debía ser valorado por el Juez para formar su convicción fáctica. Y como razón de refuerzo se invocaba, a su vez, el principio de libre valoración judicial de la prueba en su formulación histórica de la íntima convicción. Es decir que, en un contexto inquisitivo, el descubrimiento de la verdad material como fin justificaba y amparaba la utilización de todas las pruebas cualesquiera que fuese su forma de obtención, lo cual debe entenderse incompatible con el Estado de derecho y el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales.

Así las cosas, la verdad forense fue perdiendo absolutidad y se fueron levantando vallas formales (declaraciones, principios y dogmas) y

materiales (garantías, acciones, sanciones procesales y vías impugnativas) que terminaron delimitando su actual configuración procedimental desde una perspectiva realista- objetivista (verdad procesal).

Por otro lado, y siguiendo a dos grandes doctrinarios, el Dr. Carlos Parma y el Dr. Juan Ignacio Pérez Curci, entienden que prueba: “es todo elemento que provoca lo bueno, lo recto, lo honrado”. Así, refieren que: “es correcto afirmar que la prueba confirma o desvirtúa una hipótesis. De esta manera la prueba se mantiene como toda materia útil al juicio histórico que dota de contenido y fundamento a la actividad que se lleva a cabo en el proceso penal. La hipótesis es una explicación razonable de cierta cosa que admite provisionalmente como base para llegar a una consecuencia como punto de partida para una investigación o como arranque de un argumento, aunque su verdad no esté comprobada”.¹⁷

Siguiendo con el concepto de prueba, enseña el notable procesalista Dr. Arazi que: “etimológicamente, el vocablo prueba (al igual que probo) deriva de la voz latina probus, que significa bueno, honrado; así pues lo que resulta probado es bueno, es correcto, es auténtico”¹⁸. Por su parte Alvarado Velloso enseña que “...el verbo probar significa examinar las cualidades de una persona o cosa y su resultado es demostrar la verdad de una proposición referida a esa persona o cosa...”¹⁹.

En un sentido epistemológico, se definió a la Prueba como: “el medio objetivo con cuyo auxilio la verdad logra penetrar en el espíritu”²⁰; y también como “aquellos medios de adquirir certidumbre merced a las huellas que todo hecho particular deja en la mente de los hombres y en las cosas”²¹; toda vez que, en términos de Carrara, instruir quiere decir descubrir lo que no se sabe.

Por otra parte, Vélez Mariconde refiere que la prueba o el elemento prueba es “todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva.”²²

¹⁷ Parma, Carlos; Juan Ignacio Pérez Curci (2018), “*La sentencia: valoración y exclusión de pruebas, argumentación*”, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, p. 97.

¹⁸ Roland Arazi, *La prueba en el proceso civil*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 17.

¹⁹ Adolfo Alvarado Velloso, *Introducción al estudio del derecho procesal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, tomo III, p. 15.

²⁰ Nicola Framarino Dei Malatesta, *Lógica de las Pruebas en Materia Criminal*, Ed. Temis, Bogotá, 1978, vol. I, p. 95

²¹ Pietro Ellero, *De la Certidumbre en los Juicios Criminales o Tratado de la Prueba en Materia Penal*, Ed. Reus S.A., Madrid, 1980, p. 226

²² Alfredo Vélez Mariconde, citado por José I. Cafferata Nores— Maximiliano HAIRABEDIÁN, *La Prueba en el Proceso Penal*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 18.

En esta línea pueden señalarse entonces sus rasgos definitorios, a saber: la objetividad del dato, esto es, su carácter externo, físico y materialmente perceptible; su legalidad o conformidad con el ordenamiento jurídico (exigencia, esta última, que debe concurrir en dos momentos: Primero en la obtención, captación o recopilación del dato -fuente de prueba-; y segundo al tiempo de su incorporación al proceso -medio de prueba-; su relevancia (o utilidad) para comprobar o acreditar el extremo dubitado; y su pertinencia o vinculación temática o conceptual con el aspecto comprobable”.²³

1. La prueba obtenida por drones o vants

Como se refirió anteriormente, los drones o vants pueden recabar datos en distintos lugares: ámbito público (plazas, calles, lagos, etc.) o privados (domicilios particulares, casas, campos, etc.).

Presentan desafíos únicos en el sentido de que pueden recabar cientos de miles de imágenes o videos de larga duración y de una altísima definición, como así también pueden captar la localización de determinadas personas, pueden identificarlas, escucharlas (con medios de grabación de sonidos –incluso en tiempo real-), hasta pueden “oler” ya que los más avanzados tienen un sistema que permite detectar automáticamente ciertos aromas.²⁴

Ello, sumado a la incorporación y avance de la inteligencia artificial en estos artefactos, permite que puedan ser utilizados con fines distintos que logren vulnerar la privacidad, intimidad, datos personales o el domicilio de las personas.

La aplicación de la tecnología para favorecer la investigación policial ha conllevado un cambio notable en la forma de investigación de delitos. En primer lugar, ha supuesto un cambio cualitativo, dado que la tecnología ha permitido la aparición de nuevos medios de investigación, más eficientes en muchos casos, pero también más peligrosos en lo que a la tutela de los derechos fundamentales se refiere. También ha supuesto un cambio cuantitativo, puesto que a día de hoy son más las herramientas al servicio

²³ Gustavo Alberto Arocena– Fabián Ignacio Balcarce– José Daniel Cesano, *Prueba en materia penal*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 26.

²⁴ Véase <https://www.retema.es/noticia/drones-dotados-de-olfato-para-rastrear-los-olores-de-las-plantas-depuradoras-de-agua-fhQXu>

de los investigadores a la hora de esclarecer unos hechos o incluso prevenir un delito. Hay que tener en cuenta que la delincuencia organizada existe desde hace décadas, pero con las aplicaciones tecnológicas que hoy en día existen ha cambiado la forma en la que estas organizaciones funcionan: ahora son capaces de extenderse internacionalmente de una manera mucho más rápida y eficiente y es por ello por lo que se hace muy necesaria la colaboración entre Estados para frenar esta amenaza.²⁵

Por otro lado, hago más las palabras de Vaninetti al explicar que *“la disposición 20/15 reconoce que una imagen o registro filmico o sonoro de las personas constituye, a los efectos de la ley 25.326, un dato de carácter personal en tanto se refiere a una persona determinada o determinable. A su vez, todo lo relacionado con el tratamiento de datos personales referidos a fotografías y/o filmaciones y/o sonidos de personas constituye una base de datos sujeta también al régimen de la ley de protección de datos personales (25.326).”*

*En dicha orientación, los vants o drones realizan una peculiar recolección de datos fotográficos, filmicos y sonoro de personas, en visión aérea y en algunos casos normalmente no detectables, que podrían implicar un importante riesgo para los derechos a la privacidad y a la autodeterminación informativa”.*²⁶

Por último, resta destacar que estas imágenes, videos y datos serán incorporados al proceso penal como una prueba documental (aunque con características especiales). Su incorporación al proceso no tiene una regulación específica y presenta ciertas dificultades no sólo en su incorporación sino también a la hora de su conservación ya que, como resulta lógico, los datos actualmente se extraen de una memoria, se guarda en un equipo de almacenamiento (que puede ser un pen drive o equipo informático) y se debe, posteriormente y de alguna manera, comprobar su autenticidad para su validez.

Este problema no es objeto de estudio en el presente trabajo, pero no está de más decir la ardua y compleja tarea que ello conlleva. Sin perjuicio de expuesto, se destaca que los datos obtenidos por drones deben asimilarse, en cuanto a la incorporación, conservación y tratamiento, a las pruebas digitales.

²⁵ INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHO PENAL* INTELLIGENCE AND CRIMINAL LAW - Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 792-843 -María HERNÁNDEZ GIMÉNEZ.

²⁶ Hugo Alfredo Vaninetti, *Derecho a la intimidad en la era digital*, Hammurabbi, 1ª Edición, Buenos Aires, 2020.

2. Incorporación de la prueba al proceso penal. principio general

En primer lugar, y si bien el presente trabajo de investigación se centrará en poner la atención sobre las pruebas ilícitas y la eventual eficacia de la misma a través del principio de proporcionalidad (como excepción a las exclusiones probatorias), me parece importante destacar la normativa sobre la incorporación de la prueba lícita al proceso penal.

En cuanto al ámbito legislativo de la Provincia de Mendoza, el artículo 205 del Código Procesal Penal dispone la libertad probatoria en el proceso penal: *“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 segundo lugar y en relación al ámbito federal, en Argentina se está implementando un cambio de Código Procesal. Por lo tanto, se ha optado por el análisis que surge del nuevo Código Procesal Penal Federal. En ese orden de ideas, el artículo 134 del Código referenciado dispone 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 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”*.

De las normas transcritas *ut supra*, surge que el principio general en todo proceso penal es la libertad probatoria. Es decir, que los hechos pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba, con las únicas limitaciones que imponga el ordenamiento jurídico.

Es importante destacar que cada prueba, por razones lógicas, tiene su propio valor probatorio según circunstancias y características. Conforme destacada doctrina, en este punto se indica que: *“el recto criterio del juez es el encargado de darle el poder de convicción que realmente tiene. Las herramientas de su análisis deben ser la lógica, el sentido común. Se lo denomina sana crítica racional o libre convicción. El juez aporta a la decisión su convencimiento luego del análisis bajo esos parámetros, de las pruebas que se presentaron. Juega el convencimiento, pero es requisito que lo explice indicando el camino de su razonamiento, como llegó a la decisión. Esta tarea lo diferencia de la denominada “íntima convicción” que es más intuitiva que racional y el sistema adoptado exige no solo la existencia de razonamiento sino que tenga entrelazamiento lógico con las*

probanzas de la causa y que esa tarea del pensamiento se muestre al resolver".²⁷

En los sistemas acusatorios actuales, la actividad probatoria recae en manos del Ministerio Público Fiscal y de la Defensa a fin de acreditar o desacreditar las hipótesis de la teoría del caso que eligen las partes. Sin perjuicio de ello, el Juez debe limitarse en funciones jurisdiccionales a fin de velar por el principio de Juez imparcial e independiente.

Ahora bien, de lo expuesto surge que no generaría mayores inconvenientes incorporar la prueba obtenida por los drones o vants en el proceso penal. Aunque, la complejidad aparece cuando en razón de ello puede verse vulnerado ciertas garantías constitucionales y es ahí donde se centra este trabajo de investigación.

Por otra parte, es necesario realizar un comentario sobre la llamada libertad probatoria. En palabras de Roxin: "El esclarecimiento de los hechos punibles no sujeto a límite alguno entrañaría el peligro de destruir muchos valores colectivos e individuales, por ello, la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el derecho penal, antes bien, el propio proceso penal está impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado...".

Doctrinarios como Bertoni entienden que el llamado principio de libertad probatoria se encuentra vacío de significado, ya que hay libertad probatoria siempre y cuando no se afecten otros valores jurídicamente reconocidos.

Este tipo de prueba son documentos por medios no regulados, y quizás sea esta la cuestión que genera la controversia porque en materia procesal, el Estado sólo puede hacer aquello que le está expresamente permitido mientras que el ciudadano cuenta con una mayor libertad de acción para producir prueba siempre y cuando, como ya se dijo, no se afecten otros derechos reconocidos.

El punto no es la prueba en sí, lo que importa es la forma de obtención de esa prueba. Ello será lo que torne jurídicamente aceptable o no su posterior valoración. Continuando con aquellos derechos y garantías que no significan inconveniente alguno, podemos mencionar el derecho a la privacidad, puntualmente la inquietud se presenta con la expectativa de privacidad que tenemos las personas.²⁸

²⁷ Enrique Sosa Arditi, *Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza*, 2° Edición actualizada, ASC Librería Jurídica, Mendoza, 2019.

²⁸ Bertoni, E., "Cámaras ocultas y grabaciones subrepticias: su validez como prueba en el proceso penal", en La Ley. Cita online: AR/DOC/11937/2001.

3. Análisis desde un punto vista técnico: examen forense del VANT. Cadena de custodia²⁹

Si bien el aspecto jurídico resulta fundamental, también es menester profundizar sobre el aspecto técnico: al momento de realizar la extracción de la evidencia digital almacenada en el VANT, se deben cumplir una serie de requisitos para evitar que esa prueba sea susceptible de ser impugnada por una posible violación en la cadena de custodia.

La adquisición de evidencias electrónicas debe llevarse a cabo con técnicas forenses reconocidas. El carácter intangible de la información almacenada en formato electrónico la hace más fácil de manipular y más proclive a la alteración que otros tipos de evidencias tradicionales. Por ello, es fundamental utilizar un procedimiento de adquisición establecido y comprobado.

Recientemente en Argentina, la Sala IV de la Cámara en lo Criminal y Correccional se ha expedido en el caso “F.G.J. s/ NULIDAD” respecto de algunos aspectos que debe tenerse en cuenta al momento de secuestrar o manipular evidencia digital que va a incorporarse al proceso. Entre los principales argumentos se destaca que:

“(..). Ninguna acción realizada por personal de las fuerzas de seguridad debería alterar los datos almacenados en computadoras o medios de almacenamiento susceptibles de ser presentados a juicio”.

“(..). Se destaca que la evidencia digital requiere de más recursos porque tiene mayor posibilidad de modificación inadvertida. La actuación policial estaría vedada no sólo por su deber de resguardo de la intimidad, sino también por la idoneidad requerida para operar un instrumento electrónico pasible de ser objeto de prueba”.

“(..). Para aquellas circunstancias en que fuera necesario el acceso a un dato original, almacenado en una computadora o un medio de almacenamiento, la persona “debe ser competente” para llevar adelante esa tarea y capaz de entregarla explicando la relevancia e implicaciones de sus acciones”.

²⁹ Antonella Bentin y Leandro Suarez, *La utilización de VANTS en investigaciones criminales: análisis técnico – jurídico*, véase en <https://www.hammurabi.com.ar/bentin-suarez-la-utilizacion/>

Existen una serie de situaciones que encontramos a diario: evidencia digital que puede ser alterada, carencia de regulación legal en esta materia, falta de formación de aquellos profesionales que intervienen en el proceso judicial donde se aportan este tipo de pruebas, incorrecta gestión de recursos, siendo necesario que de algún modo se garantice que la evidencia digital sea íntegra y pueda llegar al proceso judicial en la misma forma que fue obtenida.

El problema es que los códigos procesales penales vigentes en nuestro país no contienen normas que regulen de manera específica los mecanismos necesarios para la obtención de evidencia digital, entonces en la práctica se obtiene y se incorpora al proceso penal de la mano del principio de “libertad probatoria” y sobre la base de la aplicación de reglas y garantías que regulan los medios de pruebas tradicionales.

Pese a la ausencia regulatoria en el ámbito procesal, existen protocolos y guías de buenas prácticas respecto a la recolección de evidencia digital para garantizar su inalterabilidad y utilidad, entre ellos pueden mencionarse:

- a. Normas ISO/IEC 27037:2012;
- b. “Protocolo de Actuación para pericias informáticas”. Prov. de Neuquén del año 2012;
- c. Guía de obtención, preservación y tratamiento de evidencia digital (UFECI);
- d. Resolución 234/2016 “Protocolo general de actuación para las fuerzas policiales y proceso de recolección de pruebas en ciberdelitos” del Ministerio de Seguridad de la Nación;
- e. Resolución 528/2021 del Ministerio de Seguridad “Protocolo de Actuación para la Investigación Científica en el Lugar del Hecho”;

Seguidamente, pasaremos a explicar de manera breve algunos pasos que resultan de relevancia para que la evidencia digital que se obtiene de un VANT sea preservada de manera correcta, y para ello utilizaremos como marco de referencia el “Manual de la Interpol sobre incidentes con drones” de la INTERPOL –el cual se complementa con los protocolos mencionados *ut supra*–.

1.- Evitar la conexión del VANT con algún dispositivo o señal

Como bien indica el manual de Interpol “Marco de intervención ante incidentes con drones”, si el VANT fue utilizado en un procedimiento judicial, debe ser preservado para evitar que pueda verse afectada la integridad de la información almacenada, por ejemplo, se debe impedir que

el dispositivo trate de conectarse a cualquier red o dispositivo inalámbrico o GPS.

Para poder lograr esto, debemos actuar con precisión: llevar adelante la acción de aislar el VANT de manera manual como también la necesidad de trabajar en un laboratorio construido especialmente para evitar cualquier tipo de ingreso de señal. Al realizar este ejercicio, se podrá evitar la creación de *“datos o ficheros nuevos que puedan revelar la ubicación del laboratorio forense digital”*.

Las antenas del VANT y del control remoto juegan un papel clave en la cadena de custodia: es obligatorio cubrir cada una de ellas con el objetivo de *“limitar la recepción de señales de satélite”* y quedar cubiertas. Al encender un VANT, el dispositivo intentará “captar una señal GPS para verificar su posición, la fecha y la hora”. Esto significa que, si el dispositivo intenta ser encendido o manipulado, podría surgir en una pericia que se realice posteriormente.

2.- Herramientas habituales en el análisis forense de un VANT

El mercado de las herramientas para el análisis forense de drones es incipiente, debido a que la mayoría de las aplicaciones comerciales están destinadas a obtener evidencias en dispositivos de telefonía celular y ordenadores. Para sacar el máximo rendimiento, resulta necesario buscar información sobre cada uno de los fabricantes y tipos de datos que se pueden extraer.

Podemos mencionar algunas herramientas que se utilizan para este tipo de trabajo:

- Cellebrite/MSAB XRY/Oxygen/CFID
- CsvView y DatCon
- Drone Open-Source Parser (DROP)
- Google Earth Pro
- ST2Dash y Dashware
- DJI Assistant
- Drone Forensics
- Forensic Focus

3.- Extracción de información

¿Qué información es posible obtener de un VANT?:

1. Cuentas de correos electrónicos asociados

2. Archivos multimedia (imágenes y videos)
3. Caché de miniaturas de archivos multimedia
4. Registros de vuelo (determinará la posición del dron en un momento concreto, lo que podría indicar, entre otras cosas, las intenciones del piloto)
5. Elementos cartográficos (geo-coordenadas, puntos de referencia, posiciones de base)
6. Actualizaciones del fabricante
7. Ficheros CSV con datos telemáticos, diagnósticos o coordenadas GPS
8. Dispositivos emparejados
9. Aplicaciones específicas (por ejemplo, las incluidas por el fabricante del dron)
10. Actividad del usuario

Dependiendo del caso en el que nos encontremos (y sobre todo del dispositivo), será necesaria una forma determinada de extracción. En este punto debe expedirse el profesional designado para realizar la tarea, quien de manera fundamentada analizara cual es la forma más apropiada de obtener la información solicitada por el juzgado interviniente.

¿Cuáles son las extracciones más utilizadas? Para este tipo de situaciones podemos mencionar las siguientes: extracción física, extracción lógica, volcado del sistema de archivos, chip-off.

Puede haber situaciones donde algunas de las herramientas que han sido nombradas precedentemente, no logren los resultados esperados, siendo necesario recurrir a programas creados por el propio fabricante del dispositivo. Si bien no son programas estrictamente forenses, estos nos pueden ayudar a obtener aquellos datos requeridos por la autoridad judicial. Tengamos en cuenta que cada empresa utiliza sus propios programas para reproducir videos, imágenes, entre otros archivos. De esta manera, en caso de obtener información con un formato exclusivo, debemos adaptarlo a un formato que sea utilizado por todos, permitiendo de esta manera su análisis e interpretación.

