

**TALLER REGIONAL SOBRE LA APLICACIÓN EFECTIVA DE LAS
TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN EN CASOS DE
DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL**

San Salvador, noviembre 12 de 2019

**TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN, DERECHOS
FUNDAMENTALES Y PRUEBA**

Gilmar Giovanni Santander Abril

OBJETIVOS

1. Conocer las discusiones sobre el uso de nuevas tecnologías y la aplicación de las TEIs.
2. Analizar las tensiones entre la protección de los derechos fundamentales y el uso de las TEIs.
3. Revisar los elementos del debido proceso probatorio que se relacionan con el uso de las Técnicas Especiales de Investigación.
4. Revisar los mecanismos de solución de las tensiones que surgen entre la aplicación de las TEIs y el respeto de los derechos fundamentales.
4. Reflexionar sobre los estándares de prueba relacionados con las TEIs .

La investigación criminal no es ajena a los procesos disruptivos que son producto de las nuevas tecnologías.

Las discusiones sobre la tensión entre el “eficientismo” vs. “garantismo” en materia investigativa, tienen como nuevo elemento las nuevas realidades tecnológicas. Ejemplo: intimidad vs. metadatos.

Se debe ser consciente de que se está viviendo una nueva etapa en el proceso evolutivo de la investigación criminal: la investigación de la era digital.

Hoy existen nuevos recursos investigativos, por ejemplo:

