

Privacidad e impunidad

Andrés José D'Alessio *

Estas reflexiones se originan en una afirmación que hace Ernesto Garzón Valdés en su trabajo para este seminario. A tenor de ella, “*La defensa del ámbito de la privacidad no puede ser una garantía de impunidad*”.

Me parece que esa afirmación es correcta únicamente en lo que se refiere a la existencia de delito o, para ser más claro, que la garantía de la privacidad no puede ser motivo para que un hecho que de otro modo sería constitutivo de delito no lo fuera por el sólo hecho de ser realizado en ese ámbito¹.

En cambio, respecto de la punibilidad en concreto, es decir de la posibilidad de aplicar efectivamente la pena prevista para el acto, por el contrario, el respeto del ámbito de la privacidad suele constituir un inconveniente muy serio.

El tema ha constituido una cuestión sumamente debatida, tanto en los Estados Unidos, especialmente durante la Corte de Warren, como en la Argentina a partir del caso *Montenegro* del 10 de diciembre de 1981².

Tal trascendencia, que lleva a considerar inexistente un hecho respecto del cual todas las partes en un proceso están convencidas de lo contrario, merece una reflexión acerca de las condiciones en que se puede considerar ilegal y, por ello, inadmisibles, el conocimiento adquirido acerca de un hecho cuyo autor prefiere mantener en el ámbito de su intimidad.

Salvo para los casos de delito cometido públicamente por una sola persona, la averiguación de las responsabilidades derivadas de su comisión presupone la reconstrucción histórica de todos los actos que haya realizado un sospechoso, para determinar si alguno de ellos ha tenido relación causal con el delito cometido.

De este modo, toda investigación criminal supone una cierta intromisión en el ámbito de privacidad puesto que importa la averiguación por terceros de cuál fue la conducta de ciertas personas, durante un lapso más o menos prolongado, con absoluta prescindencia de su consentimiento o, probablemente, contra su voluntad.

Otra manifiesta vinculación entre la investigación que puede conducir a la efectiva punición de un delito y el tema de la privacidad deriva de que la reconstrucción de cualquier hecho que suponga comunicación entre partes requiere el establecimiento de la existencia y, de ser posible, del contenido de esos intercambios³.

* Abogado, UBA, 1968, Profesor de Derecho Penal y Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

1. Obviamente, quedan fuera de la cuestión los delitos que presuponen exhibición en razón del significado de su verbo y del bien jurídico protegido.

2. Publicado en CSJN, *Fallos*, 303:1938. Resulta interesante recordar que la Corte Suprema de Argentina decidió la exclusión de prueba obtenida en un allanamiento no autorizado ya en 1891 (caso *Charles Hnos.*, CSJN, *Fallos*, 46:36).

3. La pieza fundamental de la investigación del homicidio del periodista José Luis Cabezas, de enorme repercusión en la Argentina, está constituida por el descubrimiento de una serie de llamadas de telefonía celular entre el sindicato como autor material y el jefe de la custodia de un millonario, sospechado de ser el autor intelectual del hecho, que terminó quitándose la vida ante la certeza de que sería detenido como consecuencia de esa sospecha.

El avance tecnológico hace que al pensar en tales registros imaginemos procedimientos sumamente sofisticados, tanto por la exactitud de la reproducción, cuanto por su disimulo y alcance, empero, desde que la investigación criminal existe, el uso de testigos que han presenciado, escuchado, recordado y reproducido la comunicación ha sido un modo tradicional de cumplir esa tarea intrusiva, sin duda, en la privacidad de los interlocutores.

De lo que llevo expuesto cabe concluir que los métodos invasivos de la privacidad no son exclusivos de la investigación de ciertos delitos —como el terrorismo y el narcotráfico— sino de todos ellos, aunque la predominante atención que en nuestra época prestan a éstos los gobiernos, las dificultades para su investigación y la aparición cotidiana de nuevos métodos de alta tecnología penetrar aquel ámbito hacen que sean en las leyes especiales que se dictan para mejorar su prevención y castigo donde con más frecuencia se prevea su utilización⁴.