En el caso de analizar tarjetas de memoria, se aconseja realizar los siguientes pasos:

1. Acceder a la tarjeta de memoria, para ello debe utilizarse el bloqueo de escritura (aunque no siempre es posible aplicar esta técnica a

los drones, por eso hay que prever las consecuencias de cada actuación que se realice)

2. Crear una copia bit a bit

3. Luego, se extraen los datos y se vuelve a colocar la tarjeta original en el dispositivo. Es importante volver a colocar la tarjeta antes de conectar el VANT a la herramienta de extracción forense –la cual nos permitirá acceder a la memoria interna del VANT-, ya que algunos dispositivos almacenan información en la tarjeta de memoria y si detectan que esta no está disponible, se puede producir una pérdida de datos.

4.- Proceso de identificación de un VANT

Para introducir correctamente la evidencia digital que almacena un VANT a un proceso judicial, es de vital importancia realizar una adecuada identificación del dispositivo utilizado en la investigación. Para ello, mencionamos algunos puntos claves:

- Identificar marca y modelo del VANT
- Realizar registros fotográficos y filmar el procedimiento
- Analizar el estado del dispositivo (golpes, daños)
- Etiquetar cada hélice y registrar de manera fotográfica el lugar donde se encontraba
- Buscar soportes de almacenamiento externo en el VANT (tarjetas SD)
- Realizar registros fotográficos y etiquetar los soportes de almacenamientos externos
- Copia forense del soporte de almacenamiento externo
- Cargar por completo la batería del VANT
- Utilizar herramientas forenses actualizadas para conectar el VANT y extraer los datos almacenados

Por otro lado, el VANT posee un control remoto –para pilotar el mismo a distancia-, que también cuenta con la posibilidad de brindar información a los investigadores. Para este dispositivo, es necesario mencionar algunos puntos a tener en cuenta:

- Identificar marca y modelo
- Realizar registros fotográficos
- Analizar el estado
- Buscar soportes de almacenamiento externo (tarjetas SD)

- Realizar registros fotográficos y etiquetar los soportes de almacenamientos externos
- Copia forense del soporte de almacenamiento externo
- Utilizar herramientas forenses actualizadas para conectar el dispositivo y extraer los datos almacenados (si es posible)

5- Apertura

En este punto resulta necesario hacer una distinción entre dos situaciones que pueden presentarse: la primera de ellas, es la apertura que se realiza del VANT para poder extraer la evidencia digital que se haya recolectado por la autoridad policial en base a “tareas investigativas” en el marco de un proceso judicial. En ese sentido, es probable que si la investigación se encuentra en curso, no haya posibilidad de notificar a la defensa para que presencie dicho acto, ya que se podría frustrar alguna medida que será ordenada con posterioridad, como por ejemplo, un allanamiento.

Fuera de esta situación, los demás casos donde se realice la apertura del VANT –y tenga que ser manipulada evidencia digital- resultan de suma importancia notificar a la defensa para que –si así lo desea- designe a un delegado técnico y que el mismo pueda presenciar el acto de apertura. Todo ello con el fin que el mismo participe activamente, solicite aquello que considere relevante para la causa y objete las acciones o circunstancias que considere pertinente. Sin un control responsable, puede llegar a configurarse una afectación de derechos irreparable.

Para el caso de encontrarnos en el laboratorio de análisis forense, es necesario solicitar al encargado del departamento de informática forense que acredite -a través de un requerimiento que el propio delegado técnico realice- los documentos que puedan certificar el cumplimiento de la normativa 088/19; cumplimiento de la norma ISO/IEC 27037:2012; herramientas forenses que serán utilizadas -con la licencia correspondiente-; y el cumplimiento de norma IRAM 9001. La idea de solicitar este tipo de información se debe a que el organismo encargado de realizar la extracción de la evidencia digital debe contar con todos sus elementos en regla, garantizando así una forma de trabajo transparente.

CAPITULO 4

EXCLUSIONES PROBATORIAS Y EXCEPCIONES

Se ha dicho que: “la denominación “exclusión probatoria” proviene del derecho anglosajón (exclusionary rule) asimilándose en doctrina a la “supresión” (supression doctrine), términos que deben diferenciarse de la nulidad, por cuanto sus consecuencias son distintas. La nulidad puede conllevar la posibilidad de renovación o rectificación del acto, mientras que la “exclusionary” deriva en la invalidación e invalorable definitiva de la prueba”. Esta postura doctrinal sostiene que, si se obtiene prueba de la comisión de un delito a partir de procedimientos violatorios de la constitución, y de allí surgen indicios de responsabilidad y/o culpabilidad del o de los imputados del delito con los que se pretende fundar alguna resolución, ello no podría meritarse, precisamente, en razón de haberse obtenido como resultado de un procedimiento inconstitucional”.³⁰

Siguiendo al Dr. Pablo Guido Peñasco³¹, al analizar las disposiciones locales que regulan la materia y comenzando por la regla general, el mismo expone que el principio de exclusión probatoria se basa en que toda prueba incorporada al proceso de manera ilegal (por vías ilícitas), violentando garantías constitucionales, debe ser separado y excluido procesalmente, no podrá ser valorado a efectos de decidir la causa y si ello ocurre, la consecuencia es la nulidad de dicha resolución e incluso de la prueba derivada y obtenida a partir del elemento probatorio ilegítimo.

Es decir, con esta misma idea de pensamiento, toda prueba que sea considerada ilegítima, ilícita, prohibida, ilegal, etc, deberá ser ineficaz y no podrá ser valorada en un proceso penal para determinar la culpabilidad o inocencia del imputado.

De esta manera, para llegar a un concepto de exclusiones probatorias, se podría decir que es justamente esto, “excluir” la prueba que fue obtenida y/o incorporada ilegítimamente en un proceso (por varias razones) y no “valorarla” ni considerarla como un “indicio” contra la persona que se encuentra sospechada.

³⁰ Carlos Parma – Juan Ignacio Pérez Curci, *La Sentencia: valoración y exclusión de prueba, argumentación*, primera ed., editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2018, pp. 149 y 150.

³¹ PEÑASCO, Pablo Guido, “Código Procesal Penal: Provincia de Mendoza Comentado” 3era edición Ed. ASC, Mendoza, 2021, p. 592-619

Dicho lo anterior, es fundamental que partamos de la idea de lo que la doctrina entiende y considera por pruebas ilícitas.

1. Prueba prohibida y prueba ilícita.

Introducción

Es necesario que, previo al análisis de los casos donde se prevé que la prueba obtenida por drones o vants sea eficaz, se comente sobre la prueba prohibida y la prueba ilícita ya que de ello partirán los supuestos que en el presente trabajo se destacan.

En primer lugar, la “prueba prohibida” es: “todo elemento que contribuye a demostrar la concurrencia de un hecho a condición de haber sido obtenido violando o contradiciendo una norma legal o un principio de derecho positivo”.³²

Sin embargo, la llamada “prueba ilícita” importa una noción más estricta y rigurosa. Su concurrencia queda supeditada a que la norma o principio comprometido por la adquisición o la puesta en práctica de la prueba, pertenezca a la Constitución o a los instrumentos internacionales a ella igualados en su jerarquía (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

Así podemos encontrar dos criterios, dentro del primero (criterio amplio), un sector de la doctrina entiende que prueba ilícita es aquella que atenta contra la dignidad humana, siendo esta la pieza clave de su concepto: todo medio de prueba que atente contra la misma deviene ilícito, y por ende inadmisibles³³.

Otros autores, identifican la prueba ilícita con la prohibida, definiéndola como la que es contraria a una norma de derecho, es decir, la obtenida o practicada con infracción de normas del ordenamiento jurídico, con independencia de la categoría o naturaleza de estas últimas

³² Marcelo Sebastián Midon, *Pruebas ilícitas*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2005, pp. 30-31

³³ Valentín Silva Melero, *La prueba procesal*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1963, p. 69

(constitucionales o legales; procesales o sustanciales), incluso las que vulneran disposiciones o principios generales implícitos³⁴.

Desde otra perspectiva, según la cual todas las normas relativas a las pruebas penales son reglas de garantías del acusado, toda infracción de las normas sobre obtención y práctica de la prueba debe estimarse ilícita, por cuanto implica una vulneración del derecho a un debido proceso³⁵.

Ahora bien, el criterio restringido circunscribe la noción de prueba ilícita a la obtenida o puesta en práctica desde la violación de derechos o garantías fundamentales, entendiendo por tales sólo a aquellos que derivan expresa o implícitamente de los textos constitucionales³⁶.

Desarrollo:

Como se refirió anteriormente, es muy frecuente que se empleen términos indistintamente, como suelen ser: prueba prohibida, prohibiciones probatorias, prueba ilegal, prueba ilegalmente obtenida, prueba ilícita o ilícitamente obtenida, prueba ilegítimamente obtenida, prueba viciada, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba irregular, entre otros.

En este mismo sentido y según Manuel Miranda Estrampes³⁷, debemos diferenciar entre el principio de legalidad de la prueba y el principio de licitud de la prueba. El primero significa que los elementos de prueba deben obtenerse e incorporarse al proceso conforme a los principios y normas previstos en la ley. Por su parte, el principio de licitud de la prueba supone que toda prueba debe obtenerse y practicarse con respeto a los derechos fundamentales.

Por prueba ilícita debe entenderse aquella prueba obtenida y/o practicada con vulneración de derechos fundamentales. Por el contrario, prueba irregular sería aquella obtenida, propuesta o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio, pero sin afectación nuclear de derechos fundamentales.

³⁴ Enrique Vescovi, *Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita*, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, N° 2, 1970, p. 345

³⁵ Jacobo Lopez Barja De Quiroga, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madrid, Akal/iure, 1989, p. 84

³⁶ Joan Pico Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona, J. M. Bosh Editor, 1996, p. 285 y ss.

³⁷ Manuel Miranda Estrampes, *La Prueba ilícita: La Regla de exclusión probatoria y sus excepciones*, Revista Catalana de Seguretat Publica, 2010

Ahora bien, cabe preguntarnos qué se entiende por prueba ilegal o prueba ilícita. En una definición amplia, podríamos decir que es aquella prueba que fuese obtenida en contradicción a la ley.

Muchos y grandes doctrinarios ya han escrito sobre el tema. En este sentido, el Dr. Pascua clasifica este tipo de prueba conforme la ilicitud que conllevan:

a) prueba ilícita en sí misma: la cual fue obtenida mediante método o procedimiento ilegal (Ej.: confesión del imputado mediante escucha clandestina)

b) prueba ilícita por derivación: es aquella que fue adquirida de manera legal, pero a la que se accedió por intermedio de una prueba anterior obtenida de manera ilícita (Ej.: escucha clandestina sobre determinados hechos y aprehensión “in fraganti” posterior, como consecuencia de la información obtenida de la escucha).

Esta prueba ilícita por derivación, se encuentra íntimamente relacionada con la conocida “Teoría del fruto del árbol envenenado” originaria de la Corte de los EE.UU., (Fallo Nardone vs. EEUU – 1939), caso que trató sobre el análisis de grabaciones de conversaciones obtenidas sin orden judicial, en donde la Corte de los EE.UU. consideró que todas las pruebas legales obtenidas como consecuencia de aquella prueba ilegal, no podían ser admitidas.

Por otro lado, como ha sostenido el Dr. Pascua: “debe afirmarse que un proceso penal con todas las garantías, exige que no se permita la violación de lo dispuesto en las normas que conforman básicamente las garantías constitucionales debiendo considerarse como regla general, la prohibición de la vulneración de tales reglas y como contrapartida la caratulación de ilícitos de aquellos medios de conocimiento obtenidos en tales condiciones (prueba ilícita).

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia era una premisa que la prueba debía ser lícita para poder ser admitida y posteriormente valorada en el proceso penal, lo que hoy se recepta expresamente en el precepto que consagra el principio de la exclusionary rule (*exclusión probatoria de la prueba ilegítima u obtenida ilícitamente*) como así también la teoría de la exclusión refleja de la prueba vinculada a aquella teoría (*teoría de los frutos del árbol envenenado*)³⁸

Puntualmente, teniendo en cuenta que las garantías que derivan del texto constitucional imponen un límite al principio de la libertad probatoria,

³⁸ Francisco Javier Pascua, *Derecho Procesal Penal. Estudios al Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza*, Mendoza: ASC 2018. p. 314

conforme al principio de legalidad de la actividad procesal y de la prueba en especial, todo elemento que se incorpore al proceso debe respetar las normas constitucionales para su obtención y producción ³⁹

Asimismo, se ha dicho que: “en términos generales, es posible afirmar que toda vez que una prueba que sirva para verificar la comisión de un delito, sea obtenida violando, transgrediendo o superando los límites esenciales establecidos por la Constitución, dicha prueba resulta procesalmente inadmisibile, y, por consiguiente, debe ser apartada o excluida como elemento de juicio. Palabras más, palabras menos, lo antes dicho refleja la noción de la llamada máxima o regla de exclusión”. ⁴⁰

Hasta qué punto y con qué límites la existencia de una irregularidad inicial en la instrucción se proyecta y contamina otros actos, diligencias o probanzas cumplidos u obtenidas a partir de aquella irregularidad inicial.

La tarea de fijar la dimensión de la regla de exclusión no se exhibe problemática en los casos donde la sentencia desfavorable para el titular de la garantía constitucional tiene fundamento directo e inmediato a través de un acto reñido por ella, que incorpora un elemento decisivo. Así, por ejemplo, la sentencia condenatoria fundada en una confesión arrancada a través de tortura, o sustentada en el hallazgo de la res furtiva en el domicilio del imputado al que los instructores acceden mediante un allanamiento ilegal, o basada en una grabación que delata la responsabilidad del encartado y que es obtenida por la interceptación clandestina de sus comunicaciones telefónicas. En estos casos, que involucran pruebas ilícitas “por sí mismas”, resulta claro que el elemento obtenido en forma ilegítima es invalorable en una decisión judicial.

Sin perjuicio de ello, algunas consideraciones no se muestran tan sencillas y continúan dividiendo a la doctrina y jurisprudencia.

Nace así el debate relativo a las llamadas pruebas ilícitas “por derivación” (también llamadas pruebas ilícitas indirectas o por efecto reflejo), o sea, aquellas pruebas en sí mismas lícitas, pero a las que se llega por intermedio de la prueba ilícitamente obtenida. Es decir, de esta cuestión participan una prueba adquirida de modo regular y con todas las garantías

³⁹ Eduardo M. Jauchen, *La prueba en materia penal*. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1992, p. 34 “...Si bien todo objeto de prueba puede ser probado y por cualquier medio, de las garantías individuales se derivan las limitaciones para la adquisición del conocimiento del hecho que motiva el proceso”

⁴⁰ Marcelo Sebastián Midón, , ob. cit., p. 49. “Su denominación proviene del derecho anglosajón, donde se designó a esta doctrina jurisprudencial como ‘exclusionary rule’ (regla de exclusión), también designada como ‘supression doctrine’ (doctrina de la supresión)...”.

de la ley, pero a la que se accede a merced de conocimientos aprehendidos en forma ilegal.⁴¹

Como se sostiene a lo largo de este trabajo de especialista, hay derechos y garantías que no admitirían ser puestos en la balanza del principio de proporcionalidad para considerar la eficacia de la prueba. Es decir, que no serían derechos y garantías de “segundo nivel”, sino que, por el contrario, serán derechos y garantías del imputado que bajo ningún punto de vista podrían ser avasallados. Tal es el ejemplo de la tortura hacia el imputado con el fin de obtener una manifestación sobre determinados hechos. Además, así lo ha entendido la jurisprudencia:

“a) A partir del conocido fallo “Montenegro”, la historia jurisprudencial argentina experimentó un notable vuelco respecto de la exclusión de las pruebas obtenidas en franca violación a las garantías constitucionales, siendo éste el primer pronunciamiento en el que se aplicó la noción del fruto del árbol envenenado.

Así, en dicho precedente, la Corte invalida como elemento probatorio la confesión prestada bajo tortura o coacción moral, y funda dicho temperamento en el precepto constitucional del art. 18 que prohíbe obligar a alguien a declarar contra sí mismo, afirmando que otorgar valor a la misma y apoyar sobre ella una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia (CSJN, “Montenegro, Luis B.”, rta. El 10/12/1981).

b) En el fallo Ruiz Roque, el Superior afirma que “la regla es la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas, pero teniendo en cuenta el concurso de factores que pueden atenuar los efectos derivados de una aplicación automática e irracional de aquélla. Esta función de apreciar la proyección de la ilegitimidad del procedimiento sobre cada elemento probatorio es propia de los jueces, quienes en tal cometido deben valorar las particularidades del caso en concreto. Para dicha finalidad debe analizarse la concatenación causal de los actos, de acuerdo con la sana crítica racional, que atiende a las reglas de la lógica y de la experiencia social; de manera que por esa vía puedan determinarse con claridad los efectos a los que conduciría la eliminación de los eslabones viciados,

⁴¹ Julio B. J Maier, *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Editores del Puerto, tomo I-b, 2001, expone que los casos verdaderamente discutidos contienen dos componentes: un acto regular por el cual se incorpora un elemento de prueba decisivo, desfavorable para el titular de la garantía, y otro anterior, irregular, que afecta la garantía y torna posible, por su resultado (el conocimiento mediante él) la práctica del siguiente. Allí reside la cuestión, en la pregunta acerca de si el acto regular, como fuente en uno anterior viciado, puede ser valorado en perjuicio del imputado.

teniendo en cuenta la posibilidad de adquisición de las evidencias por otras fuentes distintas de las que se tengan por ilegítimas”.

De esta manera, se descalificó la fundamentación que dio sustento a la condena del imputado, porque no se advirtió de qué modo pudo la pesquisa llegar hasta la víctima sin transitar por una vía distinta de aquella que los jueces dieron por probada, esto es, los apremios que sufrió el condenado. No hubo caminos de investigación, sino uno solo cuya senda original estuvo viciada y contaminó todo su curso (CSJN, “Ruiz Roque A. s/ hurto reiterados”, rta. El 17/9/1987)”⁴²

2. Fundamentos de las exclusiones probatorias

Ya se analizó en gran parte lo relativo a la prueba ilícita y las exclusiones probatorias. Independientemente de dicho análisis, es necesario destacar alguno de los fundamentos de lo precedentemente expuesto.

No hay dudas sobre precepto legal, el principio general y las consecuencias que trae aparejada la prueba ilegítima.

En primer lugar, resulta prioritario el respeto por las garantías constitucionales del imputado, sujeto sobre quien podría recaer el poder punitivo del Estado y es pasible de convertirse en víctima de abusos de poder. Este es uno de los fundamentos del límite a la libertad probatoria: evitar posibles excesos del poder.

En este mismo sentido, cabe mencionar el fundamento expresado en reiteradas ocasiones por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los EE.UU. desde hace tiempo (*Davis vs. U.S.*, *Herring vs. United States*, *United States vs. Calandra*, y otros), la regla de las exclusiones probatorias tiene como fin buscar un efecto disuasorio de la mala praxis policial.

Hacia fines del siglo XIX, en los Estados Unidos, el mantenimiento del “orden” llevó a la policía a “controlar a la sociedad”, mediante prácticas corruptas y brutales. Como consecuencia de ello, algunos magistrados del Tribunal Supremo, pese a la polémica de la mayoría de sus decisiones, decidieron intentar limpiar un poco el sistema, utilizando como método disuasorio de los abusos policiales, originándose la idea de la total nulidad

⁴² Carlos Parma; Juan Ignacio Pérez Curci, *La sentencia: valoración y exclusión de pruebas, argumentación*, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2018 p. 137.

de las actuaciones policiales lesivas de derechos fundamentales y así contribuir a la mejora del sistema.

