

EL ESTADO, LA INTIMIDAD Y LA PERSECUCIÓN PENAL

María Alejandra Doti*

Carolina Becerra**

IUS PUNIENDI EN LA GLOBAL BOX

“En otras palabras, la construcción del peligro social inminente puede ser utilizada por gobiernos autoritarios para justificar, en determinados momentos, mayores restricciones a los derechos individuales de los habitantes de las ciudades.”

Rosa del Olmo en “Ciudades duras y violencia urbana”

¿Hacia dónde se dirige el derecho penal moderno? En el artículo “*Los límites al poder punitivo del Estado en función de un fallo del tribunal constitucional español*”¹ se intentó describir la situación actual del proceso penal internacional al reseñar un fallo dictado por el Tribunal Constitucional de España (Sala I, 16 de diciembre de 1996).

* Jueza a cargo del Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas n° 24 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Abogada (UBA). Jefe de Trabajos Prácticos regular en la materia "Teoría del Estado" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Docente de la materia del posgrado de esa misma institución: "Garantías constitucionales, Justicia y derecho penal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", y en el curso correspondiente al ciclo profesional orientado de esa misma casa de estudios: "Estado y delito. Perspectivas criminológicas críticas". Autora de varios artículos. Actualmente es colaboradora en la investigación "Daño urbano" del instituto de investigaciones sociales y jurídicas "Ambrosio Gioja" de esa misma Facultad. A la fecha se desempeña como Jueza en lo Penal y Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. E-mail: madoti@jusbaire.gov.ar

** Prosecretaria Coadyuvante por ante el Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas n° 24 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

¹“Los límites al poder punitivo del Estado en función de un fallo del tribunal constitucional español” por María Alejandra Doti y Carolina Becerra. Copyright © elDial.com - editorial albrematicae

Lo interesante del fundamento es que el Tribunal español estableció que en caso que la finalidad que se persiga con la intervención corporal por parte del Estado, sea la de acreditar los hechos constitutivos de la infracción penal, estaría avalada la misma. El límite para dicha injerencia lo constituiría únicamente el caso en que la pretensión fuera la de probar un hecho indiciario, con lo cual la medida únicamente tendría por fin asegurar el ejercicio del “ius puniendi”.

También se hizo referencia a que la regla que algunos tribunales utilizan de que “dependerá de cada caso” para permitir la injerencia estatal resulta cuanto menos peligroso, encontrando en tal postura resabios de los postulados principales de la escuela criminológica positivista, tan adepta a razonamientos empíricos con desprecio de las previsiones formativas, llegando a definir como absurda la garantía de la seguridad individual, de la “presunción de inocencia”, al menos en ciertos casos (confesión, delito en flagrancia, delincuencia habitual, reincidentes o por tendencia) porque se imposibilitaría la persecución y el procedimiento penal.

Es conveniente en casos así ponderar, por una parte, el interés del Estado en que se confirmen o disipen las sospechas concretas y, por otra, el legítimo interés de la persona afectada en que se protejan sus derechos personales. Para ello, se deben tener en cuenta todas las circunstancias fundamentales.

En esta línea de pensamiento el Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania² en un caso en que se sospechaba que una persona había cometido un delito fiscal, una estafa y una falsificación de documentos, no concedió fuerza probatoria a una grabación privada. Pero recalcó que la solución habría sido distinta “... si los intereses superiores de la sociedad hubieran exigido imperativamente prevalecer sobre los personales de la persona afectada; así, por lo general, no se opondría al Derecho constitucional que, en caso de necesidad, la autoridad competente pudiera utilizar una grabación hecha por un tercero que permitiera identificar a un criminal o exculpar a un acusado indebidamente, tratándose de delitos muy graves como los cometidos contra la vida y la integridad corporal de las personas, los ataques graves al orden constitucional y a las libertades democráticas y a los valores jurídicos de la misma importancia..”