DRONES DE SEGUIMIENTO

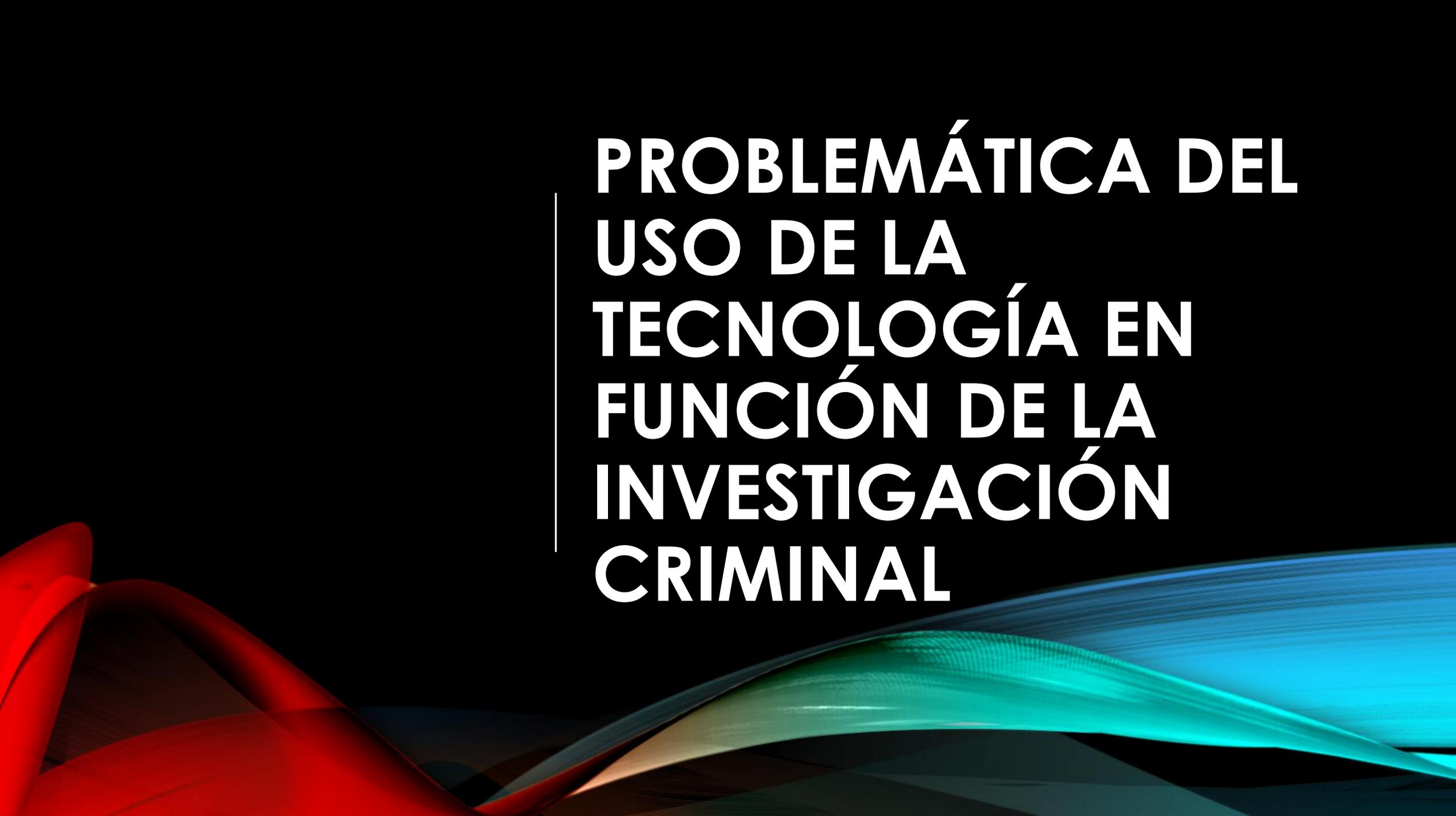
VIDEOVIGILANCIAS

RADIOBALIZAS DE SEGUIMIENTO

CIBERAGENTES

INTELIGENCIA ARTIFICIAL

IDENTIFICACIÓN BIOMÉTRICA...



**PROBLEMÁTICA DEL
USO DE LA
TECNOLOGÍA EN
FUNCIÓN DE LA
INVESTIGACIÓN
CRIMINAL**

¿Están nuestra legislación penal acorde con las nuevas tecnologías puestas en función de la actividad investigativa?

¿Puede la regulación actual de los métodos tradicionales de investigación aplicarse analógicamente para la obtención de evidencias a través medios tecnológicos?. Ejemplo: incautación de una agenda de papel vs. agenda digital.

Las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC) están cambiando el mundo: las relaciones personales, sociales, políticas, económicas y con ello, la forma de investigar.