Dicha fundamentación, coincide a grandes rasgos con la sostenida por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional - SALA 5, en fallo (CCC 24798/2019/1/CA1 - “M. R., A. H. s/ nulidad” - J. 47) en donde se expresó al respecto: *“En primer lugar, esta Sala (al igual que otras de esta Cámara) tiene dicho que por principio la aplicación de la regla de exclusión probatoria no está dirigida a gobernar el actuar de los particulares. Ésta se dirige a evitar que las fuerzas estatales realicen actos en violación a un derecho constitucional y evitar de esta manera que el Estado se beneficie de ese actuar ilegítimo que ejercen sus propios funcionarios. Además, la exclusión de la prueba ilegal posee un fundamento ético de forma tal que el Estado no se beneficie en los procesos penales de actos ilegales.”*

El caso referenciado trata de una mujer que, mientras buscaba archivos en el teléfono celular de su pareja, encontró videos en los que se observaba a su pareja cometiendo distintos delitos contra la integridad sexual, siendo las víctimas pacientes del nosocomio en el que el mismo trabajaba.

En dicho fallo, la Cámara resolvió: *“la intromisión que alude la defensa no tiene la entidad frente a lo reseñado para lograr excluir esta prueba, porque el estado no se beneficia de un acto ilegítimo, sino de un descubrimiento de prueba en forma casual por parte de un particular que actuó en pos de preservar su intimidad. No se advierte en el caso una situación de excepción que permita efectuar una extensión de la regla de exclusión al actuar de particulares, razón por la cual la decisión del magistrado, en cuanto no hizo lugar al pedido de nulidad, será confirmada.”*

En conclusión, tanto la protección de derechos y garantías fundamentales del ciudadano, contenidas en nuestra Constitución Nacional (derecho a la intimidad, propiedad privada, datos personales, etc.); como también la necesidad por parte de la ciudadanía de contar con la seguridad jurídica de que se encuentre limitada la función tanto policial, como judicial a lo estrictamente legal durante el desarrollo de los procesos judiciales, son los fundamentos principales que dieron surgimiento a la regla de exclusión probatoria.

Por último, resta soslayar lo dicho por grandes doctrinarios en este aspecto, diciendo que “aun si no existiera reglamentación expresa en el derecho interno, la tutela de las garantías individuales reconocidas por el sistema constitucional (Art. 18 y 75 inc. 2) exigirá que cualquier dato probatorio que se obtenga en violación de ellas sea considerado ilegal y,

por ende, carezca de valor para fundar la convicción del Juez. Este importante aspecto no ha sido siempre bien advertido, pues frente a la importancia conviccional de la prueba ilegítimamente obtenida, a veces se ha olvidado que la justicia no puede aprovecharse de ningún acto contrario a la ley sin incurrir en una contradicción fundamental.

La jurisprudencia supranacional ha dicho que, si se realiza el “allanamiento de un domicilio incumpliendo con los procedimientos constitucionales apropiados, tal garantía impide que la prueba obtenida sea valorada en una decisión judicial posterior. De este modo, en la práctica opera como una regla de exclusión de la evidencia obtenida ilegalmente” (CIDH, Informe n°. 1/95, caso 11.006); y “la legalidad de la prueba” es una exigencia del debido proceso (CIDH, Informe n° 55/97, del 18/11/1997)”⁴³

3. Regulación Normativa

Tanto en el orden provincial como en materia regulatoria a nivel nacional la regla es clara: cuando esté en juego o se pueda vulnerar alguna garantía constitucional, la prueba será invalidada. Es decir, que la prueba no tendrá ningún valor y el Juez no podrá valerse de ella a la hora de tomar una decisión en el caso concreto (ni siquiera como un indicio).

En el ámbito federal, el artículo 134 del Código Procesal Penal Federal dispone en el último párrafo que: *“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”*.

A su vez, el artículo 129 del mismo Código indica: *“No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuesto de ella, los actos cumplidos con inobservancia de los derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional, en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en este Código. Tampoco podrán ser valorados los actos cumplidos con inobservancia de las formas, que obsten al ejercicio del derecho a la tutela judicial de la víctima o impidan el ejercicio de los deberes del representante del Ministerio Público Fiscal.”*

Por último y en cuanto a la forma de introducir la prueba en el proceso, el Código en trato menciona en el artículo 10, en su parte pertinente que:

⁴³ Carlos Parma; Juan Ignacio Pérez Curci, *La sentencia: valoración y exclusión de pruebas, argumentación*, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2018, p. 129.

“Los elementos de prueba sólo tendrán valor si son obtenidos e incorporados al proceso conforme a los principios y normas de la Constitución Nacional, de los instrumentos internacionales y de este Código”.

En otro orden de ideas, en cuanto al ámbito local, el artículo 207 del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza refiere: *“Carecen de toda eficacia probatoria los actos que vulneren garantías constitucionales. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella”.*

El artículo 207 del Código procesal penal de la Provincia de Mendoza contiene una regla general conforme a la cual no pueden ser valoradas en contra del imputado todas aquellas pruebas que resulten de la violación de una garantía constitucional acordada a su favor, o las que se obtengan a partir de su declaración prestada en ausencia del defensor; siempre que, con arreglo a las circunstancias del caso, fuesen consecuencias de aquellas y no hubieran podido ser obtenidas de otro modo.

En este mismo orden de ideas, la primera consecuencia procesal que tiene la prueba obtenida en violación a garantías constitucionales es la ineficacia, la cual se extiende a todas las evidencias que se hubiesen obtenido como resultado de la infracción (doctrina de los frutos del árbol venenoso).

Llevada esta regla al campo del allanamiento, puede decirse que, si el registro fue ilegal, la invalidez también abarca al secuestro llevado a cabo durante el procedimiento. Pero esto que parece sencillo de enunciar, a veces presenta dificultades en la práctica porque pueden estar presentes excepciones a la regla de exclusión; es decir, casos en que no obstante la “toxicidad”, el árbol o sus frutos pueden ser “consumidos”⁴⁴

Sin perjuicio de que existen varias excepciones a la exclusión probatoria, únicamente se centrará la atención en la excepción del “principio de proporcionalidad” ya que hace al objeto de la presente investigación y es allí donde pueden encuadrarse los supuestos excepcionales para que la prueba obtenida (aún en violación a las garantías constitucionales antes detalladas) resulte eficaz en el proceso penal.

⁴⁴ Maximiliano Hairabedián, *El registro y el allanamiento en el proceso penal*, 2da Edición actualizada y ampliada, Alvearoni ediciones, Córdoba, 2019, p. 87

4. Jurisprudencia comparada de las exclusiones probatorias⁴⁵

4.1. Estados Unidos de Norteamérica

1 Por imperio de la IV Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, en término generales, no puede admitirse judicialmente la prueba obtenida en violación a dicha enmienda⁸⁰. La regla así gestada tiende a preservar la vigencia de la garantía a través de un acto disuasorio (de la violación de la misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada (CS EE.UU., “United States vs. Janis”, 1976).

2 “Es en verdad deseable que los delincuentes resulten descubiertos y que cualquier prueba existente sea utilizada para este fin, pero también es deseable que el gobierno no se ponga al mismo nivel que aquéllos, y pague por otros delitos, ni que éstos sean los medios para obtener la prueba de los perseguidos inicialmente. Es necesario elegir, y, por lo que a mí concierne, prefiero que algunos delincuentes escapen a la acción de la justicia, antes que el gobierno desempeñe un papel indigno” (CS, EE.UU., “Olmstead vs. United States” (1928), voto en disidencia del Juez Oliver Wendell Holmes).

3 “Mantenemos que toda prueba obtenida mediante registros y ocupaciones con violación de la Constitución es, por la Constitución misma, inadmisibile... Nuestra decisión basada en la razón y la verdad, da al individuo no más que lo que la Constitución garantiza, al funcionario de policía no menos que aquello a lo que la función policial honesta tiene derecho, y, a los Tribunales, esa integridad judicial tan necesaria en la verdadera administración de justicia” (CS, EE.UU., “Mapp vs. Ohio”, 1961).

4.2. Canadá

1 “Cuando un Tribunal llegue a la conclusión de que la prueba fue obtenida de manera que infringió o desconoció derechos o libertades garantizadas por la Carta Magna, la prueba quedará excluida si no se establece que, teniendo en cuenta todas las circunstancias, su admisión en el proceso repercutiría en el descrédito de la Administración de Justicia

⁴⁵ González Ferreyra Solá J.I. – Crespo, E.D., (2013), *Trabajo de investigación elaborado en el marco de la XIII Edición de los Cursos de Postgrado en Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM), correspondiente a la especialización en “Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales en la Justicia Penal”*, Salta Argentina.

(“Therens”, 1985, 4, WWR, 286; en igual sentido “Rothman vs. R”, 1981, 59, CCC).

2 “La pérdida de prestigio de la Administración de Justicia se produciría por la convalidación de conductas inaceptables de las instancias investigadora y acusadora” (“R. vs. Collins”, 1987, 56 CR (3d) 193).

4.3. Inglaterra

1 “El carácter casuístico de la apreciación de la prueba ilícita, que habrá de ponderar todas las circunstancias concurrentes y los intereses en juego, y más que el perjuicio que su admisión pueda ocasionar al acusado, su negativa repercusión sobre la limpieza del proceso. Por lo demás, la regla de exclusión se extiende a cualquiera pruebas, y puede ser incluso apreciada de oficio, aunque lo común sea su depuración en virtud de la defensa” (Court of Appeal, “R. vs. Alladice”, 1988; en igual sentido: “R. vs. Murphy”, 1965, NI 136).

4.4. Italia

1 “Los actos ejecutados con desprecio de los derechos fundamentales del ciudadano, no pueden ser aceptados como justificación y fundamento de actos procesales de quien haya padecido aquella actividad constitucionalmente ilegítima” (TC Italiano, Sentencia N° 34, 06/04/1973).

4.5. España

1 “Nuestra jurisprudencia ha establecido una prohibición absoluta de valoración de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, de modo que los medios de prueba no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos, si se han obtenido con violación de derechos fundamentales. La interdicción de la admisión de la prueba prohibida por la vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (artículos 24.2 y 14, CE) y se basa, asimismo, en la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables (art. 10.1 CE). (STC 49/96; en idéntico sentido SSTC 114/84; 107/85; 64/86; 80/90 y 85/94).

2 “No pueden los órganos judiciales conceder eficacia probatoria a una prueba obtenida ilícitamente. Deben los jueces y tribunales prescindir de la prueba obtenida ilícitamente, dada su nulidad derivada de la

vulneración de un derecho fundamental reconocido por la Constitución” (STC 85/1994).

4.6. Alemania

1 “No es un principio de la ley procesal el que se tenga que investigar la verdad a cualquier precio. Esto tiene como consecuencia que importantes medios, en determinadas circunstancias los únicos para el esclarecimiento de los hechos punibles, quedan inservibles. Sin embargo, esto tiene que ser aceptado” (BGHSt, sentencia del 14/06/60).

2 “El objetivo del proceso penal propio de un Estado de Derecho es proceder contra el inculcado sólo de forma respetuosa con su dignidad humana, garantizando, por tanto, aquellos derechos y libertades, y respetando su personalidad. La prueba que viole los derechos más fundamentales de la persona debe ser excluida con indiferencia de la gravedad de la acusación” (BGHSt, 14, 358, 365).

4.7. Costa Rica

1 “La Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, niega convicción a la probanza lograda ilegítimamente con sustento en que la investigación de un delito no justifica la comisión de otro para el descubrimiento del primero, ni el Estado debe utilizar medios por él proscritos para investigar las conductas delictivas que se denuncian como cometidas” (ver Sala Constitucional CSJ de Costa Rica, Fallos: 0319-90; 0465-90; 0013-91; 0280-91; 0540-91; entre otros).

4.8. Argentina

1 “Otorgar valor al resultado de un delito y apoyar en él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito” (CSJN, “Montenegro, Luciano Bernardino”, 10/12/81, Fallos 303:1938; en idéntico sentido: CSJN, “Fiorentino, Diego”, 27/11/84, Fallos 306:1752).

2 “La regla es la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas, porque de lo contrario se desconocería el derecho al debido proceso que tiene todo habitante de acuerdo con las garantías otorgadas por nuestra Constitución Nacional” (CSJN, “Rayford, Reginald y otros”, 13/05/86, Fallos: 308:733).

3 “No es posible aprovechar las pruebas obtenidas con desconocimiento de garantías constitucionales, pues ello importaría una violación a las garantías del debido proceso y de defensa en juicio, que exigen que todo habitante sea sometido a un juicio en el marco de reglas objetivas que permitan descubrir la verdad, partiendo del estado de inocencia, de modo tal que sólo se reprima a quien sea culpable, es decir a aquél a quien la acción punible le pueda ser atribuida, tanto objetiva como subjetivamente...” (CSJN, “Gordon, Aníbal y otro”, 04/10/88; Fallos, 311:2045)

4 “Entre dos intereses fundamentales de la sociedad -su interés en una rápida y eficiente ejecución de la ley, y su interés en prevenir que los derechos de sus miembros individuales resulten menoscabados por métodos inconstitucionales de ejecución de la ley- ha sido resuelto dando primacía a este último” (CSJN, “Ruiz, Roque”, 1987, Fallos, 310:1847).

5 “Si bien no es posible aprovechar las pruebas obtenidas con desconocimiento de garantías constitucionales, así como las que se hubieran originado a partir de aquéllas, debe tenerse en cuenta la posibilidad de adquisición de las evidencias por otras fuentes distintas de las que se tengan por ilegítimas. Ello es así, porque una aplicación errónea de la regla de exclusión puede desviar al proceso de la búsqueda de la verdad y torcer injustificadamente el principio de justicia que debe primar en todo pronunciamiento judicial” (CSJN, Fallos: 325:3118).

De los precedentes fallos citados, se puede concluir cuales fueron algunos de las resoluciones judiciales a nivel internacional, donde se decidió excluir del proceso (es decir, no otorgando validez ni eficacia) a la prueba que se obtuvo ilegítimamente.

5. Jurisprudencia Argentina en relación a los drones sobre exclusiones probatorias:⁴⁶

Los hechos se producen el día 14 de febrero de 2017, cuando personal policial realizó tareas de inteligencia con un Vant. En esa oportunidad, se detectaron plantas de marihuana en una vivienda. El 15 de febrero de ese año, se recibió en sede policial una denuncia anónima que informaba esa situación y agregó que la marihuana sería comercializada.

⁴⁶ Por Antonella Bentin y Leandro Suarez, *La utilización de VANTS en investigaciones criminales: análisis técnico – jurídico*, véase en <https://www.hammurabi.com.ar/bentin-suarez-la-utilizacion/>

Entonces, se efectuó una consulta a la fiscalía de turno y se ordenaron nuevas tareas investigativas, que resultaron en la detección de las plantas y la identificación de los moradores del domicilio.

Sobre la base de esos elementos, el juzgado libró una orden de allanamiento y entendió que la medida resultaría útil para el secuestro de sustancia estupefaciente, elementos de corte, elementos de fraccionamiento y balanzas, entre otros objetos. En el procedimiento se secuestraron 103 plantas de marihuana.

La defensa solicitó la nulidad de la resolución que dispuso el allanamiento por:

1. *Falta de fundamentación*: consideró que la orden no se encontraba debidamente fundamentada en los términos del artículo 123 del C.P.P.N.

2. *Grave irregularidad por parte del personal policial*: señaló que era evidente que el día 14/02/2017 se hicieron tareas investigativas genéricas espiando a la comunidad mediante vehículos aéreos no tripulados –drones– y, a raíz de haber encontrado plantas sospechosas, se pretendió dar legitimidad a las investigaciones a través de una denuncia anónima un día después -15/02/2017-. Argumentó que el registro de una propiedad a distancia, mediante un dispositivo robótico afecta el derecho a la intimidad de quien reside en la misma y debe ser ordenado por un juez competente mediante acto fundado.

El Juez hizo lugar a la nulidad entendiendo que la orden de allanamiento carecía del deber de fundamentación exigido, y que además la denuncia recibida es con posterioridad a las tareas investigativas realizadas por el personal policial con el dron, “*lo que podría inferirse como una grave irregularidad en el actuar policial*”.

El otro antecedente jurisprudencial data del año 2019 de la Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Bahía Blanca. Los hechos versaron sobre una denuncia anónima que informó que una persona cultivaba marihuana. Por esa razón, un agente policial utilizó un VANT y tomó fotografías con gran cercanía al patio de su casa. En las imágenes se observó una construcción con un techo de red, a través del cual se veían plantas. Luego, prestó declaración testimonial el policía y explicó el procedimiento. Entonces, el representante del Ministerio Público Fiscal solicitó el allanamiento de la vivienda.

El juzgado dispuso la exclusión probatoria de las medidas de prueba y rechazó el pedido. Para decidir de ese modo, sostuvo que la invasión de un espacio privado sólo podía realizarse mediante una orden judicial y señaló que las medidas habían afectado los derechos a la privacidad e

intimidad de la persona. Contra esa decisión, el fiscal interpuso un recurso de apelación. Entre otras cuestiones, planteó que el ascenso vertical del VANT no había constituido una intromisión ilegítima en la privacidad de la persona toda vez que no había ingresado al patio del inmueble.

La Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Bahía Blanca confirmó la resolución impugnada en base a los siguientes argumentos:

1. Violación al derecho a la privacidad. Ausencia de orden judicial. Captación cercana de imágenes: “La Magistrada sostuvo, a partir de una valoración de los elementos obrantes en la causa, que los medios de convicción ofrecidos han afectado los derechos constitucionales a la privacidad e intimidad, por ‘...invadir un espacio privado sobre el que cualquier injerencia solo puede ser decidida con intervención de los órganos judiciales y jurisdiccionales...’”. “La posición del Agente Fiscal no sostiene que el ingreso de un dron en el patio de la sospechada –sin orden judicial– no constituya una confrontación a derechos constitucionales; sino que ha propuesto una versión fáctica alternativa a la de la Jueza, que se apoya en que no ha existido ninguna ‘invasión’ [...] manteniendo que el dron nunca ingresó en el patio del inmueble. Sin embargo, esa descripción [...] no se corresponde con lo que, razonablemente, puede interpretarse de lo que se observa en las fotos [...] –en las que ha basado la Sra. Jueza su decisión–.”

“En esas imágenes puede advertirse con facilidad que la fotografía fue tomada desde un ángulo lateral horizontal y con una gran cercanía al objeto que captó, lo que indica que el uso del equipo tecnológico utilizado no se limitó a un ascenso vertical exterior, como afirma el Agente Fiscal. La reconstrucción probatoria del caso que propone el impugnante para confrontar los fundamentos de la Magistrada de Garantías, no posee correspondencia con una razonable apreciación de la evidencia reunida; la que incluso confrontaría lo que puede observarse de las imágenes captadas. Ello conlleva el rechazo del agravio; pues sin dudas la intromisión del dron como se llevó adelante requería algo más que la difusa testimonial del personal policial que da inicio a las actuaciones”.

2. Debido control judicial. Principio de proporcionalidad: “Atento las posibilidades de intromisiones ilegítimas en la privacidad de los ciudadanos que puede derivarse del uso de nuevas tecnológicas, resulta importante recomendar un uso especialmente prudente y cuidadoso de esos elementos (como medios de investigación), procurando –de ser posible– una activa participación de los órganos judiciales y jurisdiccionales en la efectivización de las diligencias, a fin de garantizar una efectiva tutela de los derechos constitucionales (ello como regla y sin perjuicio de otras

situaciones excepcionales donde motivos urgentes y de gravedad pudieran ameritar el accionar sin ese control judicial y jurisdiccional previo). En especial, si como en el caso de autos solamente se cuenta con una información que se le ofreció a un funcionario policial por parte de una fuente que no identifica y mantiene en anonimato y que, abocado a la realización de tareas investigativas, no pudo apreciar ninguna situación que pudiera indicar razonablemente la realización de actividades ilícitas por parte de los habitantes del inmueble involucrado”.