“Caso Schenk contra Suiza”

En la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (Francia), de 12 de julio de 1988, “Caso Schenk contra Suiza”, el Sr. Schenk presentó su demanda número 10862/1984 ante la “Comisión” -Comisión Europea de Derechos Humanos- el 6 de marzo de 1984. Se consideraba víctima de una violación de su derecho al respeto de la vida privada y de la correspondencia, en el que se incluye el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas (art. 8 del CEDH -**Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales**-). Alegaba además que se había infringido su derecho a un proceso justo al utilizarse la grabación controvertida como medio de prueba (art. 6, apartados 1 y 3 del CEDH). Por último, denunciaba una infracción del principio de la presunción de inocencia, puesto que no se había probado «legalmente» su culpabilidad (art. 6.2 del CEDH). Afirmaba además el

² (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 34, 1973, pgs. 238 y ss., especialmente 249). en Caso Schenk contra Suiza.-

señor Schenk que el uso de un medio de prueba conseguido ilegalmente basta para convertir en injusto el procedimiento, y que su condena se fundaba principalmente en la **cinta grabada**. Entendía que, ciertamente, es necesario sopesar los intereses en pugna -el público en esclarecer lo ocurrido en relación a un delito grave, y el privado en amparar el secreto de una conversación telefónica- pero, según él, debía hacerse antes de la grabación, no después y, en ningún caso, ilegalmente.

Las circunstancias del caso en cuestión son las siguientes: el Sr. Pierre Schenk, ciudadano suizo, pero domiciliado en Tertegnin, Cantón de Vaud,³ casado con Josette con quien tendría dificultades matrimoniales, habría contratado los servicios del Sr. Richard Pauty. Para ello se habría reunido con el mismo en diversas ocasiones pagándole por misiones encomendadas. Finalmente el Sr. Pauty se reúne con la Sra. Josette, a quien le confía que su marido lo habría contratado para que la matara. A raíz de ello, la Sra. Josette y Pauty hicieron la denuncia ante el Juez de instrucción del Cantón de Vaud el 20 de junio de 1981. Que dicho Juez libró oficio a las autoridades francesas para que con motivo de la investigación por tentativa de asesinato se efectuaran pesquisas. **Que el Sr. Pauty esperando que el Sr. Schenk lo llame por teléfono, instala un aparato para grabar la conversación, pudiendo llevarlo a cabo. Que dicha grabación fue llevada ante las autoridades francesas y suizas que cooperaban en esta pesquisa.**

Esta prueba fue decisiva, ya que después que las autoridades policiales se la hicieran escuchar a la Sra. Josette, es que el Sr. Juez del Cantón libró orden de detención respecto del Sr. Schenk.

Finalmente con fecha del 3 de febrero de 1982, el Juez de Instrucción dicta un auto de sobreseimiento basado en que de la conversación mantenida entre Schenk y Pauty -la que fue grabada en forma privada- no es clara en su comprensión ni entre qué interlocutores se desarrolló, por lo que en vista de la personalidad del Sr. Pauty - antecedentes, personalidad- y los indicios reunidos entiende el Magistrado que no son suficientes para procesar a Pierre Schenk. El Sr. Fiscal apela dicho sobreseimiento.

Finalmente el 21 de abril la Sección de Acusación del Tribunal Cantonal de Vaud hace comparecer a Schenk ante el Tribunal en lo Penal del distrito de Rolle por tentativa de inducción al asesinato condenándolo por ese delito. Que basaron su resolución en la prueba controvertida -la grabación de la conversación entre Schnek y Pauty-, dando por hecho que no habría sido alterada y que ese elemento debía sumarse a otros indicios.

Es así que el Sr. Schnek impugna dicha sentencia basándose en que la prueba de la conversación es ilegal y al declarársela judicialmente como admisible se viola el art. 36 de la Constitución que garantiza la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones. Que el Tribunal Federal rechaza dicho recurso. Finalmente el Sr. Schnek presenta la demanda n° 10862/1984 ante la Comisión Europea de Derechos Humanos. Que dicha comisión resolvió sobre la admisibilidad de la demanda el 6 de marzo de 1986.