En consecuencia, si la invasión de la privacidad es y ha sido una constante en la investigación de los delitos, el grado en que ella resulte admisible dependerá de un balanceo adecuado entre el interés en respetar una esfera íntima a todo ciudadano, aun los delincuentes, por una parte, y el interés en descubrir al autor de un hecho y castigarlo por su comisión.

Soy personalmente reacio a permanecer satisfecho con esa afirmación tan repetida porque, según pienso, ella es sólo una manera de decir que debe buscarse una solución *razonable* ante la necesidad de sacrificar parcialmente a cada uno de los intereses contrapuestos, con riesgo -ya que aquí no existen balanzas, graduantes o pesas- de establecer un sistema “acordeonoso”⁵ de reglas que se contraigan y expandan a tenor de las preferencias de quien juzga.

En un brazo de la balanza, pues, estará el derecho del particular cuya privacidad resulta lesionada. En el otro, el interés de la sociedad por que la ley sea aplicada, porque no se tolere la impunidad por la lesiones de los bienes que en mayor medida aprecia, aquellas a cuya protección atiende el derecho penal.

Parecería claro que si esa es la disyuntiva, si los intereses y valores que confrontan son, por un lado, los de un sólo individuo y, por el otro, los de los demás, los de la comunidad toda, debe siempre prevalecer el último.

Empero, la cuestión se complica gravemente cuando se advierte que en el primero de esos platillos, al lado del interés individual, debe colocarse el interés colectivo por conservar a la nuestra como una sociedad de hombres libres. Es necesario balancear el castigo de ciertas infracciones con el mantenimiento de niveles aceptables de respeto a los derechos individuales que se expresan con esa pluralidad porque a pesar de ser individuales tienen una generalidad que a la sociedad toda interesa resguardar.

Como ya he dicho, la enunciación de esas pautas generales hace poco por la definición del problema, más allá de remitirlo a la sensibilidad de quien deba adoptar una solución en un caso concreto.

4. Otro tanto pasa con los agentes encubiertos que, en definitiva, pueden ser considerados como una cámara de audio y vídeo de reducida precisión.

5. Según la descriptiva afirmación del Juez de la Suprema Corte de los EE.UU. Hugo Black en el caso *Rochin v. California*, 342 U.S. 165, 174.

Ello importa tanto como afirmar que la admisibilidad de una intrusión a la esfera de intimidad de la que pueda surgir evidencia para una condena dependerá, en todo caso, de una decisión judicial.

Ella podrá ser anterior a la penetración, o posterior al analizarse, en un proceso, la admisibilidad de la evidencia obtenida.

Para el primer caso, los requisitos necesarios para autorizarse la invasión parece claro que deberían ser:

1. Indicios de que dicha invasión se encuentra justificada por su utilidad para el descubrimiento o castigo de un delito (*probable cause* en el derecho angloamericano).
2. Certeza respecto a la autenticidad de los hechos que se revelen mediante la invasión.
3. Restricción del uso o difusión de las revelaciones obtenidas a lo que sea estrictamente útil para el propósito que determinó la autorización.

Cuando tales requisitos hayan sido satisfechos y la orden judicial expedida, parece que no podrá existir inconveniente alguno para la admisibilidad de la prueba obtenida mediante la afectación del derecho a la privacidad.

Más complicado me parece determinar las condiciones que pueden determinar la aceptación cuando no ha tenido lugar esa intervención judicial previa.

Para ello me parece útil descender a algunos ejemplos que sirvan para analizar las circunstancias que puedan fundar una conclusión sobre el punto. Ello importa pronunciarse acerca del modo en que se haya producido el conocimiento del hecho o comunicación y el modo en que éste sea transmitido a quienes deban utilizarlo⁶.

Me parece que quien obra o se comunica en un lugar público -la plaza de que hablaba Martín Farrell- está expresa y ostensiblemente declinando su derecho a la privacidad respecto de esos hechos o comunicaciones.

Ello importa, como ya parecía evidente, que la voluntad del sujeto que sufre la lesión a la privacidad es decisiva para que ésta exista.

Cuando se admite que uno de los interlocutores registre y posteriormente revele el contenido de una comunicación, sea por el simple uso de su memoria, sea por medios electrónicos -como los grabadores o cámaras ocultas- el principio a aplicar es el mismo, según me parece, que en las comunicaciones escritas, las cartas misivas, a cuyo respecto se autoriza la revelación de su contenido por el remitente y el destinatario.