CAPITULO 5

EXCEPCIONES A LAS EXCLUSIONES PROBATORIAS, ARGUMENTOS Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

1. Argumentos a favor de las excepciones a la regla de la exclusión probatoria

1.1. Introducción⁴⁷

En efecto, sabido es que luego de la Segunda Guerra Mundial, se expidieron textos constitucionales con amplios mandatos sustantivos para el Estado, reconociéndose una gran cantidad de derechos fundamentales para las personas. Sin embargo, bien pronto se observó que una auténtica democracia liberal, en tanto forma de gobierno destinada a dar prioridad a tales derechos, tiene que aceptar, si quiere viabilidad y estabilidad, una buena dosis de restricciones en el ejercicio legítimo de tales prerrogativas.

Ello, pues, en los hechos, difícilmente se puede pensar que la conducta de un individuo en sociedad, en mayor o menor grado, no llegue a afectar los intereses legítimos de otros conciudadanos. Sucede, sin embargo, como diría Nozick, que los derechos fundamentales se pensaron en una lógica completamente distinta: en la idea de fijar “límites” o “restricciones laterales” a la persecución de objetivos sociales colectivos; en la mecánica de impedir que se prive a los individuos de ciertas prerrogativas a pretexto de que con ello, de una u otra forma, se beneficie a otros miembros de la colectividad estatal. De ahí que, por consiguiente, se haya comprendido que los derechos fundamentales no pueden ser satisfactoriamente abordados solo a partir de una lógica global de coste-beneficios, sino que requieren de un “balance” razonado y justificado que

⁴⁷ Los hallazgos casuales en las diligencias de incautación e intervención de las comunicaciones digitales en Chile. Algunos problemas En: Polít. crim. vol.14 n°. 28 Santiago dic. 2019. Raúl Núñez Ojeda; Ramón Beltrán Calfurrapa; Nicolás Santander Akkrass

permita avalar -caso a caso- una eventual restricción legítima en su ejercicio.

“En la República Federal Alemana el principio de proporcionalidad tiene rango constitucional. Este principio tiene su fundamento en el principio del Estado de Derecho y en la esencia de los mismos derechos fundamentales que, como expresión del derecho general del ciudadano a la libertad frente al Estado, sólo puede ser limitado en forma amplia por el poder público cuando ello sea indispensable”

En este contexto, asumiéndose entonces como un criterio metodológico de vital importancia, el principio de proporcionalidad fue paulatinamente desarrollándose con una clara finalidad: pretender que cualquier órgano del Estado cumpla sus tareas hermenéuticas en materia de derechos fundamentales de una manera lo más racional posible”.

Este principio, por ende, pasó a representar una pauta argumentativa que facilita a los intérpretes justificar sus decisiones interpretativas en materia de derechos fundamentales.

De ahí que, como bien explica Böckenförde, “si no se equilibran las reclamaciones en competencia, ciertos contenidos de derechos fundamentales se expandirían unilateralmente a expensas de otros contenidos de derechos fundamentales o con respecto a otros portadores de derechos fundamentales. Precisamente por eso es imperativo incorporar el principio de proporcionalidad en la aplicación del contenido de los derechos fundamentales en el Derecho objetivo”.

Ello explica, entonces, que países tanto del “civil law” como del “common law”, organismos internacionales, así como diversos tribunales internacionales, hayan reconocido en el principio de proporcionalidad no sólo el mérito de servir de base para equilibrar posibles reclamaciones iusfundamentales en conflicto, sino que también por contribuir -a través de un conjunto estructurado y analíticamente coherente de criterios- en el fortalecimiento de las democracias contemporáneas.

Con todo, a partir de lo anterior, es claro que el principio de proporcionalidad reclama especial vigencia dentro del proceso penal. En efecto, sabido es que frente a la comisión de un hecho considerado como delictivo, mientras el Derecho penal se ocupa de los elementos que fundamentan el merecimiento y la necesidad de la pena -o una eventual medida de seguridad-, el Derecho procesal penal atiende a un conjunto de órganos y procedimientos encaminados a averiguar el contenido de verdad probable de tal circunstancia delictiva.

De esta forma, el Derecho procesal penal debe lidiar con el individuo concreto; con la persona de carne y hueso que, en definitiva, deberá soportar una privación o restricción de sus derechos fundamentales más básicos. De allí, entonces, la necesidad de reconocer al principio de proporcionalidad como un instrumento heurístico, como una herramienta metodológica esencial que facilita la conciliación de intereses opuestos: por un lado, el interés estatal por ejercer el ius puniendi, vale decir, la persecución penal llevada a cabo por Ministerio Público; y, por otro, el interés del imputado por defender su “ius libertatis”.

1.1.1. La ley de ponderación⁴⁸

Según la ley de la ponderación, cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.

En virtud de lo anterior, es importante precisar que la ponderación tiene una secuencia de tres pasos que Robert Alexy identifica claramente: En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego en segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

También sostiene Alexy que el grado de vulneración o afectación a los Principios puede determinarse a través del uso de una escala triada o de tres intensidades. En esta escala el grado de afectación de un principio en un caso concreto puede ser leve, medio o intenso. Es importante resaltar que no siempre los principios son de diverso peso, sino que también existen unos que tienen la misma fuerza normativa y es aquí donde entra a jugar un papel determinante el llamado peso abstracto de los principios relevantes, el cual está fundado en que a pesar de que a veces los principios que entran en colisión tengan la misma jerarquía en razón de la fuente del derecho en que aparecen, en determinado caso en concreto uno de ellos puede tener una mayor importancia en abstracto.

⁴⁸ Oscar Fernando Tamayo Zuluaga, *El principio de proporcionalidad y restricción a derechos fundamentales en el proceso penal*, Universidad de Medellín Facultad de Derecho, Medellín, Antioquia, 2013

En las Ponderaciones no solamente es importante tener en cuenta la intensidad de las afectaciones a Derechos Fundamentales, sino que también; los pesos de los Principios que entran en Colisión. Al respecto también menciona Alexy que esta posibilidad se vuelve real, cuando los pesos que corresponden a los diferentes principios en colisión se diferencian entre sí. Si los pesos abstractos son iguales, se neutralizan entre sí. Si, por el contrario, ellos tienen diferente magnitud, pueden sopesarse en la balanza.

La fórmula del peso, tal como es descrita por Alexy, expresa una nueva ley de la ponderación. El objetivo de esta fórmula es establecer “una relación de precedencia condicionada” entre los principios a la luz de las circunstancias del caso. Si se observa con atención, se advertirá que esta relación de precedencia no se determina sólo mediante la comparación de la importancia de los principios en el caso concreto (o sea, “del grado de no satisfacción o de afectación de un principio” y “la importancia de la satisfacción del otro”), sino mediante una operación de mayor alcance, que toma en cuenta también el peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a la importancia de los principios. Esto implica que la fórmula del peso es una reformulación del planteamiento básico que subyace a la ley originaria de la ponderación y que es, en términos analíticos, más sofisticada, por cuanto explicita la necesidad de considerar dos variables adicionales: el peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas.

Otro elemento que se debe tener en cuenta y que forma parte de la estructura de la ponderación, es la carga de la argumentación, la cual opera cuando del resultado de la fórmula del peso entre principios en colisión deviene en un empate.

Robert Alexy en su obra *Teoría de los Derechos Fundamentales*, aduce que se debe resolver esta ambivalencia en virtud del Principio “*in dubio pro libertate*”, de acuerdo con el cual ningún principio contrario a la libertad o a la igualdad jurídica puede prevalecer, sin que se invoquen a su favor razones más fuertes. Es decir, la resolución debe ir en pro de la libertad y la igualdad jurídica.

Asimismo, manifiesta el autor en su obra el *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, que en caso de producirse un empate entre dos leyes, la norma debe considerarse como no desproporcionada, y que debe ser declarada constitucional, pues los empates no juegan en favor de la libertad y de la igualdad jurídica, sino a favor de la democracia.

En la doctrina de Robert Alexy, se puede ubicar una segunda ley de la ponderación, consistente en que cuando mayor sea una intervención en

un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamenta la intervención. Es decir; la certeza de las premisas que cimientan la afectación, se refiere a la seguridad o certeza de las apreciaciones empíricas concernientes al grado en que la medida analizada implica fácticamente la falta de satisfacción del primer principio y la satisfacción del segundo en las circunstancias del caso concreto.

Esta norma no se fundamenta en la importancia de las razones que sustentan la intervención, sino en su calidad epistémica (Ley epistémica de la ponderación). También en relación con esta ley se aconseja utilizar la escala triada dividida de la siguiente forma: 1. El control material intensivo. 2. El control de plausividad. 3. El control de evidencia.

1.2. Desarrollo

No está de más aclarar que, en razón del presente trabajo donde se intenta dotar de eficacia a la prueba obtenida por los drones de “manera ilegal” –en algunos supuestos particulares- es que se debe admitir las excepciones a la regla de exclusión. Parecería una obviedad decir que, en estos supuestos, la famosa frase de Nicolás Maquiavelo tendría plena aplicación: “el fin justificaría los medios”.

Es decir que, tomando la frase maquiavélica como referencia, proteger los derechos fundamentales de víctimas vulnerables; proteger el medio ambiente como derecho humano; o proteger bienes jurídicos de mayor protección jurídica implicaría “justificar” la vulneración de las garantías del imputado consideradas como de “segundo nivel”.

Precisamente, el argumento para sostener lo enunciado previamente se centra en el principio de proporcionalidad.

Tal y como se adelantó, es en este principio donde, a juicio del autor, puede ser ingresada la prueba obtenida por drones y de esta manera, dotar de su eficacia en el proceso, es decir, que será “válida”, aun cuando hubiese sido obtenida violando la privacidad, intimidad, datos personales o el domicilio de la persona imputada o sospechada, cuando hubiese afectado otro derecho más “valioso”, todo esto, ponderando los intereses en juego. Ello, cuando:

a) Se vulneraren derechos humanos. En especial, cuando se encuentren comprometidos derechos fundamentales de víctimas en situación de vulnerabilidad (menores de edad o casos de violencia de

género), como así también cuando se afectare el medio ambiente considerado como derecho humano y;

b) Casos de delitos graves previstos con una pena de prisión no menor a 8 años. Aquí se ponderará entre las garantías del imputado referidas vs derecho a la vida (por ejemplo), tomando la pena de 8 años como la escala mínima del homicidio (la cual se explicará más adelante);

Una vez aclarado esto, es importante decir, en cuanto a este principio, que no sólo que nuestra jurisprudencia se ha expedido al respecto (aunque en casos que no hacen a la temática de la presente investigación), sino que también lo ha hecho la jurisprudencia internacional.

Para comenzar con un concepto sobre principio de proporcionalidad, se podría decir que es aquella pauta que se considera para establecer cuándo un derecho del imputado (en el caso: datos personales, privacidad, intimidad y domicilio) puede ser “dejado de lado”, es decir, que la garantía constitucional pueda tolerarse, en la medida que el hecho ilícito vulnere y/o afecte otros derechos fundamentales (que deben prosperar y que son los mencionados precedentemente). Aquí es donde se deberá realizarse una ponderación de intereses y ver, en el caso concreto, cuál de los derechos en juego debe ser protegido.

No está de más destacar que no todas las garantías del imputado pueden ser objeto de “tolerancia”. Parte de la doctrina que acepta este criterio entiende que no es lo mismo quebrantar la inviolabilidad del domicilio a quebrantar otros derechos amparados (a no ser torturado). Se está refiriendo a aquellos derechos y garantías constitucionales que no son absolutos porque admiten su quebrantamiento mediando ciertos requisitos (ej.: el secreto de las comunicaciones o la inviolabilidad del domicilio), sobre los cuales el proceso penal ofrece una “protección de segundo nivel”⁴⁹.

Tomando la opinión de Maximiliano Hairabedián, el mismo cita doctrina donde existen opiniones encontradas, y que no ocurriría lo mismo (es decir, no podrían ser vulnerados en ningún caso) cuando el derecho sea “a no ser torturado”.

El principio de proporcionalidad, básicamente, ayuda a resolver un conflicto de “choque entre principios”. Por un lado, las garantías constitucionales del imputado y, por el otro, los derechos fundamentales de las víctimas.

⁴⁹ Maximiliano Hairabedián, *El Registro y el Allanamiento en el Proceso Penal*, 2 edición actualizada y ampliada, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2019, p.94

De esta manera, “cuando dos principios entran en colisión...uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro”⁵⁰. Aquí, sólo se podrá solucionar la disputa cuando se pueda dilucidar cuál de los principios tiene mayor peso constitucional. Es decir, el parámetro legal más débil es el que debe ceder y ser desplazado desde el punto de vista lógico.

Tal y como se desarrolla a lo largo del presente trabajo de investigación, se pretende que tal decisión no quede totalmente al arbitrio judicial ya que ello implicaría que las mismas situaciones se resuelvan de manera distinta cuando la competencia recaiga en manos de distintos jueces con diferencias de criterios. Por tal motivo, las situaciones podrían ser regladas objetivamente para ampliar las herramientas que el juzgador tiene al alcance a la hora de resolver. Por supuesto, sólo en los casos sumamente graves y de manera excepcional al cual ya se ha hecho referencia.

A veces se critica al principio de proporcionalidad diciendo que nunca el fin podría justificar los medios (lo cual, muchas veces, tienen argumentos y razones muy fuertes). Sin embargo, como sostiene Maximiliano Hairabedián: “esta suele ser de esas frases que se repiten mecánicamente, sin reparar que eso es falso, puesto que muchas veces en la vida el fin justifica los medios, a punto tal que hasta el derecho lo reconoce, como sucede cuando se autoriza a causar un mal en defensa propia, o de un tercero, o por necesidad. Así, admitimos que se mutile el cuerpo para curar; cortar el tránsito para arreglar una calle; encerrar a quien ha cometido un delito; anestesiar para sacar una muela; sacrificar animales para comer, talar un árbol que se puede derrumbar, etc. Y a nadie se le ocurre proclamar que, en sí mismo, está bien o es lindo mutilar, encerrar, clavar agujas, sacar árboles.

En definitiva, todo depende del grado de racionalidad, necesidad y proporción que tengan los medios con los fines legítimos. En materia de exclusiones probatorias este principio supedita la aplicación de la exclusión probatoria a la relación de importancia y gravedad entre el acto ilegal y las consecuencias negativas de su eventual ineficacia. Básicamente, no se aceptan las prohibiciones probatorias cuando el hecho objeto del proceso sea grave, la infracción constitucional probatoria leve y una eventual exclusión conduzca a la impunidad. Tal lo que ocurrió aquí.

Yendo más lejos, y a título ilustrativo, téngase en cuenta que existe una fuerte discusión sobre la legitimidad de la tortura cuando se la usa para salvar vidas (p. ej., al terrorista a fin de que indique donde colocó la bomba

⁵⁰ Maximiliano Hairabedián, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, 2 edición actualizada y ampliada, Ad Hoc, Buenos Aires, 2016, p. 259

que matará personas), habiendo quienes consideran absoluta la prohibición⁹ y otros que la relativizan. El riesgo de las convalidaciones, principio de proporcionalidad o causas de justificación mediante, es que, si se abusa utilizándolas con frecuencia, puede conspirar contra la finalidad preventiva o disuasoria de la regla de exclusión, formando un caldo de cultivo propicio para la inconducta policial en la adquisición de pruebas; de allí la importancia de su carácter excepcional.”⁵¹

1.3. Jurisprudencia sobre el tema: ⁵²

a) Argentina: Sin llegar a aceptarlo como medio convalidante de prueba ilícita, nuestra Corte ha admitido que la gravedad del hecho es un factor a tener en cuenta a la hora de ponderar una declaración de nulidad.

CSJN, T. 639. XLII. “Telleldín, Carlos Alberto y otros s/ rec. de casación”, 27/5/2009: *“La sentencia que declaró la nulidad no cuenta con fundamentos mínimos suficientes y, por lo tanto, obstan a su calificación como acto judicial válido en los términos de la doctrina de la arbitrariedad. Máxime si se tiene en cuenta la magnitud del delito investigado en la que ha sido llamada la causa más compleja de la historia judicial del país con 85 muertos y 120 lesionados. Desde ya que dicha magnitud -obvio es decirlo- no debe ser entendida en modo alguno como salvoconducto para vulnerar los derechos de los imputados. Sin embargo, ello no autoriza a descartar con ligereza parte de las pruebas acumuladas en el legajo, sin que a su respecto se hubiera comprobado violación de garantía constitucional alguna, puesto que, en el caso, la extrema gravedad de los hechos así como su repercusión y desgraciadas consecuencias, imponen el mayor de los esfuerzos en la recolección de evidencias en pos de arribar a la verdad material”.*

b) Alemania: En la jurisprudencia alemana, el principio de proporcionalidad -*verhältnismäßigkeitsprinzip* – se limita a “*situaciones excepcionales e inusuales, siempre que, la admisión de la prueba ilícita constituya el único camino posible y razonable para proteger otros valores*

⁵¹ Maximiliano Hairabedián, *Nueva doctrina del Tribunal Superior sobre interrogatorios policiales: ¿Consumo de frutos del árbol prohibido?*, Publicado en Actualidad Jurídica, Vol. 231, p. A. 8299, Córdoba, marzo 2017.

⁵² Maximiliano Hairabedián, *El registro y el allanamiento en el proceso penal*, 2da Edición actualizada y ampliada, Alvearoni ediciones, Córdoba, 2019, p. 93

*fundamentales y más urgentes...”; “... importa un examen entre el medio empleado y la finalidad a la cual se tiende, de forma que, la prueba obtenida por medios inconstitucionales será admisible cuando consista en el único medio de evitar un desastre de grandes proporciones...”.*⁵³

c) Suiza: El Tribunal Federal de Casación Penal Suizo, en el caso “Schenk” dijo que: “... Se debe examinar caso a caso si la violación legal es tan grave que no permite utilizar la prueba obtenida ilegalmente, para cuya determinación hay que ponderar los intereses y los derechos en juego...”. Un aspecto importante en este caso es que fija una pauta para establecer objetivamente cuando una infracción constitucional puede ser tolerada, tomando en cuenta si la medida probatoria viciada es de las que puede ser dispuesta con orden judicial, como ocurre con los registros domiciliarios, a diferencia de una confesión forzada.⁵⁴

d) España: Aquí, Hairabedían cita una jurisprudencia española donde se ha considerado que sería desproporcionado declarar la nulidad de un registro en el que se secuestraron 43 kgs. de hachís si se hubiese practicado de noche en el marco de una orden sin la correspondiente habilitación.⁵⁵

⁵³ Maximiliano Hairabedían, *El registro y el allanamiento en el proceso penal*, 2da Ed. actualizada y ampliada, Alvearoni ediciones, Córdoba, 2019, p. 93, que a su vez cita a Minvielle, *La prueba ilícita en el derecho procesal penal*, pp. 106 y 107.

⁵⁴ Ibidem, pp. 93 y 94

⁵⁵ TSE, Sala Penal, S. N° 2466, 17/4/1993, Id. Cendoj: 28079120011 993109188

CAPITULO 6

EXPECTATIVA DE PRIVACIDAD Y AUTORIZACIÓN JUDICIAL

1. Expectativa de Privacidad

Como mencioné en párrafos anteriores, los Drones están equipados con tecnología de la más avanzada: captando imágenes en alta definición, incluso con cámaras infrarrojas que tienen visión nocturna; sistemas de detección térmicas que permiten ver más allá de los muros o paredes, entre muchas otras funciones. Por ello, estas máquinas (algunas ya con avances de inteligencia artificial), tienen dos grandes aspectos:

a) Uno positivo: En cuanto a las grandes facilidades que cuentan a la hora de la investigación en tareas de campo (en lo que respecta al ámbito del Derecho Penal), recolectando datos e incorporando prueba al proceso penal, como así también para búsqueda de personas en lugares complejos o, simplemente, para realizar allanamientos en lugares peligrosos o de difícil acceso.

b) Uno negativo: En cuanto impacta de forma negativa en la privacidad, intimidad, protección de datos personas y el domicilio privado de las personas.