En su informe del 14 de mayo de 1987, la Comisión llegó a la conclusión, por once votos contra dos, de que no se había violado el artículo 6.1. del CEDH- **Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales** -“*Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable*”. También refiere que no se violó el art. 6.2 -“*Toda persona*

³ La República y cantón de Vaud (en alemán Waadt, del latín Pagus Waldensis) es un cantón suizo. Su capital es Lausana. Valdense es la versión española del gentilicio (vaudois en francés).

acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”

Por último señala que no procede examinar el caso en relación al art. 8 del CEDH. *”Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”*.-

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, menciona en la sentencia del caso Schenk el antecedente “Klass”, de 6 de septiembre de 1978, en donde se entendió que la existencia de preceptos legales que conceden facultades para la vigilancia secreta de la correspondencia, de los envíos postales y de las telecomunicaciones es, en una situación excepcional, necesaria en una sociedad democrática. Reconoció también que el legislador dispone de algunas facultades discrecionales para elegir las modalidades del sistema de vigilancia.⁴

Anteriormente, el Comité de Ministros del Consejo de Europa entendió, el 5 de mayo de 1971, que el registro en una cinta magnética, sin conocerlo los interlocutores o uno de ellos, de una conversación particular era en principio una injerencia en la vida privada, pero su empleo por el tribunal como medio de prueba no violaba el derecho a un proceso justo garantizado por el artículo 6.1 del Convenio (*Anuario del Convenio* 1971, pgs. 903 y ss.). La Comisión opinó lo mismo (*Anuario*, 1969, pgs. 157 y ss.).

En conclusión, el Tribunal (Europeo), consideró las audiencias públicas del 9 al 13 de agosto y el texto del fallo de 13 de agosto de 1982 (apartados 19 a 23 y 26) y entendido que de ello no se deriva que el Tribunal en lo Penal de Rolle tratara al señor Schenk como culpable antes de condenarle. **La mera inclusión de la cinta grabada en los autos no basta para apoyar la alegación del demandante, de suerte que tampoco aquí se incumplieron las exigencias del Convenio.**

Por ende, refirió que **el uso de la grabación litigiosa como prueba de convicción no privó al demandante de un proceso justo y, por consiguiente, no infringió el artículo 6.1..**

Sentados estos antecedentes, observamos que la política criminal “moderna” no sigue ya hoy en día la línea de la desincriminación y la atenuación de penas (especialmente si observamos los ejemplos de los países centrales), sino que opera con una forma de nueva criminalización y agravamiento de las penas. Se olvidan así las consecuencias del derecho penal, concentrándose los estudios sobre los tipos y amenazas penales y ocupándose de los centros de riesgo, éstos definidos desde la percepción pública mediatizada.

El problema de este tipo de desarrollos, que soslaya la posibilidad de que un Estado de derecho sea eficiente, es que tiende a resaltar la contraposición entre conformidad al estado de derecho y eficacia, negando un derecho penal eficaz.

La globalización y el derecho penal

⁴ (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, serie A, apartados 48 y 49, pg. 23; véanse los argumentos ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, *Anuario del Convenio*, 1974, pgs. 179 y ss. y pgs. 185 y ss.).

Ahora bien en ese contexto, debemos preguntarnos qué papel juega la globalización frente a la ideología de “la amenaza del enemigo público” y cómo se consolida ese tipo de derecho penal, ya que en nombre de la lucha contra el terrorismo se violan normas básicas del derecho penal y procesal⁵.

La globalización entendida como proceso económico, tecnológico, social y cultural, que consiste en la creciente comunicación e interdependencia entre los distintos países del mundo, va unificando los mercados, sociedades y culturas, a través de una serie de transformaciones sociales, económicas y políticas que les dan un carácter global. Varios autores refieren que se caracteriza por la aparición de nuevas formas de establecer vínculos y por la interdependencia de las sociedades y los actores sociales. También por la facilidad y celeridad de los medios de transporte de personas y bienes, al igual que la comunicación de datos, información, sonidos e imágenes.

Otros autores refieren que con la globalización se maximizó la figura del Leviatán -Estado como centro neurálgico de poder- aumentando así sus facultades de perseguir, reprimir y eventualmente punir: en base a ideologías, personalidades, razas, aludiendo a un claro derecho penal de autor y objetivando en tipos penales a supuestas víctimas que no han solicitado ser incluidas como tales.

