

PRESENTACIÓN DE LA OBRA EN ESPAÑOL

El trabajo del Profesor Akhil Reed Amar sobre la Cuarta Enmienda, aun cuando ya cuenta con varios años de publicado en idioma inglés, conserva la originalidad de su enfoque, la agudeza de sus argumentos y la vigencia de las preocupaciones que lo inspiran.

El mismo nos desafía a abandonar la estrecha mirada con la que se han venido analizado los resguardos del derecho constitucional a la intimidad, que condujeron a imponer una angosta comprensión de que ella está exclusivamente pensada como una protección que cobra operatividad en el proceso penal. Cuando se da un paso atrás, se bucea en su historia y se advierten sus alcances, es posible adquirir una visión general de la relación entre la intimidad de las personas y la observancia que de ella realiza el conjunto de las agencias públicas.

Esta revelación inicial no debe precipitar al desarrollo de conclusiones equivocadas, como sería la de ampliar las tutelas que el proceso penal ha previsto para su protección (ordenes de allanamientos y de secuestros), pues éstas no sólo serían inaplicables a la totalidad de los casos, sino que repudiarían el sentido común, debilitando finalmente la importancia misma del derecho. Piénsese a modo de ejemplo, en las búsquedas —algunas exhaustivas— que realiza la policía de seguridad aeroportuaria antes de que un sujeto pueda abordar un avión.

Pero la mayor importancia del trabajo se encuentra, justamente, en invertir las intuiciones iniciales, para desde allí advertir que las ordenes judiciales de allanamiento y secuestro, en lugar de estar originariamente pensadas para proteger el derecho a la intimidad, nacieron como una forma de resguardar al funcionario público que realizaba una incursión en los ámbitos reservados, y que de ese modo quedaba exento de responsabilidad civil derivada de los daños y perjuicios que hubiera ocasionado con un actual *ex ante* irrazonable.

Bajo esta última premisa, la razonabilidad se transforma en el eje central bajo el cual es posible establecer un completo y complejo programa de protección a la intimidad.

Y aquí la segunda cuestión que también merece ser destacada, y que dota a este texto de un valor sustancial. Sin una herramienta dinámica de protección basada en el concepto de razonabilidad, el derecho a la intimidad comenzará un paulatino pero irreversible deterioro, hasta perder —prácticamente— toda consideración social positiva.

Estas dos cuestiones tratadas en conjunto invitan al lector a no atropellarse en sus conclusiones, esperando hasta el final para interrogar, una y otras vez, sus puntos de vista; cotejar las soluciones en una multiplicidad de casos —no todos necesariamente criminales— frente al programa de protección actual, para establecer de qué modo es posible proporcionar un mejor alcance al derecho, más adecuado al sentido común, y que permite valorar la intimidad, la tutela del hogar y la seguridad de los bienes.

Por otra parte se impone realizar un grupo de explicaciones adicionales que tienden a destacar la influencia que esta obra, nacida y pensada dentro del *common law* norteamericano, puede tener para nuestras propias instituciones jurídicas.

La tutela al derecho a la privacidad en los Estados Unidos se encuentra resguardada por la Cuarta Enmienda, la cual reza: *"El derecho de los habitantes a que su persona, domicilios papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas e incautaciones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto órdenes que no se apoyen en una causa probable, sostenida en un juramento o afirmación y que describan particularmente el lugar que deba ser registrado, y las personas o cosas que deban ser detenidas o incautadas"*.

Por su parte en la Constitución de la República Argentina, el derecho se encuentra contenido en la cláusula genérica del art. 19, como por los resguardos del art. 18¹, siendo que este último expresamente indica: *"[...] 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"*².

¹ Sobre la aplicación de ambos artículos de la Constitución Nacional al mismo derecho, véase Badeni, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, 2ª ed., La Ley, 2006, t. I, p. 563.

² El art. 75, inc. 22 de la CN, incorpora diversos tratados internacionales de derechos humanos, que contienen resguardos a la intimidad, con una estructura de redacción aún más afin al texto norteamericano, poniendo en el centro de la escena a la "razonabilidad" de la injerencia. Es así que el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que: *"Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques"*. El art. 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, indica que: *"Nadie será objeto de injerencias arbitrarias, o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación"*. La Convención Americana de Derechos Humanos, en su art. 11.2 regula: *"Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia"*.

Si bien la doctrina ha señalado diferencias entre la estructura del art. 18 de la *CN* y la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos³, tal cual se podrá apreciar, ellas no son particularmente notorias.

En ambas disposiciones se establece la inviolabilidad del domicilio (papeles privados y correspondencia epistolar), aunque ciertamente la Cuarta Enmienda contiene una referencia específica al mandato global de razonabilidad, que en el texto argentino únicamente cabe extraer del principio general que debe guiar todo acto de gobierno.