Por ello, es sumamente necesario contar con reglas claras para utilizar estas herramientas en el proceso penal. Si bien el tema de la expectativa de privacidad es tratado y analizado en casos hipotéticos durante el desarrollo de circunstancias objetivas que el autor propone en el presente trabajo, a modo de excepción en la admisión de la prueba y centrado en el principio de proporcionalidad, en líneas generales, se destaca que la RAE (Real Academia Española) define a la expectativa de privacidad como: *“Espacio, público o privado, en el que la persona tiene la legítima y fundada esperanza de que puede actuar libremente sin que su comportamiento sea conocido más allá de un círculo reducido de personas.”*⁵⁶

A modo meramente ejemplificativo e hipotético, se podría enunciar tres ámbitos donde la “expectativa de privacidad” es distinta:

⁵⁶ Véase: <https://dpej.rae.es/lema/expectativa-de-privacidad>

- a) Una persona que está en su habitación, dentro de su propiedad: Aquí podríamos decir que la expectativa de privacidad es mayor a cualquier otro supuesto;
- b) Una persona que está en un campo abierto de propiedad privada: En este sentido, la expectativa de privacidad podríamos ubicarla en un término medio (ya veremos, cómo la jurisprudencia se ha expedido al respecto en este punto);
- c) Una persona que se encuentra en la vía pública: En este caso ya no podemos pretender que esta persona tenga “la esperanza” de tener privacidad alguna.

Lo enunciado tiene una gran importancia para el derecho penal en lo relativo al objeto de estudio de este trabajo ya que de allí surgirá el análisis para la ponderación de derechos que anteriormente se analizó.

En esta diferencia de supuestos, no será idéntica la tarea de “ponderación de derechos”, por lo que en algunas situaciones será más complejo el análisis que deberá realizarse. Es decir, que en el supuesto de menor “protección” señalado en el inc. c) anteriormente, los derechos del imputado tendrán más “susceptibilidad” a ceder frente a situaciones que afecten derechos esenciales de las víctimas de delito.

Por otro lado, la expectativa razonable de privacidad es un criterio que ha sido empleado para determinar si en un caso concreto se podrían haber vulnerado garantías constitucionales. En este mismo orden de ideas, la jurisprudencia internacional ha sostenido que: “Los requisitos que debe cumplir la expectativa razonable de privacidad consiste en atender pruebas objetivas y subjetivas de racionalidad. La prueba objetiva requiere que toda persona razonable asuma de manera efectiva la expectativa de privacidad. Por otra parte, la prueba subjetiva requiere observar que efectivamente exista una expectativa de privacidad genuina.”⁵⁷

En este sentido, el Tribunal Supremo de España, en la sentencia N° 239/2014 no admitió las grabaciones de una cámara que había sido colocada por el empresario en el despacho del empleado sin contar con su consentimiento ni con autorización judicial.

Las cámaras se habían colocado ante las sospechas de que el trabajador, encargado de la contabilidad, estaba distrayendo dinero de la caja, y se habían colocado en diferentes lugares. Por medio de ellas se descubre que, efectivamente, este trabajador estaba apartando dinero y

⁵⁷ Juan Antonio Travieso *En busca de la privacidad perdida “Carpenter vs. Estados Unidos”*, Tomo LA LEY 2019-B

haciendo manipulaciones en las facturas y es condenado por apropiación indebida.

El acusado interpuso recurso de Casación, ya que consideró que se vulneró su derecho a la intimidad, debido a que se valoró como prueba una grabación obtenida de forma ilegal, al no existir conocimiento del trabajador ni autorización judicial. Señala que la colocación de cámaras en su despacho sin contar con su autorización ni autorización judicial vulnera su derecho a la intimidad, al invadir el terreno personal y privado, así como la presunción de inocencia al basarse la condena en prueba ilícitamente obtenida, por lo que solicita su absolución.

Es necesario tener presente que esta sentencia cuenta con un voto particular del Magistrado D. Antonio del Moral García. Este magistrado manifestó en la sentencia señalada que: "Hay que diferenciar zonas y dependencias. No es lo mismo un espacio abierto del centro de trabajo que aquél que puede ser de uso predominantemente individual y personalizado como podría suceder con esa aludida "oficina".

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional (en cuya más reciente jurisprudencia se apoya la sentencia mayoritaria - STC 170/2013, de 7 de noviembre) cuando se incide en un derecho fundamental como es la intimidad, se hace indispensable testar para la legitimidad constitucional de la actuación la proporcionalidad (idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto).

Además, en la sentencia antes referida, y en cuanto a la prueba ilícita, se dijo que: "Cuando hablamos de prueba ilícita, debe exigirse usando el paralelismo penal una conducta antijurídica y culpable (aunque sea simple negligencia). No es "ilícita" a estos efectos la acción, ni por tanto la prueba, cuando se ha actuado de buena fe, con la convicción de que la conducta se ajustaba al ordenamiento y sin indiligencia, indiferencia o desidia reprobables".

En ese voto particular de la sentencia se hace referencia a la vulneración de las garantías cuando provienen de un particular, y no del Estado. Así, se dijo que: "... se trata de una ilicitud atribuible no a órganos del Estado, sino a particulares. No hay duda de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares (drittwirkung), aunque no se puede desconocer que su construcción teórica y su fortificación legal y práctica ha surgido y crecido sobre todo en tensión frente a los poderes estatales...La inutilizabilidad de la prueba obtenida con violación de derechos se predica de todos los casos y de todos los procesos, más allá de que el agente infractor sea estatal o un particular".

Si bien en Argentina se pueden detectar algunos fallos interesantes sobre este punto, “en los autos “G. R., M. F. s/medidas de prueba”, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional ordenó la obtención de vistas fotográficas de la imputada en la División Reconocimiento Antropométrico de la Policía de la Ciudad de Buenos Aires, para su posterior cotejo con aquellas que ilustran el desarrollo del hecho materia de investigación.

La medida fue ordenada en el marco de un proceso en curso y en aras de la averiguación de la verdad, respetando las garantías constitucionales de la imputada. Al respecto, los miembros del Tribunal, Magdalena Laíño y Pablo Guillermo Lucero, explicaron que: “la producción de prueba, como la pericial que pueda decretar el órgano jurisdiccional, no puede ser eludida por el imputado, que está obligado a someterse a su realización (deber de tolerancia), porque en tal caso su actuación no será en calidad de sujeto de la relación procesal sino como objeto de prueba en el proceso”.⁵⁸

Por ello, para estar seguros de si existe una violación a la privacidad de una persona, habrá de estarse siempre al contexto y al lugar donde se obtuvieron las fotografías, videos o datos de la persona (en este caso, por un dron o vants). En este sentido, el caso concreto determinará la cuestión jurídica, aunque no hay que olvidar las pautas objetivas que anteriormente se describieron en cuanto a la expectativa de privacidad.

Caso de España:⁵⁹

En el caso de España, cuentan con una regulación específica del tema. En cuanto a dicha normativa, se puede destacar lo siguiente: “La LO 13/2015, del 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica (B.O.E del 6 octubre de 2015) introduce al texto el Capítulo VII del Título VIII del Libro II relativo a la Utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización.

A tenor del contenido del artículo 588 quinquies a) se autoriza la captación policial de imágenes en lugares o espacios públicos “por cualquier medio técnico”, y para el caso que se quisieran utilizar en espacios cerrados o domicilios, el artículo 588 quater a) permite la grabación de las comunicaciones orales directas, y en su caso de la

⁵⁸ véase <https://www.diariojudicial.com/nota/84344>

⁵⁹ Véase https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11152-el-derecho-a-la-intimidad-y-laprueba-obtenida-mediante-drones/#_ftn18

obtención de imágenes, con autorización judicial, cuando estas se produzcan por el investigado, en la vía pública o en otro espacio abierto, en su domicilio o en cualquiera otros lugares cerrados.

De la lectura de ambos artículos se hace necesario distinguir si la utilización de tales medios se realiza en espacios abiertos o por el contrario, se lleva a cabo en espacios cerrados o en domicilios. Respecto a la primera posibilidad, su utilización en lugares abiertos o públicos, el Tribunal Supremo permite el uso de dispositivos de seguimiento GPS sin necesidad de autorización judicial, por lo que, aplicado dicho criterio, el seguimiento podría tener lugar mediante la utilización de *drones* teledirigidos mientras que el Tribunal Constitucional no se pronuncie en sentido contrario.

En lo que se refiere a la segunda posibilidad, el uso de tales artilugios en lugares cerrados o en domicilios, la respuesta es más compleja, en la medida que el Tribunal Constitucional tiene declarado que la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones, incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos. En estos casos se hace necesaria la correspondiente autorización judicial para la utilización de estas aeronaves en un domicilio o espacio cerrado, que se dictará siempre que concurren los requisitos establecidos en el artículo 588 quater b y con el contenido establecido en el artículo 588 quater c”

2. Autorización Judicial

Descripto lo anterior, es necesario hacer referencia a la autorización judicial que se otorga para la “intromisión” al domicilio privado a través del uso de los Drones.

Se habla de intromisión entre comillas justamente porque lo que se intenta expresar en este apartado es que el Juez habrá de autorizar el uso de los drones sobre determinados domicilios a través de una “autorización” sin necesidad de que la misma sea una resolución judicial fundada como sí lo es en el allanamiento propiamente dicho.

Esta medida, sin embargo, no suele ser utilizada por los Juzgados en general (cosa que es correcto) pero si merece la atención señalarlos ya que ello implica una vulneración a la garantía de inviolabilidad de domicilio.

En muchas situaciones, y en mayor medida en las investigaciones por causas complejas, es decir: causas de narcotráfico, contrabando y/o trata de personas, por nombrar algunos ejemplos (competencia federal en nuestro país), la prevención (gendarmería nacional) o el Ministerio Público Fiscal (MPF), e incluso el Poder Judicial en los sistemas mixtos que aún están vigentes en Argentina, solicitan o imparten ciertas medidas de investigación entre las que se incluye la utilización de los vehículos aéreos no tripulados sobre un determinado territorio (domicilio), destacando en la misma una serie de requisitos, tales como:

- a) Implementar todos los recaudos legales para garantizar la seguridad de los bienes y personas;
- b) Prestar especial atención a los requisitos técnicos y aptitudinales sugeridos por la ANAC –Reglamento Provisional de los Vehículos Aéreos no Tripulados- N° 527/2015, que es la resolución actual y vigente en el País. Esa resolución es a la que se hizo referencia anteriormente y;
- c) Remitir al Juzgado competente el resultado de la medida en un plazo razonable (material filmico, fotos, entre otras cuestiones).

Ahora bien, una vez solicitada la medida, el Juez dispone la procedencia de la misma. Es decir, si corresponde o no la realización, conforme las circunstancias concretas del caso en cuestión.

En general, para fundar la procedencia de la medida, el Juez se basa en el art. 222 del Código Procesal Penal de la Nación (el cual dejará de tener vigencia en poco tiempo). El artículo citado establece lo siguiente: *“Para la mayor eficacia de las inspecciones y reconstrucciones, el juez podrá ordenar todas las operaciones técnicas y científicas convenientes.”*

Es decir, aquí la medida se “funda” en la eficacia de la inspección a través de estos vehículos aéreos no tripulados.

Caso hipotético: La prevención, luego de tareas de inteligencia (a raíz de una denuncia previa o del conocimiento de un hecho que podría ser ilícito), pudo advertir que en determinado domicilio se percibía un fuerte olor similar al de la marihuana y por ello solicita la autorización del Dron para sobrevolar el domicilio investigado e intentar identificar si en el jardín del mismo hay presencia o no de cultivo de plantas de marihuana.

En este caso, el juez federal autoriza la utilización de los Vants ya que cree que es la medida correcta y la que mejor puede contribuir al descubrimiento de los hechos investigados, siendo una medida de “baja intervención” en la privacidad de los moradores del domicilio denunciado (se justifica que es de baja intervención justamente porque no hay necesidad, en este caso hipotético planteado, de que en una primera

medida se ingrese a la casa de los moradores sino que, justamente, se sobrevuele únicamente el jardín para determinar las plantas de marihuana que podrían haber. Luego, si es necesario, se concederá el allanamiento del domicilio a través de una resolución fundada).

Uno de los fundamentos utilizados, en sintonía con el párrafo anterior y como se advirtió, es que esta medida significa un avance en la investigación de los hechos sin que implique “una intromisión excesiva en la privacidad de las personas”, tal y como lo sería un allanamiento propiamente dicho. Es decir, que el juzgado entiende que esta medida resulta ser la “menos gravosa” que otras alternativas (allanamiento propiamente dicho – sin drones).

A su vez, en relación a la protección de datos personales, el juzgado una vez que ya cuentan con el resultado de la medida, y en caso que sea negativo o no tenga interés en la causa, realiza la destrucción del material (fotos y videos).

Sin perjuicio de todo lo expuesto, es de destacar que la decisión de algunos Jueces en esta práctica resulta errónea. Ello, dado que la “intromisión” del DRON en la esfera privada (domicilio particular) aunque sea desde el aire, resulta una invasión en la propiedad. Como consecuencia, en este tipo de investigaciones se debería proceder con una orden de allanamiento fundada y motivada y no una simple autorización judicial.

Ahora bien, dejando de lado los casos hipotéticos, aunque sin la presencia de drones, la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, en fecha 9 de marzo de 2022, declaró la nulidad de un allanamiento ya que el mismo se habría realizado sin la debida motivación que debe contener este tipo de resoluciones judiciales, es decir, que no había elementos y/o motivos para que el Juez, en ese caso, autorizara el allanamiento del domicilio. Sin perjuicio de lo expuesto, no me referiré al análisis del caso en particular sino más bien a sus fundamentos, lo cual, aplica perfectamente a este proyecto de investigación.⁶⁰

En primer lugar, la resolución FMZ 4302/2021/1/CA1 de la Sala A de la CFAM destacó el principio general en la materia, diciendo que: *“la intromisión del Estado en la morada privada sólo se encuentra permitida por la ley en casos excepcionales y, en ellos, corresponde ejecutarla del modo y con los requisitos previstos en la normativa directamente aplicable.*

⁶⁰ Resolución FMZ 4302/2021/1/CA1 - Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza de la Sala A de fecha 9 de marzo de 2022.

Por regla, el allanamiento debe estar autorizado por un juez y, además, ser motivado y fundado (arts. 123 y 224, 1er. Párrafo, CPPN). Tal exigencia es consecuencia de la necesidad de controlar la coacción estatal y evitar la arbitrariedad de sus órganos administrativos (CSJN, in re “Mattei”, en Fallos 325:1845).

Cabe recordar que el art. 18 de la C.N. consagra la inviolabilidad del domicilio; y esta protección específica obedece a que constituye el ámbito donde los individuos, por definición, tienen la mayor expectativa de intimidad y privacidad (Garrió, Alejandro, D, Garantías constitucionales en el proceso penal, Hammurabi, cuarta edición 2000, pág. 328).”

Asimismo, la resolución referida indicó el modo por el cual debería realizarse la intromisión al domicilio, destacando que es por auto fundado. Textualmente, se dijo que: “Por su parte, el art. 224 del C.P.P.N., reglamentario de dicha garantía constitucional, establece que el juez podrá ordenar el registro de un lugar a través de un auto fundado. Éste, así como el de una intervención telefónica o cualquier otra intromisión a la privacidad de los individuos, es un acto de poder jurisdiccional que debe legitimarse a través de la fundamentación del auto que la dispone y justifica; garantía que se desprende de los arts. 18 y 28 de la Carta Magna y de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos incorporados a ella.

Se tiene dicho que “La orden de registro deberá ser fundada, debiendo hacer constar expresamente cuáles son los motivos que llevan a dicha presunción, exigencia que se justifica por la protección constitucional a la inviolabilidad del domicilio” (Cafferata Nores, José I.; Tarditti, Aída: Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, tomo 1, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2003, pp. 516 y 517).

En este sentido, la Corte Suprema sostiene que la inviolabilidad del domicilio resguardaba en el art. 18 C.N. se concreta a través de la exigencia legal de que las órdenes de allanamiento emanen sólo de los jueces y que las resoluciones que las dispongan deban estar siempre fundadas (Fallos 322:3225).”

Por tal motivo, en coincidencia con la resolución de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, es de destacar que la orden de allanamiento debe ser por auto fundando (aun cuando no implique un total menoscabo a la expectativa de privacidad).

Ahora bien, volviendo al uso de los drones, utilizados en competencia federal en nuestro País, es importante resaltar que el Juzgado Federal de Mendoza, en mayo de 2021 y en los obrados FMZ 5937/2021 autorizó el

uso de un Dron sobre un inmueble el cual era investigado por una causa de estupefacientes.⁶¹

Así se dijo que: “La presente autorización se otorga sin desconocer que se trata de una medida de excepción que conlleva una intromisión en la vida privada de las personas, debiendo destacar además que la prevención e investigación de delitos por medio de mecanismos técnicos como el solicitado, no resulta incompatible con el adecuado respeto de los derechos fundamentales de privacidad y de la imagen como dato personal.

Debo destacar que la medida solicitada resulta ser menos gravosa que otras alternativas disponibles. Por lo que considero que la utilización de un mecanismo no tripulado de vigilancia puede contribuir favorablemente en este caso.

De esta manera y, solamente en aras de conocer si la denuncia originante tiene asidero en la realidad, este Tribunal considera que corresponde hacer lugar a lo solicitado por los actuantes y disponer la medida de excepción.

Debe dejarse aclarado que la medida instructora dispuesta, constituye una excepción a la garantía consagrada en el art. 18 de la C.N. y art. 18 de la ley 25.326 de protección de datos personales, al importa la misma una intromisión en la esfera privada de las personas, que encuentra su necesaria fundamentación y procedencia en el interés social de la represión delictiva”

Si bien el Juzgado Federal de Mendoza entiende que esta medida (autorización de Drones para tareas de vigilancias dentro del espacio del domicilio sospechado) constituye una medida de excepción que conlleva una intromisión en la vida privada de las personas, ello no sería un allanamiento de la morada.

Así, la resolución citada, continúa diciendo que: *“En relación a lo manifestado, si bien la medida dispuesta no constituye un allanamiento de la morada del sospechado, lo cierto es que la misma implica una intromisión –aunque más leve- en su vida privada y sus bienes, razón por la cual deben encontrarse debidamente fundadas”.*

Independientemente de la diferencia de criterios que puede llegar a suscitarse en este punto, en cuanto si la medida comentada constituye o no un allanamiento (por intromisión total de la propiedad privada), lo cierto es que, en el caso comentado, quedaría zanjada la discusión al autorizar la medida a través de un “auto fundado y motivado de allanamiento”.

⁶¹ Resolución FMZ 5937/2021 – Juzgado Federal de Mendoza de fecha mayo de 2021.

Por otro lado, es una forma de proceder en la Justicia (aunque no sucede en todos los juzgados) que las “autorizaciones” para proceder al “allanamiento” de una propiedad privada se conceda con una simple autorización y no una resolución fundada y motivada a la cual se hizo referencia previamente.

Por ello, se desaconseja esta práctica ya que la Justicia debería declararla nula. Con tal piso, así fue que la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, en fecha 12/8/2021 y en los autos “Sandoval, Rubén – Cuevas, Ángela Estela – López Sandoval, Nicolás sobre infracción ley 23.737 – resistencia o desobediencia a funcionario público – Expediente N° FGR 787/2021/CA1)⁶², admitió el recurso deducido por la defensoría oficial y en consecuencia declaró la nulidad de la orden de allanamiento por considerar, en este caso, que la misma se fundaba en motivos y/o circunstancias nulas y no procedentes, ya que se sustentó exclusivamente en las tareas de investigación efectuadas por la prevención mediante el uso de un dron cuya utilización no había sido autorizada a través de una resolución fundada.