TEI

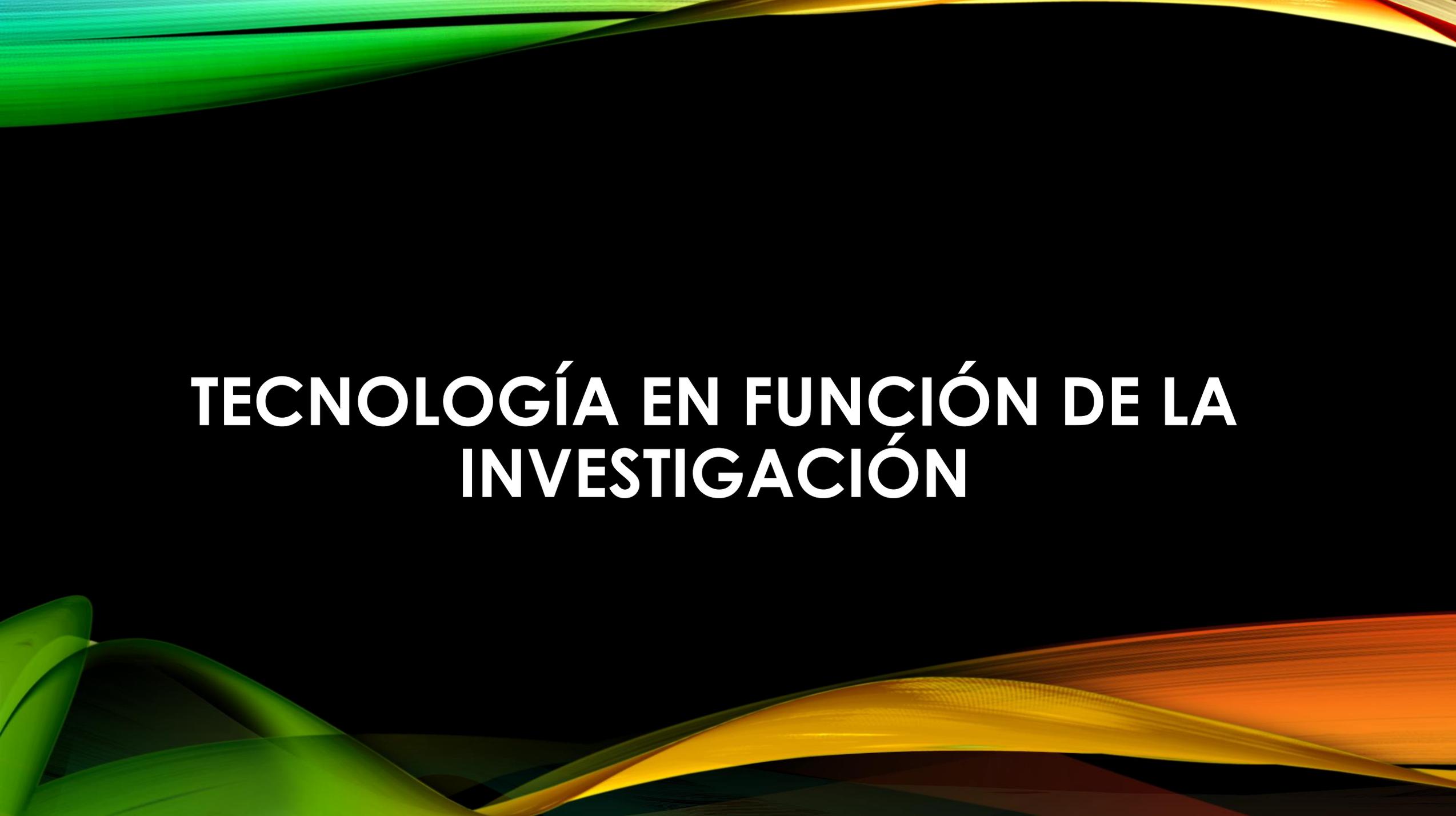
TIC

**INFORMACIÓN
DATOS**



CONCEPTO DE PRUEBA O ELEMENTO DE PRUEBA

- “Elemento de prueba”, o “prueba” propiamente dicha es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un convencimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva. (Vélez Mariconde cit. Cafferata Nores).



TECNOLOGÍA EN FUNCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

AMPLIACIÓN DE LOS SENTIDOS

**PRISMÁTICOS
MICRÓFONOS
MICROSCOPIOS
REACTIVOS**

**INTERVENCIONES
DE TELEFÓNICAS
INFRAROJOS
GPS
AND
GEORADARES
CROMATOGRFÍA
DE GASES**

**RECONOCIMIENTO
BIOMETRICO
ESCANERES
RADIOFRECUENCIA
METADATOS
DRONES
TROYANOS
ETC.**

Libertad de opinión y expresión: memes, blogs, YouTube, redes, likes, Tuits etc.

**TECNOLOGÍA Y
EJERCICIO DE
DERECHOS
FUNDAMENTALES**

Derecho de asociación: grupos en redes Facebook, WhatsApp, etc.

Derechos Políticos: Redes, grupos, likes, blogs, Youtube, foros virtuales

CONFLICTOS TEIS VS. DERECHOS FUNDAMENTALES

1. DERECHO A LA INTIMIDAD

2. DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN

**3. DERECHO A LA INVIOLABILIDAD DE LAS
COMUNICACIONES**

**4. DERECHO A LA INVIOLABILIDAD DEL
DOMICILIO**

5. DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN

**5. DERECHO A AUTODERMINACIÓN DE
DISPOSICIÓN DE DATOS**

1. DERECHO A LA INTIMIDAD

Algunas TEIs buscan que el agente se gane la confianza del investigado, allegados o familiares.

Las TEIs no solo tienen acceso a la información del delincuente sino también a su información privada o de su esfera personal.

El uso de las TEIs debe respetar los límites de protección de los derechos fundamentales.

Se deben tener en cuenta la distinción entre intimidad y privacidad para respetar el núcleo esencial de este derecho.

2. DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN

Relaciones de confianza que se pueden crear entre los agentes y el investigado.

En los contactos que con el agente, en una operación encubierta o una entrega controlado, no existe un conocimiento informado y se alude a la inducción en error.

El contacto de los agentes se puede extender a familiares o allegados a quienes le asiste el derecho a guardar silencio.

3. DERECHO A LA INVIOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES

Recoge la protección de la expresión de la esfera íntima o privada de las personas: privacidad de las comunicaciones.

También constituye una expresión de los derechos de dignidad y libertad de expresión.

Se protege el proceso de comunicación en su conjunto: “un emisor, quien habla; un receptor, quien escucha; un código o sistema de señales previas para hacerse entender; un contenido, mensaje que se transmite; y un medio a través del cual se realiza la comunicación”.



Se reconoce una expectativa de privacidad en la cual se espera que las comunicaciones se desarrollen dentro de un ámbito privado y de confianza que no comprometa a nadie más de aquellos que participan del acto de comunicación.

Jurisprudencialmente se reconocen algunos criterios de excepción a la protección a este derecho: cuando se “corre el velo de la privacidad” o se genera la “exposición del afectado”.



DEBIDO PROCESO PROBATORIO



La actividad probatoria constituye una garantía al cumplimiento de las expectativas sociales frente a la observancia de los principios de tutela jurisdiccional efectiva y realización material de los fines e intereses superiores de la administración de justicia en materia penal.