La globalización es un fenómeno irreversible, que supera las limitaciones fácticas de los ordenamientos jurídicos y mina las estructuras de los Estados, siendo un proceso en el cual las economías nacionales se integran progresivamente a lo internacional y desde allí se condicionan por los mercados exteriores, que pasan a influenciar en las políticas nacionales en materia económica como también en lo político, lo social, cultural y por último en lo jurídico.

En este contexto Bauman refiere que “las ciudades contemporáneas son el campo de batalla donde los poderes globales y los sentidos e identidades, obstinadamente locales, se enfrentan, chocan, luchan y buscan un acuerdo satisfactorio, o al menos soportable, una manera de cohabitación que pueda ser una paz duradera, pero que en general sólo resulta un armisticio, un intervalo para reparar las defensas destruidas y volver a desplegar nuevos destacamentos de combate. Esa confrontación, y no un factor único, pone en marcha y sirve de guía a la dinámica de la “moderna ciudad líquida⁶”.

Los extraños en el mundo globalizado

A decir de Bauman..”la raíz de la “mixofobia” está profundamente arraigada en la condición existencial de los hombres y mujeres contemporáneos, nacidos y criados en un mundo desregulado, fluido e individualizado, de cambios vertiginosos y difusos. Los sentimientos “mixofóbicos” son provocados y alimentados sobre todo por la sobrecogedora **sensación de inseguridad**. Los hombres y mujeres, inseguros de su lugar en el mundo, de sus perspectivas de vida y de los efectos de sus propias acciones, son los más vulnerables a las tentaciones de la “mixofobia” y los más proclives a caer en su trampa. **Esa trampa consiste en desviar la angustia de sus verdaderas raíces, y canalizarla y descargarla sobre blancos que nada tienen que ver con sus causas.**⁷

⁵ Ej: Es establecimiento de la base de Guantánamo por el gobierno estadounidense.-

⁶ Zygmunt Bauman en “Amor líquido”, pág.136. Edit.Fondo de Cultura Económica.

⁷ Bauman, obra citada, pág. 151.

Para este autor los problemas que afligen a las ciudades contemporáneas no se pueden resolver por medio de una reforma de la ciudad, ya que no existen “soluciones locales para problemas generados globalmente”. Nada podría mitigar la inseguridad en que vive el hombre moderno, esa inseguridad existencial retroalimentada día a día por la fluidez del mercado laboral, la fragilidad del valor que se le da a las habilidades y competencias antiguamente adquiridas o actualmente incorporadas, la evidente vulnerabilidad de los lazos humanos, y la aparente precariedad y revocabilidad de compromisos y asociaciones.

El extraño en la Ciudad

A pesar de lo que la historia depare a las ciudades, y del drástico cambio que puedan experimentar su estructura espacial, su aspecto y estilo a lo largo de décadas o siglos, una característica es permanente y constante: las ciudades son espacios donde los extraños permanecen y se mueven en estrecha y mutua *proximidad*.

El miedo a lo desconocido -subliminal pero que flota en el ambiente-busca desesperadamente salidas viables. Las ansiedades acumuladas tienden a descargarse sobre una categoría selecta de “extraños” elegida para encarnar la “extrañeza”, la falta de familiaridad, la impenetrabilidad del entorno de vida, la vaguedad del riesgo y la amenaza. El extraño es por definición, un agente movido por intenciones que, en el mejor de los casos, podemos adivinar, pero de las que nunca podremos estar seguros.

Este drama se escenificará en dos espacios a la vez: en la escena global y en la local -pag.161-⁸. Hace más de dos siglos, en 1784, Kant observó que el planeta que habitamos es esférico y consideró con detenimiento las consecuencias de ese hecho banal: como todos estamos y nos movemos sobre la superficie de esa esfera, señaló Kant, no tenemos otro lugar donde ir y estamos por lo tanto obligados a vivir para siempre en proximidad y compañía de otros. La unidad de la raza humana es el horizonte absoluto de nuestra historia universal, un horizonte que nosotros, seres humanos movidos y guiados por la razón y el instinto de supervivencia, estamos obligados a perseguir y, en la plenitud de los tiempos, alcanzar. Tarde o temprano, advierte Kant, no habrá ni un rincón de espacio libre para aquellos de nosotros que se encuentren con que los lugares ya ocupados están demasiado colmados para brindar confort, son demasiado hostiles, incómodos o por alguna razón poco acogedores para buscar refugio y abrigo...Los lectores de Kant podían aprender todas esas cosas en sus libros hace doscientos años. El mundo, sin embargo, ni se enteró -pag.163-