La remisión a la ley específica es equivalente a la segunda parte de la Cuarta Enmienda (cláusula de la orden), a la que corresponde asignar efectos conceptuales equivalentes al desarrollado por el autor en su trabajo. Es decir, resulta imposible que una ley prevea *ex ante* todos los supuestos de razonabilidad de las intrusiones en los ámbitos de privacidad, salvo que se tratase de una disposición de carácter tan general que de ella no se derivase ninguna clase de resguardo.

La historia también juega su parte para sustentar una equivalencia de tutelas en las disposiciones constitucionales. Desde la revolución independentista en 1810, hasta la formal declaración en 1816, la mirada de los patriotas habían estado puestas en las ideas de la Revolución Francesa y de cómo estas habían impactado en las instituciones y textos constitucionales emergentes de la independencia norteamericana⁴. A su vez, en la propia asamblea constituyente de 1853, el convencional de Santiago

³ Carrió, Alejandro D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 5ª ed., 2ª reimpr., Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 353.

⁴ Un estudio sobre esta equivalencia, en lo relativo al juicio por jurados, puede verse en Schiavo, Nicolás, *Juicio por jurados*, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p. 69.

del Estero, quien presidía la comisión que trató gran parte de la redacción final de los diversos artículos que componen la sección de derechos y garantías, no ocultó sus preferencias de fuentes cuando se trataba la cuestión relativa a la relación del Estado federal y las diversas provincias. Es así que en dicha oportunidad señaló: “La Comisión ha observado estrictamente esta base organizando un gobierno general para la República, dejando subsistentes la Soberanía é Independencia de las Provincias. Su proyecto está vaciado del molde de la Constitución de los Estados Unidos, único modelo de verdadera federación que existe en el mundo”⁵.

Por lo tanto, el distingo en el desarrollo de la tutela al derecho que se produjo en los Estados Unidos, y en Argentina, no debe establecerse en sutiles y poco significativas divergencias de los mandatos constitucionales, pues ambos contienen un mismo comando general que habilita el ingreso en ámbitos reservados allí donde esa incursión resulta razonable, sino en las estructuras públicas destinadas a darle vigencia.

Es decir, el incumplimiento de las disposiciones constitucionales argentinas que imponen el establecimiento del juicio por jurados⁶, implicó que toda la entera protección de la privacidad quedara a resguardo de los jueces profesionales. Este aspecto de nuestra historia institucional es particularmente revelador, pues no solo significó privar a la ciudadanía de una de las principales defensas contra la acción opresiva del Estado (el juicio de pares),

⁵ Ravignani, Emilio, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Casa Jacobo Pruglia, 1973, t. 4, p. 468. La incorporación de los arts. 18 y 19 al texto definitivo de la Constitución, tuvo lugar en la sesión del 25 de abril de 1853, y se aprobaron sin debate alguno; al respecto Ravignani, *ob.cit.*, t. 4, p. 515.

⁶ El art. 118 de la CN es una copia textual del art. III § 2 de la Constitución de los Estados Unidos.

sino que también consolidó aquellos rasgos que con mayor profundidad son criticados por el autor de la obra; es decir que las órdenes son dispositivos para neutralizar la responsabilidad posterior por una búsqueda *ex ante* irracional, en lugar de servir como verdaderas protecciones al derecho.

Tan certera resulta esta última afirmación que hasta 1933, la Corte Suprema de Justicia de la Nación no admitía la responsabilidad extracontractual del Estado, ya sea de modo directo o a través de los agentes que llevaban adelante su función pública. Esta cuestión recién comenzó a revertirse aquel año con el pronunciamiento del caso “Devoto”⁷, pero limitados a supuestos en que se demostrase una negligencia de los dependientes. Ahora bien, este cambio en modo alguno alcanzó —plenamente— a las decisiones jurisdiccionales, pues en una serie de pronunciamientos del Máximo Tribunal, el mismo desestimó la posibilidad de responsabilizar al Estado por la actividad judicial legítima⁸.

Por lo tanto, muchas de las discusiones sobre las mejores formas de protección posible, que el autor realiza en el texto, no se derivan de redacciones normativas disímiles, sino —antes bien— del desarrollo que el juicio por jurados ha tenido en el *common law* norteamericano, y cómo este sirvió para controlar, y dar contenido específico, a un concepto de razonabilidad derivado del sentido común⁹.

⁷ CSJN-Fallos, 169:111.

⁸ CSJN-Fallos, 318:1990, 312:1712, 325:1855. Un estudio de estos precedentes puede verse en Cerda, Luis Francisco, *La responsabilidad del Estado-juez. Análisis jurisprudencial sobre su evolución*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 146.