Se debe distinguir entre actos de investigación y actos de prueba. Los presupuestos de cada uno se deben examinar bajo la perspectiva del respeto del debido proceso probatorio.

Las buenas prácticas en los ámbitos administrativo, técnico y operativo de las TEIs, permiten preservar el respeto del debido proceso probatorio.



La aplicación de las TElS debe ser acorde con los lineamientos del debido proceso probatorio, el cual demanda la observancia de los presupuestos de **legitimidad**, **validez** y **eficacia** probatoria.

La inobservancia de este principio lleva a la inadmisión, rechazo o exclusión de los elementos de prueba obtenidos.

LEGITIMIDAD PROBATORIA

En el ámbito del derecho probatorio el concepto de legitimidad, conocido también como “validez sustancial”, va más allá de la usual definición académica, pues no se limita a la simple cualidad de ser un acto apegado a la legalidad.

En virtud de este criterio, no basta con que las TEIs se encuentren reconocidas dentro del ordenamiento jurídico, sino que además se requiere que su empleo cumpla fines legítimos (principio de justificación teleológica).

Trasciende al análisis del acto de investigación o prueba confrontado con la verificación del cumplimiento de los fines y contenidos constitucionales y legales, enmarcado dentro del estricto respeto de los derechos fundamentales.





¿Cómo se preserva la
legitimidad de la prueba y a
quien le corresponde hacerlo?

Todos los actores del proceso deben respetar el debido proceso probatorio. Sin embargo, fiscales y jueces deben actuar como garantes de la legalidad y evitar la recepción de elementos de prueba obtenidos:

- En allanamientos ilegales de morada.
- Sobre la base de información privada obtenida sin orden judicial a través la vulneración del derecho a la intimidad.
- Información recaudada a través de medios ilícitos: tortura o intervenciones telefónicas ilegales, etc.

Se exceptúan las circunstancias de convalidación que ampliamente ha reconocido la doctrina frente al hallazgo inevitable, fuente independiente y vínculo atenuado.

VALIDEZ PROBATORIA

El concepto de validez probatoria o validez formal de la prueba se encuentra estrechamente ligado a la observancia y cumplimiento de todas las exigencias legales, requisitos y procedimientos previstos para el acto de investigación o de prueba, permitan reconocer que el elemento probatorio obtenido nació a la vida jurídica y por tanto, tiene identidad jurídica para ser valorada como tal.





La observancia de las buenas prácticas de la Guía Práctica de Técnicas Especiales de Investigación y el cumplimiento de los reglamentos u protocolos, facilitarán la observancia del debido proceso probatorio.

La validez probatoria demandará atención sobre todos aspectos vinculados con el proceso de producción y admisión probatoria, como:

- ❑ Razonabilidad del medio empleado (TEIs)
- ❑ Aducción o recolección (cadena de custodia)
- ❑ Proposición probatoria: fines y objeto
- ❑ Procesabilidad: idoneidad y pertinencia probatoria
- ❑ Publicidad y contradicción

EFICACIA PROBATORIA

El concepto de eficacia probatoria, está asociado a la capacidad demostrativa de un medio de prueba para el reconocimiento procesal de un hecho concreto, razón por la cual, no basta con que una prueba sea legítima y válida, sino que además, debe tener la idoneidad y capacidad de incidir en la decisión que debe adoptar el juez, pues no tiene sentido que se practiquen pruebas que el juez no vaya a tomar en cuenta al momento de adoptar su decisión o las desestime por considerarlas ineficaces.



**TENSIÓN ENTRE LAS TÉCNICAS ESPECIALES
DE INVESTIGACIÓN Y LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES**



**CRITERIOS DE
SOLUCIÓN**

**TEORIA DE LOS LÍMITES INMANENTES DE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES**

TEORÍA DE LAS ESFERAS O DE LOS NIVELES

**TEORÍA DE LA PROPORCIONALIDAD O
PONDERACIÓN**

**PRINCIPIOS ORIENTADORES DE PROTECCIÓN
DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

1. Teoría de los límites inmanentes de los derechos fundamentales

Ningún derecho es absoluto, todos presentan límites razonables a su ejercicio.

Existen límites generales: la dignidad de las personas, el respeto a los derechos ajenos, el ejercicio conforme a la ley; y límites específicos: marcados con los fines reconocidos a cada derecho.