El advenimiento -refiere Bauman- del Estado moderno coincidió con la emergencia de los “apátridas”, los sans papiers, y de la idea del homo sacer, encarnación absoluta del derecho soberano de eximir y excluir a todo ser humano que haya sido arrojado más allá de los límites de la ley humana y divina, y transformarlo en un ser al que las leyes no protegen y cuya destrucción, despojada de todo significado ético o religioso, está exenta de castigo alguno.

Ahora bien, este autor se pregunta si a estas alturas hay diferencias entre los términos “ciudadano” y “hombre”. Esa falta de claridad en su diferencia fue notada por Hannah Arendt en “Los orígenes del totalitarismo”: ya el ser nada más que humanos constituye el mayor de los peligros para la humanidad, **“los derechos del hombre,**

⁸ Bauman, obra citada.

supuestamente inalienables, demostraron ser algo que no fue posible obligar a cumplir” ello por la aparición de personas que ya no son ciudadanos de ningún estado soberano. Tal es así que “en este mundo parcelado en Estados soberanos, los sin techos no tienen derechos, y no sufren por no ser iguales ante la ley, sino porque no hay ley que se aplique a ellos y a la que ellos puedan referirse a la hora de presentar sus quejas por el maltrato que reciben o reclamar su amparo”⁹

En esta línea de pensamiento Arendt señala que esta “solidaridad humana” es enteramente negativa porque cada porción de la población humana del planeta se vuelve vulnerable a todas y a cada una de las demás. **Podría decirse que se trata de una “solidaridad” del peligro, de los riesgos y de los temores.** La mayor parte del tiempo y en los pensamientos de la mayoría, la “unidad planeta” se reduce a la idea de los horrores que se gestan o incuban en las regiones más lejanas: “un mundo que nos alcanza y a la vez resulta inalcanzable”, como si la humanidad dependiese de ese botón, ejemplificado en la película “The Box”¹⁰ en el cual un emisario ofrece a cada familia estadounidense un millón de dólares si en menos de 48 horas pulsa el botón de una caja de madera. Pero al apretar ese botón alguien que esa familia no conoce morirá en alguna parte. El dilema aparece cuando “uno” pulsa el botón para que otro muera pero quizás, en poco tiempo “alguien” más apretará ese botón que nos podría hacer morir a nosotros mismos ¿cómo saber si nuestro destino pronto llega a su fin y si quizás el pulsar ese botón lo acelere?.

En el ámbito internacional es cada vez más común que los fallos se asemejen a lo dictaminado por el Tribunal Superior español y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo.

La nueva tecnología aplicada a las investigaciones relacionadas con el terrorismo internacional plantea dilemas en esta línea de pensamiento. Por supuesto que la posibilidad de ver y escuchar personas a distancia y sin advertencia, afectando su derecho a la intimidad se halla a mitad de camino entre quienes creen en la tutela del derecho a la intimidad y quienes apoyan la persecución de delitos provenientes de actos de lesa humanidad o ilícitos masivos por medios no convencionales.

Las nuevas tecnologías, así como todos los modernos y cuasimasivos medios de comunicación son a la vez un paradigma de la libertad de expresión y una fuente de riesgo hacia la intimidad. Piénsese en la posibilidad hoy de visualizar el interior de residencias vía laser a distancias considerables; o escuchar conversaciones privadas vía satelital o tomar contacto con misivas privadas emitidas por Internet.

Lo irreductible se centra en que, son un factor de progreso económico y social y por ende del bienestar general, pero también son riesgosos para la vigencia de los principios constitucionales arraigados desde el garantismo más básico, porque proteger al derecho a la intimidad es salvaguardar en parte, la esencia del ser humano.

El impacto de la informática y las telecomunicaciones en la sociedad, ha planteado insospechadas realidades, nuevos dilemas; y está estructurando una nueva disciplina, el derecho informático en América Latina, que ha puesto en jaque el derecho a la intimidad y la privacidad. Los bancos de datos son solo un ejemplo de ello.