⁹ Particularmente del juicio por jurados en el ámbito civil, y que efectivamente no se encuentra contenido como un mandato constitucional en la Argentina; y lejos pareciera estar de ser planteado para la resolución de esas controversias.

Si se partía de instituciones constitucionales equivalentes, pero con desarrollos institucionales disímiles, era de esperarse que las disposiciones legales, y las aplicaciones al caso determinadas por la jurisprudencia fueran contrapuestas.

Curiosamente esto no sucedió, sino que aconteció más bien todo lo contrario; y cuando se trató de resolver asuntos vinculados a las órdenes de ingreso y la teoría de la exclusión, nuestra Corte Suprema de Justicia —casi irreflexivamente— abrazó las soluciones pensadas, en otros contextos, por su par de los Estados Unidos.

El precedente de la Corte Suprema de Justicia que más claramente expone este estado de cosas es el dictado en el caso “Yermal”¹⁰. En este caso la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico había decretado la nulidad de las resoluciones judiciales que disponían diversas medidas de allanamiento, y a consecuencia de ello dispuso el sobreseimiento de los dos imputados. Las injerencias habían sido requeridas al juez de primera instancia de parte de la Dirección General Impositiva, con el propósito de verificar que la empresa de confección, importación y venta de indumentaria realizaba sus actividades comerciales sin emitir facturas, llevando una contabilidad paralela que le permitía evadir el pago de tributos. La orden de allanamiento había sido expedida por el juez indicándose, como único fundamento, que ellas procedían “como se solicita precedentemente”. Tal cual se expuso, esta ausencia de consideraciones fue lo que condujo a que se decretase la nulidad de esas medidas jurisdiccionales. Finalmente el caso llegó a la Corte por el recurso extraordinario interpuesto por la agencia impositiva que pretendía la validez de aquellas medidas.

¹⁰ *CSJN-Fallos*, 321:510. Aunque luego en el caso “Fischetti”, *CSJN-Fallos*, 322:3225, la Corte pareciera haber mutado de criterio.

Es así que la mayoría del Superior Tribunal revocó la nulidad, entendiendo que aún cuando la resolución judicial no fundaba adecuadamente los motivos bajo los cuales había dispuesto el allanamiento, la razonabilidad se encontraba claramente en la petición de la Dirección General Impositiva, que daba sobradas razones para ingresar a esos ámbitos privados en procura de dar con el material probatorio.

Por su parte el voto de la minoría, realizado por el doctor Petracchi, es el que propone convalidar la nulidad. Para ello traza una similitud entre el art. 18 de la CN y la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, invocando como autoridad los diversos fallos de la Corte Suprema de aquel país, tanto en lo relativo a la "cláusula de la orden", como a "la causa probable". Es así que señala, como límite al allanamiento, incluso dispuesto por el juez, lo resuelto en *Illinois v. Gates et ux*, 462 U.S. 213, *Nathanson v. United States*, 290 U.S. 41, y *Aguilar v. Texas*, 378 U.S. 108; al indicar que para disponer un allanamiento un juez debe contar con una base sustancial que satisfaga la exigencia de causa probable. Posteriormente analiza las excepciones a la cláusula de la orden y la causa probable que ha establecido la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, y por qué ellas no serían aplicables al caso¹¹.

Por lo tanto las enseñanzas y debates de la obra que aquí se presenta también adquiere una nueva dimensión, llamándonosos

¹¹ Se podría conjeturar que ninguno de esos fallos serían aplicables "al caso" por el hecho de que emanaron de una Corte Suprema de otro país, aplicando su propia ley, en razón de su costumbres, preocupaciones sociales, institucionales y de sentido común. Que un trabajo académico realice comparaciones de diversas culturas legales, para advertir cómo en ellos se enfrentan y solucionan problemas parcialmente equivalentes, no debería conducir a esta extraña transferencia cultural de soberanía que implica que una Corte Suprema utilice como fundamentos de autoridad opiniones de Superiores Tribunales de otros países.

la atención para que extrememos la precaución de no recurrir, como pareciera haber hecho la jurisprudencia, a “soluciones” creadas *ad-hoc* en otros países, y que poco tienen que ver con la historia del derecho, los mecanismos de su resguardo, y su consagración constitucional¹².