Para valerse del uso del Dron, el Sr. Juez *a quo* (de primera instancia) afirmó que el vuelo del Drone fue efectuado en todo momento en espacio público y fue manipulado por un agente policial autorizado para el uso del mismo por las autoridades competentes, no violándose en ningún momento la intimidad del domicilio investigado o de persona alguna.

En el caso de referencia, el dron había capturado imágenes desde el aire no sólo del sector en el que se ubica la vivienda del imputado, sino de su patio y el lindero –efectuando, además- acercamiento de las imágenes (zoom).

Es por esta razón que la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, en el caso concreto, consideró que el mandato impartido por el Juez de primera instancia fue insuficiente para avanzar sobre la garantía en juego del modo en que se lo hizo.

En este mismo sentido, en la resolución de la CFAGR, entendió que el patio de una vivienda es un espacio donde se abriga una importante expectativa de privacidad pues en ese marco, indicaron que es razonable suponer que las personas llevan a cabo actividades que querrían mantener fuera de las miradas extrañas y que no desarrollarían de saber si pueden

⁶² FGR 787/2021/CA1 Expediente – Cámara Federal de Apelaciones de General Roca de fecha 12/8/2021 y en los autos “Sandoval, Rubén – Cuevas, Ángela Estela – López Sandoval, Nicolás sobre infracción ley 23.737 – resistencia o desobediencia a funcionario público.

ser observadas por terceros o por el Estado sin una concreta habilitación jurisdiccional.

Finalmente, es de recordar, además, que en el caso concreto se trató de una vivienda que estaba cerrada por paredes de material de cierta altura, y rodeado de otras viviendas por una planta que lo preservan del exterior. (aquí se puede observar los supuestos enumerados en el presente trabajo de investigación donde se refieren casos hipotéticos donde el imputado tiene mayor o menor grado de expectativa de privacidad).

Por todo lo expuesto, se considera y se reitera que para “entrometerse/allanar” el domicilio de una persona con un dron, debe existir una resolución fundada y motivada de Juez competente que así lo disponga previamente.

Finalmente, es importante destacar la opinión del Dr. Marcelo A. Riquert en este aspecto, quien a su vez se apoya en algunas citas de grandes doctrinarios que han estudiado el tema de las autorizaciones judiciales por drones, refiriendo que: “más allá de que se entienda a la vigilancia policial dentro de las excepciones o que conforme a la reglamentación definitiva deba cumplir con determinados trámites de validación de sus VANT o SVANT, esto sigue sin responder el interrogante acerca de la necesidad o no de autorización judicial, solo dejaría en claro que no se trataría de una actividad prohibida reglamentariamente. Esboza un criterio plausible Blanco, diciendo que el uso de VANT para registrar imágenes de cosas o conductas que podrían ser observadas a simple vista desde un punto de observación legítimo cercano (piso superior de edificio lindero, un bus de dos pisos, un árbol o, claro, desde una aeronave en el espacio aéreo público navegable), no ofrece dificultades porque, en tales casos, el propietario del inmueble no puede invocar una expectativa razonable de privacidad.

Caso contrario, que el dron necesitara para obtener la imagen un instrumento “amplificador” de la visión o acercarse más de lo que permitiría el punto de observación legítimo, aquel propietario sí podría invocar tal expectativa, habría una violación a la privacidad que excluiría la validez de la actividad.

Con relación a la necesidad de autorización judicial previa, se manifiesta contrario a que se adopte un criterio único que las exija en cualquier posible variante de vigilancia policial mediante VANT (las hay muy razonables por razones de seguridad que las justifican, como la vigilancia preventiva en grandes eventos públicos artísticos o deportivos, que no la necesitarían), sino que se evalúe en cada caso si el modo de monitoreo

que se pretende llevar a cabo redundante, o no, en una intrusión constitucionalmente relevante sobre la privacidad de las personas.

En tren de individualizar los casos en que estima sí se debe contar con la previa autorización judicial, Blanco entiende que, al menos, son tres: “a) cuando se vigila el interior de una vivienda mediante un VANT equipado con tecnología que permite observar lo que de otro modo no lo sería desde el exterior, aunque el punto de observación sea legítimo; b) cuando el monitoreo de lo que ocurre dentro del inmueble se concreta a través del uso de tecnologías de avanzada no accesibles al público en general (cámaras infrarrojas, radares, micrófonos láser, etc.), y c) cuando se emplea un dron para llevar a cabo un seguimiento prolongado de un individuo (incluso en la vía pública), de modo tal que la acumulación de los datos obtenidos pueda constituir una injerencia efectiva sobre su intimidad”.

Por cierto, se trata de una interpretación totalmente razonable en cuanto recoge situaciones en las que, habitualmente, se entendería media la mentada expectativa de privacidad del sujeto pasivo de observación remota. Hairabedián también postula la necesidad de orden cuando no se trate de lugares y detalles que son legítimamente apreciables prescindiendo de un dron, particularizando las mayores exigencias de rigor que deberá tener la orden judicial cuando se trate de VANTs provistos de accesorios tecnológicos que potencien su capacidad intrusiva en la intimidad (zoom, rayos, micrófonos, rastreadores de celulares, etc. Formula una distinción que reconoce contraria a la postura de la CS de USA (en el citado caso “Kyllo”): si el dron está equipado con un sensor que permite descubrir y revelar discriminadamente señales o emanaciones indicativas de alguna actividad delictiva concreta (por ej., percibe emanaciones o rayos de explosivos, o de equipo utilizado para producir estupefacientes o precursores químicos), entiende que no habría afectación de una expectativa razonable de privacidad y sería válido su uso aún sin orden judicial.

No puede dejar de advertirse lo peligroso del criterio en cuanto habilitante de un uso indiscriminado de vigilancia y pareciera razonable que estuviera precedido de alguna información que lo justifique y, por lo tanto, en función de este obtener una autorización judicial para la corroboración. Cerrando el inicial tratamiento de esta cuestión, puede advertirse que pese a la inexistencia de regulación procesal penal expresa, en los hechos nuestros jueces vienen expidiéndose por la posible habilitación de indagaciones sobre diversos domicilios e inmuebles con el uso de VANTs y, cuando se cuenta con tal orden judicial, la información obtenida se ha incorporado válidamente al proceso como elemento de cargo.

De revés, su uso sin autorización la ha excluido por entenderla obtenida con violación a los derechos de propiedad e intimidad. Valga la insistencia sobre el particular, se trata del mismo criterio que nos rige respecto de la evidencia digital, con relación a la que –como enfatiza Salt– la ausencia de normas expresas en nuestros digestos adjetivos viene siendo suplida conforme al principio de libertad probatorio, que es el que permite se obtenga e incorpore sobre la base de aplicación analógica de reglas y garantías que regulan a los medios de prueba tradicionales[55], entre las que ocupan un lugar central el principio de legalidad de las inferencias en derechos fundamentales y la “nulla coactio sine lege”.

Conforme a ello, bajo premisa de libertad probatoria, no hay una suerte de “patente de corso” para que el Estado haga cualquier cosa en procura de la verdad, aun cuando investigue un hecho de gravedad. Lo sintetiza con acierto Salt diciendo: “(...)El Estado no puede utilizar todos los medios de prueba disponibles desde un punto de vista fáctico sino solamente aquellos que, además, pueden ser obtenidos e incorporados al proceso conforme a derecho.”⁶³

⁶³ Marcelo A. Riquert, *Drones y su uso por las fuerzas de seguridad en un proceso penal*, véase en <https://www.calz.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/22-06-2021-Drones-y-su-uso-por-las-fuerzas-de-seguridad-en-un-proceso-penal.pdf>

CAPITULO 7

EFICACIA DE LA PRUEBA Y PRUEBA OBTENIDA POR PARTICULARES

1. Eficacia de la prueba

1.1. Introducción

Establecido el marco general de la incorporación de la prueba obtenida por los drones, la problemática que ello genera y las formas en que debe procederse a su autorización, se hará referencia exclusivamente a las situaciones donde, de manera objetiva, se debería dotar de eficacia a la prueba obtenida por los vehículos aéreos no tripulados, de manera excepcional, cuando concurren las situaciones graves ya mencionadas en este trabajo, ello por expresa vinculación con el principio de proporcionalidad ya desarrollado.

En los casos que se expondrán a continuación, se entiende que debe primar los derechos humanos, en especial aquellos derechos fundamentales de las víctimas en situación de vulnerabilidad, como así también el derecho a un medio ambiente como derecho humano, como así también aquellos casos de extrema gravedad del delito aun cuando existiere violación al domicilio, a los datos personales, a la intimidad o a la privacidad del imputado (consideradas garantías de segundo grado en este trabajo), donde se hubiese obtenido pruebas a través del uso de los Drones (ya sea por medio de resolución fundada –y que la actividad desplegada por las fuerzas policiales se hubiese extendido del objeto de allanamiento- o bien cuando no se hubiese impartido dicha resolución).

1.2. Vulneración de Derechos Humanos

La vulneración de Derechos Humanos tiene un gran fundamento y argumento para inclinar la balanza del principio de proporcionalidad a su favor. Es decir, frente a supuestos de vulneración de estos derechos, el mismo llevaría una ventaja cuando se compare con las garantías del imputado consideradas de segundo nivel por algunos autores (domicilio, datos personales, privacidad e intimidad).

Aquí juega un papel muy importante la gravedad del caso y la afectación a bienes jurídicos que son ampliamente protegidos.

En este sentido, tomando el concepto de Naciones Unidas, los Derechos Humanos son: *“derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad, origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición. Entre los derechos humanos se incluyen el derecho a la vida y a la libertad; a no estar sometido ni a esclavitud ni a torturas; a la libertad de opinión y de expresión; a la educación y al trabajo, entre otros muchos. Estos derechos corresponden a todas las personas, sin discriminación alguna.”*⁶⁴

Asimismo, y en razón de lo expuesto, se establece la obligación de los Gobiernos a actuar de una manera determinada o abstenerse de emprender ciertas acciones, para promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o de los grupos.

En Argentina, el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (C.N.) nombra los tratados de derechos humanos, otorgándole jerarquía constitucional. Es decir, que estos tratados están en la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico y por ello hay que darle la importancia que los mismos ameritan. En el articulado citado se encuentran: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

A su vez, en el mismo artículo 75 de la Constitución Nacional Argentina deja la posibilidad de incorporar más tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional cuando se apruebe con dos terceras partes de los miembros del congreso. El articulado textualmente refiere

⁶⁴ Véase <https://www.un.org/es/global-issues/human-rights>

que: “Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”

Es necesario destacar que Argentina, al firmar los tratados, se comprometió a respetar los derechos y libertades reconocidos en los mismos y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza; color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Así, se dice que: “este derecho internacional de los derechos humanos ostenta perfiles que lo distinguen del derecho internacional común, general o clásico. Los tratados sobre derechos humanos, si bien responden a la tipología de los tratados internacionales, son tratados destinados a obligar a los Estados parte a cumplirlos dentro de sus respectivas jurisdicciones internas, es decir, a respetar en esas jurisdicciones los derechos que los mismos tratados reconocen directamente a los hombres que forman la población de tales Estados. El compromiso y la responsabilidad internacionales, aparejan y proyectan un deber “hacia dentro” de los Estados, cual es el ya señalado de respetar en cada ámbito interno los derechos de las personas sujetas a la jurisdicción del Estado-parte”⁶⁵.

Sumamente interesante es la opinión del autor señalado al decir que “las normas de los tratados de derechos humanos, tengan o no jerarquía constitucional –pero especialmente si la tienen– se deben interpretar partiendo de la presunción de que son operativas, o sea, directamente aplicables por todos los órganos de poder de nuestro Estado”⁶⁶.

Dicho esto, queda claro que los Derechos Humanos están contemplados en distintos tratados y convenciones que Argentina ha ratificado y a su vez, otorgado la misma jerarquía que la Constitucional Nacional, por lo que, al “chocar” con ciertos principios y garantías del imputado (de segundo nivel conforme lo explicado en el presente trabajo) serían derechos que prevalecerían por sobre estos derechos de “segundo nivel” al aplicar el principio de proporcionalidad en un caso concreto.

Por tal motivo, aquí el principio de proporcionalidad actuaría en el caso concreto y dotaría de eficacia probatoria a aquellos datos, imágenes,

⁶⁵ Germán J. Bidart Campos, la aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, 1° ed. 1° reimp. – Buenos Aires : Editores del Puerto, 2004, p. 78

⁶⁶ Ibidem, p. 84

filmaciones y demás documentos que puedan ser aportados por los Drones o Vants en las investigaciones penales cuando vulneraran el derecho a la propiedad privada, el derecho a la intimidad, privacidad y datos personales de los imputados, aunque se reitera que sólo se aplicaría para casos excepcionales y sumamente graves (en este supuesto, violación a los Derechos Humanos de las víctimas).

No es la intención del presente trabajo de investigación restar importancia a los derechos y garantías del imputado (únicamente a los mencionados y analizados) pero sí el objetivo es dotar de relevancia a los derechos de las víctimas de delito, en ciertos supuestos donde estos derechos deban prevalecer dada la confrontación mencionada en el párrafo que antecede, con estricta aplicación del principio de proporcionalidad como excepción a las exclusiones probatorias.

Sin ir más lejos, resulta necesario dejar asentado un ejemplo hipotético, aunque extremista de una situación para plasmar la idea y dejar claro los conceptos que se intentan analizar: ¿Cómo podemos declarar la nulidad de un allanamiento (cuando se vulneró la propiedad del imputado) o de una filmación (cuando se vulneró la intimidad y/o privacidad del sospechado) y por ende declarar la nulidad de la única y o más importante prueba del delito si en el caso concreto nos encontramos con el cuerpo de la víctima de homicidio doloso de un menor de edad o de una mujer que estuvo en una situación de vulnerabilidad?

Aquí parecería que la gran mayoría de los autores considerarían un sólo camino como respuesta. Sin perjuicio de ello, se intenta traer a colación un caso muy extremo para despejar duda y dejar en claro que existe una delgada línea de interpretación y apreciación que hace muy complejo y difícil poder resolver un caso concreto.

Citando a Federico Morgenstern, se plantea la siguiente pregunta: ¿Cuál es el camino apropiado cuando en un proceso penal se consigue prueba incriminatoria violando un derecho individual del acusado?

El autor mencionado refiere que las posiciones contrarias, a lo precedentemente analizado, de la jurisprudencia y la doctrina argentinas pueden reducirse a estas cuatro proposiciones centrales: “el Estado no se puede beneficiar de una ilegalidad propia; no excluir esa prueba le quita integridad y credenciales éticas al sistema de justicia penal; el imputado tiene un derecho a la exclusión del proceso de los elementos de cargo

obtenidos por vías irregulares y la exclusión es el único (o mejor) remedio para afrontar la situación”⁶⁷.

El autor de referencia, al expresar su opinión y responder a las posiciones explicadas en el párrafo que antecede indica que: *“no estoy de acuerdo con ninguno de esos enunciados. A diferencia del credo dominante en la Argentina, que sólo ve bondad en la regla de exclusión, pienso que la exclusión probatoria indiscriminada y automática es una solución equivocada y que el sistema vigente debe ser reconfigurado.*

No pienso que la regla de exclusión deba ser abrogada, sí reevaluada y usada en un espectro de casos mucho más acotado que en la actualidad. Mi oposición a la regla es plural, pero parto de una premisa central: no hay un imperativo constitucional que imponga la exclusión de la prueba ilegal; la exclusión es una manera posible, pero no la única y claramente no la mejor, de proteger los distintos valores constitucionales en juego”.

Por último, el autor menciona algo muy importante a destacar y es que *“en el caso de la exclusión, no es justificable que por la falta de una o varias personas tenga que responder toda la comunidad, que tiene claramente un interés en que el delito efectivamente cometido no quede sin castigo”*⁶⁸.

Sin perjuicio de lo expuesto en el último párrafo, hay que tener en cuenta que esa o esas personas que el autor menciona, muchas veces están representando al Estado (por ser pertenecientes a las fuerzas policiales, a la justicia, al Poder ejecutivo, etc). Por tal motivo, hay que evaluar el caso concreto y tener en cuenta los presupuestos objetivos y los derechos vulnerados que se analizan en este trabajo de investigación para poder determinar en el caso concreto si una prueba obtenida por Vants o drones podría dotársela de eficacia probatoria cuando estuviere siendo vulnerado un derecho o garantía del imputado (de aquellos que son tratados a lo largo de este proyecto).

1.2.1. Vulneración de derechos fundamentales de la víctima en situación de vulnerabilidad. En especial: menores de edad o casos de violencia de género.

Como bien es sabido, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad⁶⁹ enumera de manera

⁶⁷ Federico Morgenstern, *Argumentos a favor de la relativización de la regla de exclusión de prueba ilegal*, Buenos Aires: ABELEDO PERROT N°: AP/DOC/832/2014

⁶⁸ Idem

⁶⁹ Véase en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

meramente enunciativa los sujetos que deben ser considerados en situación de vulnerabilidad (aquellos que encuentren particulares dificultades para acceder al sistema de justicia).

En el Capítulo I, Sección Segunda, numeral 1 establece: “Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.”

Es decir, que la edad y el género son factores a tener muy presente en cuanto no sólo en lo referido al Sistema de Justicia sino en la vida cotidiana.

Ahora bien, en cuanto al menor de edad, tanto las Reglas de Brasilia, como la Convención del Derecho del niño y el ordenamiento jurídico interno argentino, consideran al niño, niña y/o adolescente como toda persona menor de dieciocho años de edad.

En consecuencia, todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo.

Asimismo, el Dr. Carlos Parma ha dicho, citando a la opinión consultiva OC-17/02 solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que: “*El menor tiene garantías sobre garantías, lo que –de suyo- significa que las garantías propias previstas para adultos en cualquier sistema procesal en la especie se van a potencializar. Es un plus de garantías que la misma hermenéutica internacional propone*”.⁷⁰

Por otro lado, en cuanto al género, las Reglas de Brasilia refieren lo siguiente: “*La discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna otra causa de vulnerabilidad*.”

Se entiende por discriminación contra la mujer toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

⁷⁰ Carlos Parma, *Derecho Penal de menores. Doctrina. Jurisprudencia sistematizada. Casos prácticos*, Hammurabi, 2ª Edición, Buenos Aires, 2019, p. 30

Se considera violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, mediante el empleo de la violencia física o psíquica.

Se impulsarán las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en el acceso al sistema de justicia para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, logrando la igualdad efectiva de condiciones. Se prestará una especial atención en los supuestos de violencia contra la mujer, estableciendo mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a los procesos judiciales y a su tramitación ágil y oportuna”.

En cuanto a la jurisprudencia en este aspecto, el más alto Tribunal en Argentina, La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que: “En este sentido, la decisión adoptada por la Sala compromete el deber de investigar y erradicar todo tipo de violencia contra la mujer –art. 7 de la ‘Convención Belén Do Para’, aprobada por la ley 24.632-, y con ello, establecer procedimientos eficaces –art. 7 ‘f’ lb Idem para sancionar adecuadamente a los responsables, que fuera asumido por el Estado argentino y reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente ‘Góngora’, so riesgo de incurrir en responsabilidad internacional.”⁷¹

Por todo lo expuesto, y sin desconocer que existen otras situaciones de extrema situación de vulnerabilidad que en este punto podrían ser aplicadas como excepción para la admisión de la prueba obtenida por el dron en violación a las “garantías de segundo nivel” como lo son la propiedad, la intimidad y la privacidad, el autor menciona estas dos situaciones de vulnerabilidad (menores y género) para el tratamiento en este punto.