⁹ Bauman, pag. 165 obra citada.

¹⁰ TÍTULO ORIGINAL The Box TÍTULO HISPANO La caja - La caja mortal AÑO 2009 DIRECTOR Richard Kelly REPARTO Cameron Diaz, James Marsden, Frank Langella GUIÓN Richard Kelly, Richard Matheson NACIONALIDAD USA FECHA DE ESTRENO 06/11/2009

En la Convención Europea de Estrasburgo de 1981 se firmó el Convenio para la protección de las Personas con respecto al “Tratamiento Automatizado de datos de carácter personal”. Este instrumento normativo tuvo trascendencia, ya que por primera vez se estableció la necesidad de estructurar organismos encargados de aplicar políticas nacionales de protección de datos personales y acuñó uno de los primeros delitos informáticos. En ese sentido se indicó a los Estados miembros de la Unión Europea la necesidad de incorporar en su legislación penal normas que tipifiquen conductas violatorias de aquellos principios en la gestión del banco de datos, estableciéndose penas para el responsable de cometer la conducta tipificada.¹¹ Con posterioridad se fueron sancionando en el orden internacional leyes regulatorias de los bancos de datos de carácter personal. A nivel local la Convención Constituyente de 1994 incorporó el Habeas Data en la segunda parte del art. 43, el que luego fue reglamentado por la Ley 25.326 a nivel de la legislación nacional argentina.¹² Si bien el desarrollo de esta legislación se empezó a dar en el ámbito comercial y no tanto en el penal, lo cierto es que la irrupción de Internet y del comercio electrónico pone en evidencia la necesidad de estudiar y proteger la seguridad de los sistemas de información, la confidencialidad de las comunicaciones, la evitación de los programas espías, las implicancias de la facturación, el desarrollo del marketing directo y la retención de los datos de tráfico. Las normas citadas parecen ser un punto de partida para lograr soluciones normativas y en definitiva una adecuación del derecho con las necesidades de nuestro tiempo.

Pero como se señaló al comienzo, el panorama jurídico internacional está cambiando al respecto. A partir del denominado “9/11”¹³, en los países desarrollados y encabezados por Estados Unidos se está transformando el concepto de privacidad e intimidad. Tal es así que la USA Patriot Act¹⁴ se funda en otorgar facultades al Estado para violar la intimidad de las personas.

A nivel local, en el fallo “Halabi, Ernesto c/PEN -ley 25.873¹⁵-dec.1563/04 s/amparo ley 16.986” de la Suprema Corte de Justicia argentina se trató la

¹¹ Rodolfo D.Uicich “El derecho a la intimidad en Internet y en las comunicaciones electrónicas”, Edit. Ad Hoc.-

¹² Ley 25326 PROTECCION DE LOS DATOS PERSONALES Disposiciones Generales. Principios generales relativos a la protección de datos. Derechos de los titulares de datos. Usuarios y responsables de archivos, registros y bancos de datos. Control. Sanciones. Acción de protección de los datos personales. Sancionada: Octubre 4 de 2000. Promulgada Parcialmente: Octubre 30 de 2000.

¹³ Los atentados del 11 de septiembre de 2001 (comúnmente denominados como 9/11 en el mundo anglosajón y 11-S en España y Latinoamérica), fueron una serie de atentados suicidas que implicaron el secuestro de cuatro aviones de pasajeros por parte de 19 miembros de la red yihadista Al-Qaida.[1]

¹⁴ Escudo de los Estados Unidos. La Ley Patriótica, denominada en inglés USA PATRIOT Act, es un texto legal estadounidense promulgado el 26 de octubre de 2001. Fue aprobada por una abrumadora mayoría tanto por la cámara de representantes como por el senado estadounidense después de los atentados del 11 de septiembre de 2001. El objetivo de esta ley es ampliar la capacidad de control del Estado en aras de combatir el terrorismo, mejorando la capacidad de las distintas agencias de seguridad estadounidenses al coordinarlas y dotarlas de mayores poderes de vigilancia contra los delitos de terrorismo. Así mismo la ley también promulgó nuevos delitos y endureció las penas por delitos de terrorismo. La Ley Patriótica ha sido duramente criticada por diversos organismos y organizaciones de derechos humanos, debido a la restricción de libertades y garantías constitucionales que ha supuesto para los ciudadanos, tanto estadounidenses como extranjeros.