Si la jurisprudencia local ha abrazado foráneas soluciones controvertidas, criticadas en el presente trabajo, la doctrina no ha clarificado el punto, profundizando el desconcierto. Es así que se señala que el único modo de producir una injerencia en la privacidad es por órdenes de allanamiento, interceptaciones de correspondencia, escuchas telefónicas, todas ellas previamente autorizadas por una orden judicial; pero luego llega un martes y se dice que la incursión es válida —sin esa previa convalidación— en la medida que se justifique la urgencia, en tanto la “excepción” también está prevista en la ley, que es lo que el art. 18 de la CN requiere¹³. Esto es un juego de palabras. Decir que el domicilio es inviolable y que solo se puede ingresar al mismo allí donde una ley previamente lo establece, y celebrar que una norma disponga que es válida la introducción sin orden en todos los casos en que se juzgue que es urgente, es lo mismo que derogar por medio de una ley toda la cláusula constitucional.

Cuando una acción puede ser emprendida con una previa autorización, o sin ella, el principio subyacente que la respalda necesariamente tiene que poder presentarse como un factor común. Decir que para volar hacen falta alas, e inmediatamente luego afirmar que el helicóptero es una excepción al principio, suena absurdo. En todo caso así como para volar es necesario respetar las nociones básicas de la sustentación, para ingresar en

¹² Este último —consagración constitucional— es el único equivalente entre los Estados Unidos y la República Argentina.

¹³ Véase Fleming, Abel - López Viñals, Pablo, *Garantías del Imputado*, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 203.

los ámbitos de privacidad es indispensable satisfacer la razonabilidad constitucional.

Este último es el camino lógico propuesto por el profesor Akhil Redd Amar, que nos permite interpretar el art. 18 de la Constitución Nacional como uno restrictivo de las órdenes de allanamiento, las que solo pueden ser emitidas bajo las condiciones que fija la ley, sometiendo a las demás incursiones (en conjunto con las previamente autorizadas) a una ponderación de la razonabilidad constitucional.

Un entendimiento de este tipo inicialmente pareciera dejarnos desprotegidos, pero esa situación no sería producto de reducir el marco de tutela que actualmente se le asigna a estas órdenes¹⁴, sino que justamente es la consecuencia de no haber previsto un verdadero programa dinámico de protección del derecho a la intimidad.

Esto último resulta indispensable si es que en su conformación pretendemos rescatar el valor significativo de la intimidad que nuestros constituyentes pretendieron tutelar. El mundo ha cambiado, las nuevas tecnologías se han transformado en una parte sustancial del desarrollo subjetivo en el campo social, y estas permiten como nunca antes una captación masiva de información, y de procesamiento por medio de algoritmos de análisis automatizado. Las actuales amenazas a la intimidad¹⁵ ya no se

¹⁴ Los efectos de protección a la intimidad que se le asignan a las órdenes de allanamiento, interceptaciones telefónicas, apertura de correspondencia, entre varios otros, parecieran estar siempre enfocados en el marco de un debate teórico, sin ninguna clase de sustento empírico.

¹⁵ Por una distinción entre los términos "intimidad" y "privacidad" en el campo digital, véase Ana María Mesa Elnesser, "Cifrado de extremo a extremo en Whatsapp: un análisis a partir de la prueba documental", en AA.VV., *Derecho procesal contemporáneo*, Universidad de Medellín, Colombia, 2017, p. 221.

encuentran exclusivamente relegadas a la actuación del Estado¹⁶, ni a la intrusión física, aun cuando en muchos casos—siendo profundas— tienen la capacidad de ser más razonables¹⁷.

Esta es quizá la última gran enseñanza que deja el presente texto, pues nos desafía a alejarnos de utilizar garantías que tenían un propósito bien diferente, y cuya reconversión para fines diversos no ha dado resultado, a la vez que nos acerca al debate sobre el establecimiento de un verdadero programa moderno, dinámico y actual en defensa de la privacidad.

Finalmente quisiera agradecer al Profesor Akhil Reed Amar, por todas sus enseñanzas, y por haber autorizado esta versión de su trabajo al idioma castellano.

NICOLÁS SCHIAVO

Buenos Aires, 5 de julio de 2017

¹⁶ Las empresas privadas de tecnología tienen la capacidad—en razón de ese procesamiento masivo de datos— de establecer las actividades de un individuo y predecir (con una elevada tasa de probabilidad) los comportamientos futuros. Al respecto véase, Bellovin, Steven M. - Hutchins, Renné M. - Jebara, Tony - Zimmeck, Sebastián, *When Enough is Enough: Location Tracking, Mosaic Theory, and Machine Learning*, "New York University Journal of Law & Liberty", vol. 8, 2014, ps. 555-628.

¹⁷ Un análisis sobre ese marco de razonabilidad en Schiavo, Nicolás, "El seguimiento automatizado y una razonable expectativa de privacidad", en AA.VV., *Derecho procesal contemporáneo, perspectivas y desafíos*, Universidad de Medellín, p. 193.