Más complicado parece resolver el caso en que es un tercero quien accede al contenido de una comunicación, sea de modo accidental o premeditado.

En el primer grupo de casos que pueden ejemplificarse con los del alojado en un cuarto de hotel de paredes de poca aislación acústica que escucha la conversación que se desarrolla en el contiguo o aquél se entera del contenido de una comunicación telefónica porque se ligan las conversaciones parece que puede revelar válidamente su conocimiento que, incluso, podrá servir de prueba en un juicio.

6. El tema tiene particular trascendencia en lo que se refiere al proceso judicial, pero la cuestión también se plantea en procedimientos disciplinarios y, en general, ante cualquier decisión que deba tomarse sobre la base del hecho o comunicación cuyo autor pretendía mantener en privado, como calificaciones para tomar o mantener personal, etc.

En cambio, aquél que adquiere ese conocimiento a través de un procedimiento específicamente destinado a violar la intimidad de otro, sea -para seguir con los ejemplos anteriores- quien escucha a los alojados en el cuarto contiguo porque deliberadamente debilitó la aislación acústica practicando un orificio o que instala un dispositivo para conocer, directamente o mediante un grabador, las comunicaciones telefónicas de otro, parece resultar menos admisible.

Es esta la razón, en el fondo, porque los agentes encubiertos -es decir las personas que se han infiltrado en una organización delictiva para obtener información que pueda luego ser utilizada- se cuestionan como modo de prueba.

De manera, pues, que el elemento subjetivo, la intencionalidad, conque el descubrimiento se haya hecho, tiene un papel decisivo en la cuestión de la admisibilidad o no de sus resultados.

Si era evidente la vinculación con la voluntad del titular del derecho a la privacidad, no parece serlo tanto esta última dependencia de la voluntad de quien haya conocido el hecho o la comunicación que, no obstante, ha sido afirmada en numerosos precedentes de la Corte Suprema de los EE.UU., por ejemplo en los casos en que el oficial que había realizado la intrusión indebida había obrado de buena fe.

Ello demuestra que el propósito de la regla de exclusión, según ese alto tribunal, no se agota con la negativa a reconocer eficacia a un acto ilícito, sino en desalentar ese tipo de prácticas por parte de oficiales públicos⁷.

Para la Corte Suprema de la Argentina, en cambio, la regla pareciera ser la inversa. En el primer caso moderno referido a la exclusión de prueba⁸ manifestó que la Justicia no podía resultar beneficiaria del hecho ilícito y, posteriormente, ha otorgado valor a la prueba obtenida por casualidad en allanamientos y registros realizados con un propósito diferente⁹.

Estas discrepancias marcan los límites de un campo que queda librado a la conclusión a las que se llegue en un análisis posterior para resolver casos como éstos, que están tomados de hechos efectivamente ocurridos en la Argentina:

- En el curso de una escucha telefónica autorizada para descubrir un cohecho por parte de algunos policías se descubren importantes indicios para establecer la participación de éstos en un acto terrorista pasado.
- En el curso de un combate librado para recuperar un cuartel tomado por terroristas, particulares que han penetrado en el ámbito en que se está desarrollando el enfrentamiento revisan las mochilas de algunos de los caídos y así obtienen evidencia decisiva acerca del propósito de los incursores y de los diversos roles que cada uno de éstos cumplía.

Como se ve, existen múltiples ocasiones para que una violación de la intimidad sea necesaria para el castigo, en concreto, de algunos actos, así como para que su defensa derive en la impunidad de otros que serían efectivamente penados si tal cuestión no existiese.

Una consecuencia positiva de la globalización será la unificación de los criterios acerca de en qué casos ocurrirá lo uno o lo otro.

7. Una confirmación de ello resulta de la admisión de prueba obtenida en intrusiones realizadas por particulares.

8. Caso *Montenegro*, Luciano Bernardino, CSJN, Fallos, 303:1938 (1981)

9. Por ejemplo, cuando se había hallado una substancia de tenencia prohibida con motivo de un registro de la autoridad naval para comprobar la seguridad de un buque.