¹⁵ Ley 25.873 Modificase la Ley Nº 19.798, en relación con la responsabilidad de los prestadores respecto de la captación y derivación de comunicaciones para su observación remota por parte del Poder Judicial o Ministerio Público. Sancionada: Diciembre 17 de 2003. Promulgada de Hecho: Febrero 6 de 2004.

constitucionalidad de la ley 25.873. Sintéticamente, el actor inicia acción de amparo contra el Poder Ejecutivo Nacional con el objeto que se anulen por inconstitucional e ilegal la ley 25.873 que modifica la ley 19.789 respecto de la captación y derivación de comunicaciones para su observación remota y su decreto reglamentario 1563/04. En dicho fallo la Corte declaró la inconstitucionalidad de los arts.1 y 2 de la Ley N° 25.873, en cuanto ordena la captación y derivación de las comunicaciones que transmiten los prestadores de servicios de telecomunicaciones, para su observación remota a requerimiento del Poder Judicial o el Ministerio Público, en tanto omite cumplir con los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional al carecer de motivación, pues tratándose del cercenamiento a la protección de la correspondencia epistolar, la importancia del derecho conmina a la sanción de una norma singularmente fundada por el legislador. Afirma, que la peligrosa vaguedad de la norma y de muchas de sus previsiones crea un marco de riesgo cierto de que los datos sean indebidamente utilizados.^a

Que en este orden de ideas, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo federal, Sala II al confirmar el pronunciamiento de primera instancia que había hecho lugar al amparo interpuesto por Ernesto Halabi refirió que en relación al argumento que la ley en cuestión -25.873- se dirige al interés de la comunidad en su totalidad, y que, por ello deben prevalecer sobre los intereses meramente individuales o sectoriales, la Cámara destacó la significación que adquiere la protección del ámbito de privacidad en el marco de los estados de derecho. Dicho ámbito de privacidad señaló sólo puede ser invadido por el Estado “sobre la base de ponderadísimos juicios que sean capaces de demostrar que las restricciones conciernen a la subsistencia de la propia sociedad”, y la sola invocación de la finalidad de “combatir el delito” no basta para “convertir a todos los habitantes de la Nación en rehenes de un sistema inquisitivo en el que todas sus telecomunicaciones pueden ser captadas para su eventual observación remota”¹⁶.

El propio Decreto No. 357/05 del Gobierno Nacional argentino suspendiendo la vigencia de la normativa antes aludida en el fallo, explicitó la ausencia de suficiente fundamentación y estudio legislativo de sus consecuencias, y que no basta solamente con invocar los objetivos estatales de combatir el delito y servir al esquema de seguridad colectivo de la nación, mediante la utilización de modernas herramientas de captación y monitoreo de comunicaciones de las redes públicas y/o privadas de telecomunicaciones, cualquiera sea su naturaleza, origen o tecnología, y en tanto operen en el territorio nacional.

En este sentido el fallo del más alto Tribunal argentino, dejó asentada una línea de acción restrictiva a las facultades del Estado, ya que se asentó sobre la necesidad de que toda interceptación de comunicaciones sea excepcional, limitada en el tiempo, en la persona y autorizada por el juez. Además se señaló por las partes, que la ley al no limitar las escuchas a supuestos delictivos, estatuyó un verdadero prontuario, que colocaba a todos los habitantes bajo sospecha, ampliando de este modo arbitrariamente las facultadas de la Secretaría de Inteligencia del Estado.

Estas aproximaciones, en conclusión, no son más que reflexiones que pretenden mostrar cuánto de los adelantos tecnológicos también vienen a poner en cuestión los principios del garantismo penal, entremezclando los valores ambivalentes del mundo

¹⁶ Consid.3° de la disidencia parcial de los señores ministros doctores Enrique S.Petracchi y Carmen M.Argibay.-

globalizado frente a la intimidad como derecho humano, y sobre los cuales se hace entonces indispensable continuar repensando.