La doctrina también reconoce límites internos: se derivan del propio derecho y de la constitución; y límites externos: fijados por el legislador a través de las leyes que regulan o limitan los derechos fundamentales.

Se limitan también por el principio de proporcionalidad : su sacrificio o limitación procede cuando se tiene la necesidad de preservar otros derechos fundamentales o bienes jurídicos de mayor entidad.

2. Teoría de las esferas: intimidad, inviolabilidad de comunicaciones, domicilio, etc.

Primera esfera o núcleo. Hace relación a los pensamientos o sentimientos más íntimos que solo competen a la propia persona: diarios, secretos, pensamiento, ideología, orientación sexual, creencias, condiciones de salud, etc.

Merecen protección absoluta aunque admite algunas excepciones razonables según el tipo el delito investigado.



Segunda esfera o ámbito privado. Donde la persona desarrolla normalmente su existencia y ejerce su privacidad: hogar - domicilio, trabajo, familia, condición financiera, etc.

Tercera esfera o del ámbito social. comprende las relaciones que entabla en un entorno normal de vida: personales, profesionales, laborales, educativos, etc.

Se asocia con otros derechos inherentes: dignidad, buen nombre, libre desarrollo de la personalidad.

```
graph TD; A[PROPORCIONALIDAD] --> B[IDONEIDAD]; A --> C[NECESIDAD]; A --> D[PROPORCIONALIDAD EN EXTRICTO SENTIDO];
```

PROPORCIONALIDAD

IDONEIDAD

NECESIDAD

**PROPORCIONALIDAD
EN EXTRICTO SENTIDO**

**PRINCIPIOS
ORIENTADORES DE
LA PROTECCIÓN DE
LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES**

JUSTIFICACIÓN TELEOLÓGICA

PROPORCIONALIDAD

EXCEPCIONALIDAD

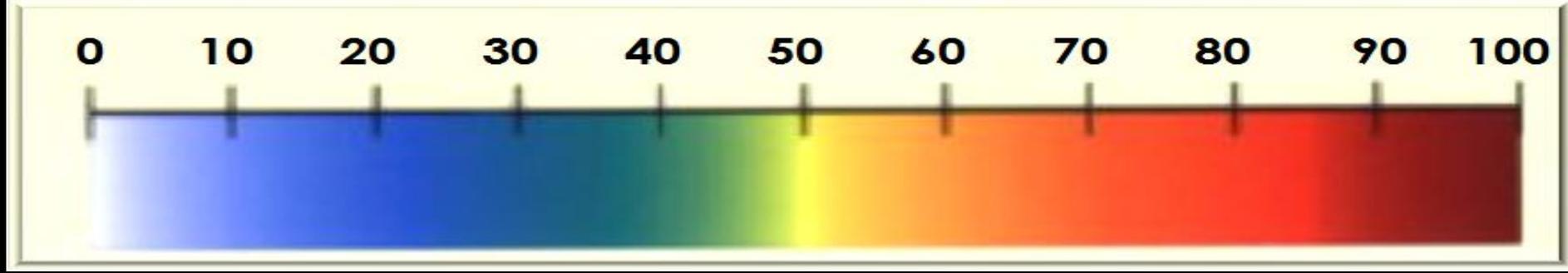
ESPECIALIDAD

LIMITACIÓN TEMPORAL



ESTÁNDARES DE PRUEBA

(aproximación)



IGNORANCIA

ESPECULACIÓN

**SOSPECHA
RAZONABLE INF-
L- POSIBILIDAD**

**CAUSA PROBABLE O
INF- L- POSIBILIDAD**

**PREPONDERANCIA DE LA
EVIDENCIA - BALANZA**

**EVIDENCIA CLARA Y
CONVICENTE
INF. L. PROBABILIDAD**

**CERTEZA - MAS ALLÁ DE DUDA
RAZONABLE**

PARA RECORDAR

1. No siempre el uso de nuevas tecnologías lleva implícita la limitación de derechos fundamentales.
2. Es importante conocer los límites y alcances de los derechos fundamentales que puedan verse afectados con las TEIs.
3. Es importante reglamentar o protocolizar el uso de las TEIs, teniendo como referente las recomendaciones de buenas prácticas, para precisar los elementos del debido proceso probatorio.
4. Las buenas prácticas también permiten asegurar el acopio de los elementos de juicio que requieren los mecanismos que permiten resolver las tensiones entre TEIs y derechos fundamentales.



GRACIAS

Gilmar Giovanny Santander Abril

gilmarsantander@gmail.com

Consultor BlueForce

Sr. Justice Sector Advisor

INL Honduras