Conforme el principio de proporcionalidad, e hipotéticamente, podemos imaginar que en este apartado se advierte que está en juego un derecho fundamental de un menor o de una mujer en situación de vulnerabilidad vs una garantía de “segundo nivel” del imputado.

Por tal motivo, se resalta que las garantías analizadas y mencionadas anteriormente como de “segundo nivel”, que corresponden al imputado, deberían ceder frente a los supuestos que se vulneraren derechos fundamentales de la víctima en situación de vulnerabilidad.

⁷¹ FMZ 41001077/2011/TO1/4/1/RH3 Martel, Osvaldo Benito y otros s/ averiguación de delito. Resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, fecha 17 de mayo de 2022

Si bien partimos de la idea de que la prueba obtenida en violación a las garantías del imputado (aunque fueren de segundo nivel) serían ilícitas, ello no obsta a que dichas pruebas tengan eficacia a la hora de valorarlas por el Juez de la causa en el caso concreto.

Así lo ha entendido parte de la doctrina y jurisprudencia no sólo a nivel nacional sino también en el ámbito internacional. A su vez, Maximiliano Hairabedián ha dicho que: "... cuando la lesión constitucional es mínima y el daño evitado es considerable, el principio de proporcionalidad aparece, en teoría, razonable y en casos extremos nadie en su sano juicio dudaría en aplicarlo", donde el autor pone como ejemplo hipotético: "utilizar una conversación grabada informalmente para frustrar una explosión nuclear".⁷²

Existe un precedente judicial muy importante en la Provincia de Córdoba (Fallo Peralta 218/2016), donde se tuvo en cuenta las excepciones a la exclusión probatoria para resolver un caso de extrema gravedad como el que aquí se intenta analizar.

Fallo Peralta:

El caso que se trae a colación se origina en una de las peores y más reprochables conductas humanas, esto es el secuestro, suplicio, abuso sexual y asesinato de una menor de edad.

En este caso, una menor de edad de la Provincia de Córdoba salió a hacer unas compras y nunca más volvió. Un vecino vio que un sujeto la hacía subir a un automóvil en circunstancias que le despertaron sospechas y en razón de ello, tomó nota de la patente del vehículo (datos que fueron aportados a la policía durante la búsqueda inmediata).

Las fuerzas policiales dieron rápidamente con el hombre que usó el vehículo ese día (que no era en realidad el propietario). El mismo estaba en su casa. Por lo tanto, los efectivos ingresaron sin orden judicial para el allanamiento.

Una vez que ingresaron, registraron el lugar y encontraron pruebas que lo incriminaban. Ante ello, interrogaron al sospechoso sin la presencia de ningún defensor. En este sentido y como medio de coacción, le dijeron que llevarían presa a su madre si no confesaba el delito, logrando que les diga los lugares que frecuentó ese día y que los guíe hasta el lugar donde

⁷² Maximiliano Hairabedián, Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal, 2da edición actualizada y ampliada, Ad - Hoc, Buenos Aires, 2016, p.116

encontraron el cadáver de la niña, que había sido estrangulada y luego quemada.

La defensa, como bien señaló, indicó que las pruebas se habían obtenido violando derechos y garantías constitucionales, por lo cual devenía nulo el procedimiento por aplicación de la doctrina de los frutos del árbol venenoso.

Sin perjuicio de ello, la Cámara que intervino rechazó los cuestionamientos defensivos y condenó al autor a prisión perpetua y, recurso de casación mediante, la causa llegó al Tribunal Superior de Justicia, que convalidó la actividad policial de investigación merced a la cual se esclareció el hecho, y consecuentemente confirmó la condena.

En palabras de Maximiliano Hairabedián, en cuanto al análisis del caso planteado, entiende que: “El evidente conflicto o tensión de intereses que plantea el caso puede presentar pocas soluciones en la práctica. Algo frecuente cuando se analiza la “doctrina de los frutos del árbol venenoso”: a) En una lectura automática, fanática o sin mayor reflexión de la fría letra de la ley, se reconoce la existencia de prueba de origen inconstitucional, se aplican las exclusiones probatorias y el imputado es absuelto (metafóricamente sería: “desecho la fruta envenenada sin pensar o ver las consecuencias”). b) Se fuerza la ley concluyendo a favor de la corrección del procedimiento (“hago de cuenta que la fruta no está envenenada y me la como”). c) Se admite que hubo prueba obtenida en infracción a garantías constitucionales, pero igualmente se la valora aplicando alguna de las excepciones a la “doctrina de los frutos del árbol venenoso” (“el árbol está envenenado, pero tengo un método para sacarle el veneno al fruto, o bien “me tapo la nariz y consumo el fruto en mal estado porque no me queda otra o será peor si no lo hago”).

Resolver controversias como las que se plantearon en el proceso analizado es siempre difícil, porque se trata de los denominados “casos trágicos” no sólo en el sentido fáctico (por lo terrible), sino también en el plano jurídico, ya que cualquier solución que se adopte significará sacrificar algún interés digno de protección. Repárese que aquí los jueces deben decidir sobre cuestiones que tocan puntos neurálgicos de todo nuestro sistema de valores y concepciones sociales, formado en base a fenómenos tan profundos que sus raíces se remontan a los grandes hitos, desarrollos y movimientos de la historia de la humanidad (la tradición judeocristiana; la cultura grecoromana; la ilustración, las revoluciones francesas y americanas, entre otros). A lo que se suma la personalidad y pensamiento de cada individuo en base a sus contextos, vivencias, etc. De este conjunto se forman las ideas sobre el bien y el mal, el crimen y el castigo, la

organización y respuesta social, los derechos de las personas, etc. Y en este complejo entramado hay valores que entran en pugna con otros.

En términos de una “decisión justa” fue saludable la condena y su confirmación por parte del Tribunal Superior. Concuero en que la impunidad de un pedófilo asesino porque no tenía abogado no era una buena solución. Ahora bien, el camino elegido para “hacer justicia” fue equivocado, porque para ello se tuvieron que forzar la ley y los hechos diciendo que era constitucional y legal lo que no era, desandando la propia jurisprudencia. Mejor hubiese sido llegar al mismo destino recorriendo otra ruta menos sinuosa. Se ganaba en transparencia argumental sincerando que existía una prohibición legal de utilizar los dichos del imputado, pero logrando valorar su resultado por aplicación de alguna excepción a la regla de exclusión, de forma tal de arribar a la solución justa por una vía normativamente más cristalina. En este caso, las excepciones procedentes podían ser la “la fuente independiente”, el “el descubrimiento inevitable” y/o el principio de proporcionalidad”.

En el caso que se anota se dieron todos los ingredientes que permiten la aplicación del principio. Había colisión de principios e intereses, la ilegalidad era leve (advírtase que en nuestro mismo sistema jurídico otras jurisdicciones no proscriben el interrogatorio sin defensa), el caso era más que grave y si se excluía la prueba había que “liberar al monstruo”. Se sumaba que fue muy excepcional (fuera de lo común) y estaba de por medio la integridad de una menor, con lo cual existe en nuestro sistema constitucional una cláusula de solución que obliga a dar prioridad al interés del niño, de acuerdo a la Convención respectiva (CDN., 3.1).

Finalmente, y dentro de lo que es el análisis proporcionado de medios y fines, en ciertos casos que guardan similitudes con el que se comenta en esta nota, puede llegar a convalidarse la práctica probatoria que viola alguna regla, cuando haya sucedido en el marco de algunas de las situaciones de males causados con permiso del ordenamiento jurídico, quitándole la antijuridicidad a la conducta (CP., 34 del CP). Por ejemplo, si los policías en su desesperación por encontrar y salvar la vida de la niña desaparecida coaccionaron al interrogado para que les dijera dónde estaba, es posible su justificación como una acción de las señaladas, con lo cual perdería la nota de ilegalidad y se tornaría abstracto discutir la aplicación de las exclusiones probatorias.⁷³

⁷³ Maximiliano Hairabedián, *Nueva doctrina del Tribunal Superior sobre interrogatorios policiales: ¿Consumo de frutos del árbol prohibido?*, Publicado en Actualidad Jurídica, Vol. 231, p. A. 8299, Córdoba, marzo 2017.

1.2.2. Medio ambiente como derecho humano

Es de vital importancia destacar en este punto al medio ambiente como derecho humano. En esta instancia, se lo intenta incluir, como excepción a las exclusiones probatorias dentro de la categoría de los Derechos Humanos ya desarrollado, siempre a la guía del principio de proporcionalidad para inclinar la balanza y de esa manera dotar de eficacia a la prueba obtenida por drones cuando se hubiesen violado el derecho al medio ambiente como derecho humano (aunque sólo será procedente, según este trabajo de investigación, cuando se ponga en frente de los derechos y garantías del imputado que ya se han analizado: derecho a la propiedad privada, protección de los datos personales, intimidad y privacidad, y que han sido considerado como de segundo nivel).

En este sentido, como argumento de este desequilibrio de balanza entre estas garantías del imputado y los derechos humanos, se puede resaltar como novedad que el medio ambiente ha sido incluido, por las Naciones Unidas, como derecho humano. Tema no menor.

El Consejo de Derechos Humanos de la ONU⁷⁴ declaró en el año 2021 que un medio ambiente limpio, saludable y sostenible es un derecho humano y exhortó a todos los Estados a trabajar juntos, en conjunto con otros actores, para implementarlo.

Esta resolución que estableció esta garantía fue aprobada con 43 votos de apoyo y cuatro abstenciones: Rusia, China, India y Japón. Costa Rica, Maldivas, Marruecos, Eslovenia y Suiza auspiciaron el texto. Es decir, que no hubo ningún voto en contra.

La resolución a la que se hace referencia es la que se elaboró en las 48º período de sesiones, desde el día 13 de septiembre al 8 de octubre de 2021 de la agenda Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, siendo el número de Resolución A/HRC/48/L.23 Rev.1.

⁷⁴ El Consejo de Derechos Humanos es un organismo intergubernamental dentro del sistema de las Naciones Unidas compuesto por 47 Estados responsables de la promoción y protección de todos los derechos humanos en todo el mundo. Tiene la capacidad de debatir todas las diversas cuestiones temáticas relativas a los derechos humanos y situaciones que requieren su atención durante todo el año. Se reúne en la oficina de la ONU en Ginebra.

Entre otros argumentos para adoptar tal decisión, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU entendió que todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí; remarcó las obligaciones y compromisos contraídos por los Estados en virtud de los instrumentos y acuerdos multilaterales relativos al medio ambiente; entendió que las resoluciones sobre los derechos humanos y el medio ambiente; la protección del medio ambiente, incluidos los ecosistemas, contribuyen al bienestar humano y al disfrute de los derechos humanos y promueven ambos, incluido el disfrute de los derechos a la vida, al más alto nivel posible de salud física y mental, a un nivel de vida adecuado, a una alimentación adecuada, a la vivienda, al agua potable y el saneamiento y a la participación en la vida cultural, para las generaciones presentes y futuras; y reafirmó que los Estados tienen la obligación de respetar, proteger y promover los derechos humanos, entre otras cosas en todas las actividades destinadas a hacer frente a los problemas ambientales, y de adoptar medidas para proteger los derechos de todas las personas reconocidos en diversos instrumentos internacionales y recogidos en los principios marco sobre los derechos humanos y el medio ambiente.

Por los argumentos antes mencionados, sumados a otros, el Consejo determinó que⁷⁵:

1. Reconoce el derecho a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible como un derecho humano importante para el disfrute de los derechos humanos;

2. Observa que el derecho a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible está relacionado con otros derechos que son conformes al derecho internacional vigente;

3. Alienta a los Estados a que:

- a) Creen capacidades para las actividades de protección del medio ambiente a fin de cumplir sus obligaciones y compromisos en materia de derechos humanos, y mejoren la cooperación con otros Estados, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el resto del sistema de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales y regionales, organismos, programas, secretarías de convenios y convenciones y partes interesadas no estatales pertinentes, incluidas la sociedad civil, las instituciones nacionales de derechos humanos y las empresas, en la implementación del derecho a un medio

⁷⁵Véase

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G21/270/18/PDF/G2127018.pdf?OpenElement>

ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, de conformidad con sus respectivos mandatos;

b) Sigam intercambiando buenas prácticas en el cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, entre otros medios intercambiando conocimientos e ideas, creando sinergias entre la protección de los derechos humanos y la protección del medio ambiente, teniendo en cuenta un enfoque integrado y multisectorial y considerando que en las actividades encaminadas a proteger el medio ambiente se han de respetar plenamente otras obligaciones en materia de derechos humanos, incluidas las relacionadas con la igualdad de género;

c) Adopten políticas para el disfrute del derecho a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, según corresponda, por ejemplo, con respecto a la biodiversidad y los ecosistemas; y

d) Sigam teniendo en cuenta las obligaciones y los compromisos de derechos humanos relacionados con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible en la aplicación y el seguimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, tomando en consideración su carácter integrado y multisectorial.

Si bien en Argentina aun no reconocemos legislativamente al medio ambiente como derecho humano, dado que sólo lleva un año desde la declaración de Naciones Unidas sobre el tema, si se puede destacar lo siguiente:

“El derecho a un medio ambiente sano comenzó a ser reconocido por el Derecho Internacional a partir del año 1972, cuando la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano expresó que “[e]l hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras”¹. Desde entonces, se inició una tendencia cada más extendida de consagración de este derecho a nivel nacional.

En el caso argentino, la reforma constitucional del año 1994 lo incorporó en el capítulo “Nuevos derechos y garantías” como un derecho fundamental de todos los habitantes a “gozar de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”². Para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tal reconocimiento constituye una “precisa y positiva decisión del

constituyente (...) de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente.

El derecho a un medio ambiente sano encuentra además una amplia recepción en instrumentos internacionales de derechos humanos. Así, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que goza de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN), reconoce el derecho a un nivel de vida adecuado y el deber de los Estados de adoptar medidas apropiadas para asegurar este derecho, entre otras, mediante la utilización más eficaz de los recursos naturales (artículo 11); también consagra el derecho a la salud y, entre las acciones que se deberán implementar para dotarlo de plena efectividad, se menciona el mejoramiento del medio ambiente (artículo 12).

En nuestro país existen numerosas leyes específicas de protección del medio ambiente. Entre ellas se deben destacar: la Ley General del Ambiente (ley n° 25.675); la Ley de Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios (ley n° 25.612); el Régimen de Gestión Ambiental de Aguas (ley n° 25.688); el Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental (ley n° 25.831); la Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos (ley n° 26.331); y el Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial (ley n° 26.639).⁷⁶

Por todos los ámbitos de protección antes mencionados, sumado a la nueva declaración y reconocimiento a nivel internacional del medio ambiente como derecho humano, es que se podría concluir en este punto que este derecho podría considerarse “más fuerte” que las garantías y derechos del imputado consideradas de segundo nivel (propiedad privada, datos personales, intimidad y privacidad) a la hora de que el Juez evalúe en el caso concreto si se puede dotar con eficacia a una prueba que en sus orígenes se obtuvo de una manera ilegal o ilícita.

Esto no quiere decir que la prueba pase a ser lícita, sino que se la dote de eficacia en un proceso penal y en el caso concreto. Es decir, que el Juzgador pueda valorarla y apreciarla para resolver de una u otra manera (declarando la culpabilidad o la inocencia).

⁷⁶ Véase en <https://www.mpf.gob.ar/dgdh/files/2018/08/DDHH-cuadernillo-10-Medio-ambiente-sano.pdf>

1.3. Casos de delitos graves previstos con pena de prisión mayor a 8 años.

Aquí, como la situaciones precedentemente analizadas, también debería aplicarse el principio de proporcionalidad frente a los supuestos de que se hubiese violado o afectado una garantía constitucional del imputado “de segundo nivel”, esto es: propiedad privada, datos personales, intimidad y/o privacidad, cuando ello afectare gravemente a bienes jurídicos protegidos previstos en el Código Penal (o en las leyes especiales) cuando los mismos tuviesen previstos una pena de 8 años en el mínimo –de la escala penal aplicable- como pena abstracta.

La elección de brindar este presupuesto como supuesto –si bien se puede diferir de este criterio en cuanto a la escala penal- obedece al argumento de implementar un criterio objetivo que ayude al Juez a resolver casos concretos de “choques de principios”.

Se toma y se elige –para la aplicación de este supuesto- el mínimo legal en abstracto, previsto para el homicidio simple regulado en el art. 79 de nuestro Código Penal (el cual tiene una pena de 8 a 25 años de prisión), aunque fácilmente podría también aceptarse otro criterio, siempre y cuando sean delitos sumamente graves que justifiquen encuadrar el supuesto como excepción a las exclusiones probatorias, aplicando el principio de proporcionalidad.

A su vez, como segundo argumento, también se podría tener en cuenta que el legislador incluyó, a la hora de legislar sobre la ubicación de los bienes protegidos en el código penal, como preferencia, los delitos contra las personas como los primeros en orden para su regulación (art. 79 a 108 del Código Penal).

Por otro lado, se destaca que: *“en la actualidad se ha puesto en crisis el mantenimiento de las penas privativas de libertad, particularmente las relativas a penas de duración corta, y aun a las intermedias; si se tiene en cuenta para ello el fenómeno llamado “prisionización”, y el reconocimiento de que no existe en general resocialización, y en cambio, sí “desocialización”. El preso asume la convivencia en una sociedad distinta y esto lo aparta aún más de la sociedad normal. Naturalmente, para el caso de los delitos graves, la seguridad de la población exige la subsistencia de la cárcel. Pero para transgresiones de menor entidad se aconsejan*

*medidas coercitivas de reemplazo, como la multa, el trabajo comunitario y la probation.*⁷⁷

Con lo mencionado se intenta poner de manifiesto que la sociedad entiende que los delitos graves tienen que ser sancionados y tienen una gran reprochabilidad penal. Ello, sería una justificación más para la procedencia del principio de proporcionalidad en estos delitos que impliquen una grave afectación a los bienes jurídicamente protegidos más importantes.

Se intenta dar una herramienta que fácilmente (aunque no es posición unánime) podría dotar de eficacia a la prueba obtenida por drones cuando el delito en cuestión sea de una gravedad que, caso contrario, si no se admitiere dicha prueba para su valoración, podría quedar impune.

En este sentido, es necesario remitirse a los argumentos, razones y motivos que se expusieron a la hora de comentar y analizar el fallo peralta en este trabajo de investigación ya que son plenamente aplicables a los supuestos de gravedad del delito.

2. Prueba obtenida por particulares

Luego de haber desarrollado un extenso análisis de la eficacia de la prueba obtenida por los Vant o Drones a lo largo de este trabajo, es necesario destacar que el conflicto jurídico que suele suscitarse es debido a que los vehículos aéreos no tripulados son usados por agentes estatales en el ejercicio de sus funciones (en la investigación penal en los supuestos que aquí son tratados) y de ello deriva la prueba que podría reunirse, donde en ciertos supuestos, tal y como se analizó, violando las garantías consideradas de “segundo nivel” del imputado.

Sin perjuicio de ello, hay que aclarar que los Vant o Drones son cada vez más utilizados por particulares (ciudadanos). Debido a ello, la prueba en un proceso penal podría surgir de la información recabada por la actividad ciudadana.

⁷⁷ Carlos Parma – Daniel Gorra, *Código Penal analizado, concordado y anotado con referencias jurisprudenciales*, 3 edición actualizada, Hammurabi, Buenos Aires, 2018, p. 63

Por tal motivo, las preguntas que deberíamos hacernos son: ¿la eficacia probatoria se aplicaría en estos supuestos? ¿habrá alguna diferencia con la prueba recabada por el Estado?

Para responder tales interrogantes, se trae a colación una causa que fue resuelta en Argentina donde se planteó un incidente de nulidad (CAUSA: “HSBC Bank Argentina SA y otros s/L. 24.769. Incidente de nulidad sobre el origen de la prueba” – Juzgado en lo Penal Económico N° 11 – Dra. María Verónica Straccia.)⁷⁸

La causa “HSBC Bank Argentina SA y otros s/L. 24.769. Incidente de nulidad sobre el origen de la prueba” tuvo origen en el período entre 1997 y 2007, cuando un sujeto llamado Hevré Falciani, que trabajaba como informático en la sucursal del banco HSBC en Ginebra – Suiza, en violación de sus obligaciones, sustrajo (extrajo del sistema y copió en un soporte de su propiedad) gran cantidad de datos del sistema informático referido a las actividades financieras de clientes del banco (“lista Falciani”).

En julio del año 2008 transmitió al fisco francés una lista de clientes franceses del HSBC, lo que desató una crisis diplomática entre Suiza y Francia. En consecuencia, Suiza solicitó asistencia judicial internacional a Francia para ejecutar una orden de registro en el domicilio de Falciani e incautar los datos que tenía en su poder.

Así las cosas, las autoridades francesas tuvieron acceso a los datos obtenidos en los equipos informáticos del empleado donde constaban listas interminables de clientes de distintos países que ejercían actividad financiera ilícita.

Por otra parte, en nuestro país, la información suministrada y remitida por el gobierno francés en el marco del “Convenio entre la República Argentina y la República Francesa para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio” y el “Protocolo Anexo”, dio origen en el año 2014 a procesos en el ámbito tributario y penal.

En las causas seguidas por el Ministerio Público Fiscal, la Defensa - en representación de ciertos imputados vinculados al expediente - planteó que la prueba en la que se sustentaron las imputaciones formuladas proviene de un hecho ilícito cometido por FALCIANI en perjuicio del HSBC PRIVATE BANK (SUISSE) SA, en la Confederación Suiza, y por ende debía ser excluida. Igual planteo fue formulado en distintos países dando lugar a respuestas contradictorias: Francia, Holanda y Alemania la

⁷⁸ HSBC Bank Argentina SA y otros s/L. 24.769. Incidente de nulidad sobre el origen de la prueba – Juzgado en lo Penal Económico N° 11.

consideraron prueba lícita utilizando distintas teorías para hacer frente a la exclusión probatoria (teoría de la ilicitud pública o privada, teoría de la proporcionalidad, regla de la no indagación o supervisión, etc.) y Bélgica no la admitió como prueba válida, declarando la nulidad de la misma.

En argentina, del pedido de exclusión probatoria se le corrió vista a la Fiscalía, quien rechazó los planteos defensivos al considerar que la información proveniente de Francia fue remitida en legal forma a nuestro país, habiéndose instrumentado a través de un Convenio Internacional que se encuentra vigente.

Además, puntualizó que la información se sometió a control de las autoridades judiciales francesas a fin de descartar la vulneración de la garantía de defensa en juicio pronunciándose al respecto en primer lugar el Tribunal de Casación Francés (27/11/2013) y luego la Cámara de Apelaciones de París (1/2/2016).

En ambos casos los elementos probatorios secuestrados a Falciani fueron convalidados. La Fiscalía consideró que resulta aplicable la “regla de la no supervisión”, según la cual corresponde declarar la admisibilidad de las pruebas obtenidas por vía de la cooperación internacional, sin que, en principio, el Estado receptor de la prueba deba investigar ni supervisar la forma en que ha sido obtenida por el Estado remitente.

En otra línea argumental, la Fiscalía entendió que no debía hacerse lugar a la exclusión probatoria en virtud de la doctrina de admisibilidad de los actos realizados por particulares. La misma postula que las reglas de la exclusión probatoria tienen como propósito disuadir a los auxiliares de la justicia y a los jueces a que recurran a medios ilegales para obtener prueba en sus investigaciones, pero aquí es distinto ya que la prueba habría sido obtenida por un particular (Falciani), de modo que esto inhibe la operatividad de la exclusión.

Y es precisamente con este argumento donde se podría responder los interrogantes planteados ut supra. En este orden de ideas, uno de los fundamentos más importantes para sostener la operatividad de la regla de exclusión, como ya se advirtió en este trabajo de especialista, es la seguridad jurídica de que se encuentre limitada la función tanto policial, como judicial a lo estrictamente legal durante el desarrollo de los procesos judiciales (no violentando las garantías constitucionales), por lo que es una seguridad limitada –en principio- a las autoridades estatales. Dicho esto, es observable que la prueba recabada por particulares podría no considerarse inmerso en los supuestos antes aludidos.

Siguiendo con el caso traído a colación, la Fiscalía también solicitó la aplicación de la teoría de la proporcionalidad (*‘clearing de valores’* o

'balancing test'). En estos supuestos, como ya se adelantó, el Estado actúa en una especie de “estado de necesidad”, hace valer la prueba ilícita en base a criterios de proporcionalidad, basados en la relación existente entre la gravedad de la infracción a las reglas probatorias, la entidad del hecho objeto del proceso y el daño que derivaría de su extirpación.

La Fiscalía sostuvo que el derecho a la intimidad de los imputados cede frente a otros derechos constitucionales como el deber de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (Art. 4 CN), actuación de la ley penal y descubrimiento de la verdad real.

Finalmente, el Juzgado resolvió rechazando los planteos de nulidad, invocando la doctrina de la admisibilidad de los actos realizados por particulares, argumentando que “... en todos los casos en que nuestro Máximo Tribunal aplicó la regla invocada [doctrina de la exclusión y del fruto del árbol venenoso] se trató de supuestos en los que la prueba ilegal fue obtenida por agentes estatales y en las siguientes circunstancias: prueba adquirida a raíz una pesquisa no autorizada legalmente o sustraída fraudulentamente por funcionarios de la Administración de Rentas (“Charles Hermanos”); confesión obtenida fruto de apremios ilegales por parte de policías (“Montenegro” y “Ruiz, Roque”)...”. [...] Los eventuales delitos que pudiera haber cometido el poseedor de tales documentos - Hervé FALCIANI-, tal como se indica en los diferentes planteos, no constituye una circunstancia que invalide ‘per se’ la obtención de los documentos secuestrados regularmente por las autoridades estatales.”.

CONCLUSIÓN

Luego de todo lo expuesto, podemos concluir que existe una gran tensión entre derechos, principios y garantías. Por un lado, tenemos los derechos y garantías del imputado que están contemplados en la constitución nacional y, por el otro, los derechos, principios y garantías de las víctimas de delito. A su vez, también entra en juego el deber asumido por parte del Estado de perseguir, investigar y sancionar los delitos.

En primer lugar, la regla general será que deben primar las garantías constitucionales referidas al debido proceso y la defensa en juicio. En este mismo sentido, es primordial que tanto la propiedad privada, los datos personales, la intimidad y la privacidad del imputado sean respetados durante todo el desarrollo del proceso. Con tal piso, como regla general, debemos decir que las pruebas obtenidas por drones a través de métodos ilegítimos deben quedar al margen de la valoración del juez en un proceso determinado, por lo que no tendrán eficacia probatoria.

Sin embargo, luego de haber analizado la jurisprudencia, doctrina y legislación sobre estos aspectos, es importante destacar que la ilegalidad de una prueba en el caso concreto no la hace desaparecer del mundo real. En este mismo aspecto, el hecho que está siendo investigado existe en la realidad y la prueba en cuestión también habrá de existir, prueba que evidencia que ese suceso efectivamente aconteció en el mundo real, máxime si consideramos como fin del proceso penal la búsqueda de la “verdad real” (una verdad que se puede colocar entre comillas justamente ya que el término ha comenzado a variar y adaptarse al término “verdad procesal”).

Por todos los argumentos que se desarrollaron en el presente trabajo de especialista, es que se llega a la conclusión que esta regla general siempre tiene excepciones que se aplican al caso concreto. Con esto se intenta explicar que debe existir un margen de flexibilidad en ciertos supuestos, aplicando a la prueba obtenida por drones como una “excepción a las exclusiones probatorias” cuando los bienes jurídicos protegidos sean “de mayor envergadura o más valiosos” que los del imputado (aunque sólo se tratan algunos de ellos: inviolabilidad de domicilio, datos personales, intimidad y privacidad). Para ello, se deberá utilizar como fundamento el llamado principio de proporcionalidad.

Si bien para varios doctrinarios puede resultar impactante proponer esta tolerancia a que se considere eficaz una prueba cuando se hubiese violado ciertas garantías constitucionales del imputado en determinados casos, se podría decir que mucho más difícil y complejo sería aceptar que

se cometa una injusticia (o se deje de impartir justicia) por un tecnicismo, por una nulidad por la nulidad misma. Aquí se tendrá que evaluar si el “mal” que se comete resulta de menor valoración o protección que el mal que se evita, como si fuera una suerte de estado de necesidad.

Uno se podría preguntar que elegiría entre: hallar y condenar al autor de un horrible homicidio a un menor de edad o a una mujer en situación de vulnerabilidad, mediante la utilización de prueba obtenida por drones de manera ilícita o elegir entre la impunidad de ese hecho, respetando el domicilio, los datos personales, la intimidad y la privacidad del imputado.

Seguramente, ejemplificarlo de una manera muy extrema y en un caso concreto haga más fácil de entender que existe un delgado límite que tanto la doctrina como así también la jurisprudencia ha resuelto de manera distinta durante varios años, tanto a nivel nacional como internacional.

Resultaría lógico pensar, entonces, que una buena legislación en este aspecto podría ayudar y dar herramientas a los jueces en el caso concreto para que puedan resolver aplicando aspectos objetivos a este principio de proporcionalidad en la prueba obtenida por drones.

Por otro lado, también es cierto que existe un gran avance legislativo y jurisprudencial donde cada vez más se le ha ido reconociendo mayores derechos y participación a las víctimas de delito. Ello, no hace más que reforzar la idea que se desarrolla en los párrafos que anteceden.

Y finalmente, es relevante el principio de legalidad procesal vinculado con el llamado “libertad probatoria” ya que como se mencionó, nada con respecto a la prueba pre constituida por particulares se legisló en los correspondientes códigos. Tenemos únicamente el principio genérico de libertad probatoria que, desde ya, rige únicamente para los particulares atento que ellos están amparados por el principio de reserva del artículo 19 Constitución Nacional, según el cual los ciudadanos pueden hacer todo aquello que no les este expresamente prohibido, caso contrario se le aplica al Estado quien sólo puede realizar lo que se le encuentre permitido.

En este sentido, y por los argumentos expuestos en el capítulo anterior, parecería que podría existir alguna diferencia cuando la prueba de los drones es obtenida por el Estado (en su gran acepción de la palabra), donde se exigiría un grado más de “actuar correctamente” a diferencia de la prueba obtenida por los particulares, donde el criterio parecería un poco más flexible a la hora de aceptar la eficacia de esa prueba.

BIBLIOGRAFÍA:

- ALVARADO VELLOSO, A. (2008). *Introducción al estudio del derecho procesal*. Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni
- ARAZI, R. (2008). *La prueba en el proceso civil*. Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni
- AROCENA G. A., BALCARCE F. I. y CESANO, J. D. (2009). *Prueba en materia penal*. Buenos Aires: Ed. Astrea.
- BENTIN A. y SUAREZ L., La utilización de vants en investigaciones criminales: análisis técnico – jurídico., ver en <https://www.hammurabi.com.ar/bentin-suarez-la-utilizacion/>
- BERTONI, E. Cámaras ocultas y grabaciones subrepticias: su validez como prueba en el proceso penal. en *La Ley*. Cita online: AR/DOC/11937/2001.
- BIDART CAMPOS G. J. (2004). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, 1° edición 1° reimp. – Buenos Aires: Editores del Puerto
- BINDER, A. (1993). *Introducción al derecho procesal penal, Ad-Hoc*, Buenos Aires:
- EKMEKDJIAN, M. A. (2005). *Tratado de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ed. Depalma
- ELLERO, P. (1980). *De la Certidumbre en los Juicios Criminales o Tratado de la Prueba en Materia Penal*. Madrid: Ed. Reus S.A.
- FRAMARINO DEI MALATESTA, N. (1978). *Lógica de las Pruebas en Materia Criminal*. Bogotá: Ed. Temis
- HAIRABEDIÁN M. (2016). *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, 2 edición actualizada y ampliada, Buenos Aires: Ed. Ad Hoc.
- HAIRABEDIÁN M. (2019). *El registro y el allanamiento en el proceso penal*, 2da Edición actualizada y ampliada. Córdoba: Ed. Alvearoni ediciones
- JAUCHEN, E. M. (1992) *La prueba en materia penal*. Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni
- LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (1989). *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Madrid: Ed. Akal/iure

- MAIER, J. B. J. (2001). *Derecho Procesal Penal*, tomo I. Buenos Aires: Editores del Puerto
- MIDÓN, M. S. (2005) *Pruebas Ilícitas – Análisis Doctrinario y Jurisprudencial*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo
- MIRANDA ESTRAMPES, M. (2010). La Prueba ilícita: La Regla de exclusión probatoria y sus excepciones. *Revista Catalana de Seguretat Publica*
- MORGENSTERN F. (2014). *Argumentos a favor de la relativización de la regla de exclusión de prueba ilegal*. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot
- NINO, C.S. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea
- PARMA C. (2019). *Derecho Penal de menores. Doctrina. Jurisprudencia sistematizada. Casos prácticos*. 2ª Edición. Buenos Aires: Hammurabi
- PARMA C. y GORRA D. (2018). *Código Penal analizado, concordado y anotado con referencias jurisprudenciales*. 3 edición actualizada. Buenos Aires: Hammurabi
- Parma, Carlos; Pérez Curci, Juan Ignacio (2018), “*La sentencia: valoración y exclusión de pruebas, argumentación*”, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, pp. 97.
- PASCUA F. J. (2018). *Derecho Procesal Penal. Estudios al Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza*. Mendoza: Editorial ASC Libros Jurídicos.
- PEÑASCO, P. G. (2021). *Código Procesal Penal: Provincia de Mendoza Comentado*, 3era edición. Mendoza: Ed. ASC
- PICO JUNOY J. (1996). *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Ed. J. M. Bosh Editor
- REINALD V. (2007). *El derecho absoluto a no ser torturado*. Córdoba: Ed. Lerner
- SILVA MELERO, V. (1963). *La prueba procesal*. Madrid: Revista de Derecho Privado
- SOSA ARDITI E. (2019). *Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza*, 2º Edición actualizada. Mendoza: Ed. ASC Librería Jurídica
- TAMAYO ZULUAGA O. F. (2013). *El principio de proporcionalidad y restricción a derechos fundamentales en el proceso penal*, Medellín Antioquia: Universidad de Medellín Facultad de derecho

- VANINETTI H. A. (2020). *Derecho a la intimidad en la era digital*, 1ª Edición. Buenos Aires: Ed. Hammurabi.
- VANINETTI. (Julio 2015). Drones. Derecho a la intimidad e imagen. Protección de datos personales. Disposición 20/2015 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Biometría y videovigilancia. Drones, espacio público e intimidad, en *Revista de Anales de Legislación de Argentina*, n° 18
- VÉLEZ MARICONDE A., citado por CAFFERATA NORES J. I. y HAIRABEDIÁN M. (2011). *La Prueba en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot

Bibliografía secundaria

- ACED FÉLEZ E. (marzo de 2013). *Drones: una nueva era de la vigilancia y de la privacidad*, nota de opinión.
- FGR 787/2021/CA1 Expediente - Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, de fecha 12/8/2021 y en los autos “Sandoval, Rubén – Cuevas, Ángela Estela – López Sandoval, Nicolás sobre infracción ley 23.737 – resistencia o desobediencia a funcionario público.
- FMZ 41001077/2011/TO1/4/1/RH3 Martel, Osvaldo Benito y otros s/ averiguación de delito. Resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, fecha 17 de mayo de 2022.
- FMZ 4302/2021/1/CA1 - Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza - resolución de la Sala A de fecha 9 de marzo de 2022.
- FMZ 5937/2021 – Juzgado Federal de Mendoza - resolución de fecha mayo de 2021.
- HAIRABEDIÁN M. (marzo 2017). *Nueva doctrina del Tribunal Superior sobre interrogatorios policiales: ¿Consumo de frutos del árbol prohibido?*, Vol. 231. Córdoba: Publicado en Actualidad Jurídica

- HERNÁNDEZ GIMÉNEZ M. (Junio 2019). *Inteligencia artificial y Derecho penal* Intelligence and criminal law*. Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10 bis, ISSN: 2386-4567.
- HSBC Bank Argentina SA y otros s/L. 24.769. Incidente de nulidad sobre el origen de la prueba – Juzgado en lo Penal Económico N° 11.
- Jorge I. González Ferreyra Solá - Eduardo Demetrio Crespo, *Trabajo de investigación elaborado en el marco de la XIII Edición de los Cursos de Postgrado en Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM), correspondiente a la especialización en “Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales en la Justicia Penal”*, Salta Argentina, 2013.
- OJEDA NÚÑEZ R., CALFURRAPA R. B. y SANTANDER AKKRASS N. (2019). *Los hallazgos casuales en las diligencias de incautación e intervención de las comunicaciones digitales en Chile. Algunos problemas*. Santiago de Chile: En: Polít. crim. vol.14 no.28
- RIQUERT M. A. (2021) *Drones y su uso por las fuerzas de seguridad en un proceso penal*. Véase en <https://www.calz.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/22-06-2021-Drones-y-su-uso-por-las-fuerzas-de-seguridad-en-un-proceso-penal.pdf>
- Sentencia Tribunal Supremo N°239/2014, del 1 de abril del 2014, en <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp#>
- SID 2015, 15º Simposio Argentino de Informática y Derecho. El doble filo de los drones: regulación y resguardo de la privacidad en Argentina Agustina Callegari y Adela Goberna.
- TRAVIESO J. A. (2019). *En busca de la privacidad perdida “Carpenter vs. Estados Unidos”*, Tomo LA LEY 2019-B.
- TSE, Sala Penal, S. N° 2466, 17/4/1993, Id. Cendoj: 28079120011 993109188
- Véase <https://www.un.org/es/global-issues/human-rights>
- Véase: <https://dpej.rae.es/lema/expectativa-de-privacidad>
- Véase: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/analizan-la-instalacion-de-inhibidores-de-drones-en-aeropuertos>

- Véase: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/el-proyecto-drones-ambulancia-protagonizo-una-nueva-charla-educar>
- Ver en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G21/270/18/PDF/G2127018.pdf?OpenElement>
- Ver en: https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11152-el-derecho-a-la-intimidad-y-laprueba-obtenida-mediante-drones/#_ftn18
- Ver en: <https://tn.com.ar/tecnologia/novedades/2021/08/29/como-funciona-el-laboratorio-de-informatica-forense-que-recupera-informacion-de-celulares-rotos-y-realiza-operativos-con-drones/>
- Ver en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>
- Ver en: <https://www.diariojudicial.com/nota/84344>
- Ver en: <https://www.elsol.com.ar/el-mundo/video-un-dron-kamikaze-destruyo-un-tanque-y-mato-soldados-rusos-que-hacian-un-picnic> y <https://cnnespanol.cnn.com/video/dron-kamikaze-ataque-tanque-ruso-pkg-digital/>
- Ver en: <https://www.losandes.com.ar/article/view/?slug=en-italia-los-drones-detectan-a-infractores-de-la-cuarentena-y-les-toman-la-temperatura>
- Ver en: <https://www.retema.es/noticia/drones-dotados-de-olfato-para-rastrear-los-olores-de-las-plantas-depuradoras-de-agua-fhQXu>
- VESCOVI E. (1970). *Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita*. Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, N° 2
- Ver en <https://www.mpf.gob.ar/dgdh/files/2018/08/DDHH-cuadernillo-10-Medio-ambiente-sano.pdf>