

Informe: **Interceptación legal de comunicaciones** Hacia un sistema respetuoso de los DDHH



Autora: **Carolina Martínez Elebi**

Asesoramiento General: **Enrique Chaparro**

Coordinación General de Proyecto: **Beatriz Busaniche**



Copyright **Fundación Vía Libre**. Esta obra está licenciada bajo la Licencia Creative Commons Atribución-CompartirIgual 2.5 de Argentina. Para ver una copia de esta licencia, visite <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/2.5/ar/> o envíe una carta a Creative Commons, PO Box 1866, Mountain View, CA 94042, USA.

Diseño: **Juan Pablo Suárez**



Fundación Vía Libre

ÍNDICE

Introducción	<u>2</u>
Conceptos de trabajo	<u>3</u>
Críticas al margo legal vigente	<u>4</u>
¿Qué debería tener en cuenta una ley que regule la interceptación de las comunicaciones?	<u>7</u>
¿Cómo debería realizarse las solicitud y ejecución de las interceptaciones en comunicaciones?.....	<u>10</u>
¿Cómo debería controlarse el organismo que realice las escuchas?	<u>12</u>
Conclusiones	<u>13</u>
Bibliografía	<u>15</u>

1. INTRODUCCIÓN

El permanente desarrollo y la masificación en el uso de las tecnologías de información y comunicación ha permitido que el ser humano cambie notablemente algunos aspectos de su vida y sus relaciones sociales. Los cambios tecnológicos impactan en su calidad de vida, alimentación, salud, educación, mercado y comunicación, entre otros. Sin embargo, la penetración de estas tecnologías ha llevado también al despliegue de una serie de herramientas que ha facilitado cada vez más la vigilancia tanto estatal como privada de las comunicaciones, lo que ha sido acompañado en particular en el último tramo del siglo XX por un discurso de lucha contra el terrorismo, el narcotráfico y otros delitos complejos, es decir, avalado por lo que se denomina comúnmente como la doctrina de la “seguridad”.

La vigilancia estatal no siempre es ilegal, en muchos casos está regulada por normas específicas que las avalan y legitiman; sin embargo, la implementación de estas regulaciones así como el control de quienes llevan adelante esta vigilancia no siempre es transparente. En ocasiones, incluso, sus tareas están amparadas por la doctrina del secreto y por tanto no se ajustan a los estándares internacionales de Derechos Humanos. Como resultado, se ponen en riesgo principios fundamentales como el derecho a la intimidad que “es esencial a la dignidad humana y refuerza otros derechos, tales como la libertad de expresión y de información, y la libertad de asociación”¹.

En Argentina, el sistema de interceptación y captación de las comunicaciones ha estado bajo la mirada atenta de la sociedad y de las políticas gubernamentales de los últimos años. En 2015, durante el proceso que llevó a la sanción de la nueva Ley de Inteligencia Nacional que creó la Agencia Federal de Inteligencia (AFI), se hizo público que entre 2013 y 2015 las interceptaciones de comunicaciones fueron de “aproximadamente ocho veces más que las ordenadas en todo el sistema judicial de los Estados Unidos”, y, a pesar de no tener un indicador de la eficiencia de esas intervenciones, “su número sugiere que el sistema de administración de justicia abusa de las violaciones de la privacidad como medida investigativa”². Las escuchas de las comunicaciones no solo afectan a las personas sospechosas de algún delito sino a otras personas no involucradas directamente con las investigaciones que participan de algunas de esas comunicaciones.

El objetivo del presente trabajo es dar cuenta de los aspectos fundamentales que deben considerarse al momento de establecer un marco jurídico para la interceptación de las comunicaciones en un sistema democrático que respete las normas y estándares internacionales de Derechos Humanos. Desde Fundación Vía Libre consideramos que “este marco debe contemplar mecanismos transparentes de información pública, que además den cuenta de la eficacia en el logro de resultados concretos de estas restricciones del derecho fundamental a la privacidad”³.

1 VV.AA. (2014) *Necesarios y proporcionados. Principios internacionales sobre la aplicación de los derechos humanos a la vigilancia de las comunicaciones*. Publicado el 10/05/2014. Disponible en: <https://necessaryandproportionate.org/es/necesarios-proporcionados> (visitado el 20/10/2017).

2 Fundación Vía Libre (FVL). *Inteligencia nacional: ¿reforma o maquillaje?* Publicado el 3/03/2015. Disponible en: <https://www.vialibre.org.ar/2015/03/03/inteligencia-nacional-reforma-o-maquillaje/> (visitado el 26/01/2018).

¿Por qué este tema nos preocupa? A lo largo de todo el año 2018, diversas iniciativas legislativas tanto a nivel federal como en distritos clave como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se trataron regulaciones vinculadas con la interceptación de comunicaciones de la ciudadanía en el marco de investigaciones judiciales de diferente tipo. Por ejemplo, el Senado de la Nación puso en agenda un proyecto de ley para regular las escuchas. La iniciativa, que es autoría del senador Rodolfo Urtubey y cuenta con aval del oficialismo nucleado en el bloque denominado Cambiemos, lejos de resolver los problemas y los vacíos legales existentes, los profundiza y agrava⁴⁵. Lo que se desprende del texto de ese proyecto no resuelve el problema principal que motivó su elaboración: la filtración ilegal de escuchas no se previene ni se controla con esta iniciativa, ya que no se pone en ejecución un protocolo de cadena de custodia para las interceptaciones sino que sólo se declaman una serie de principios y objetivos. Además, no establece un verdadero sistema de control, ya que mantiene los problemas actuales de falta de control interno y limitaciones de la Bicameral de Fiscalización de los Organismos y Actividades de Inteligencia del Congreso. Algo grave es que convalida por ley que la Dirección de Asistencia Judicial en Delitos Complejos y Crimen Organizado del Poder Judicial de la Nación (DAJUDECO), bajo dependencia de la Corte Suprema de Justicia, sea el órgano encargado de las interceptaciones (tanto de inteligencia como de investigación criminal) sin atender a los problemas de jurisdicción y de integración en el sistema de inteligencia.

En el presente trabajo, además de enumerar una serie de críticas al marco legal vigente, proponemos cambios a la regulación actual que indiquen una manera más segura de solicitar y ejecutar las interceptaciones a las comunicaciones, cumpliendo con principios de privacidad, y proponemos pasos a seguir para el ejercicio del control sobre el organismo que esté a cargo de las interceptaciones.

2. CONCEPTOS DE TRABAJO

Para empezar, enumeramos una serie de conceptos para aportar claridad a un tema que suele ser complejo y puede resultar confuso si no se definen algunas de las palabras claves.

- 3 Ídem.
- 4 Ver Comunicado de la ICCSI del 13 de abril: "Escuchas: La ICCSI pide al Senado de la Nación que no de tratamiento exprés y abra el debate por la reforma de la ley a la participación de la ciudadanía" (disponible en: <http://www.iccsi.com.ar/escuchas-la-iccsi-pide-al-senado-de-la-nacion-que-no-de-tratamiento-express-y-abra-el-debate-por-la-reforma-de-la-ley-a-la-participacion-de-la-ciudadania/>) y del 17 de mayo: "Escuchas: El proyecto de ley del peronismo que tiene el apoyo del PRO consolidará el descontrol" (disponible en: <http://www.iccsi.com.ar/escuchas-el-proyecto-de-ley-del-peronismo-que-tiene-el-apoyo-del-pro-consolidara-el-descontrol/>). Ambos sitios visitados el 21/05/2018).
- 5 Además, durante la elaboración de este informe, la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires estaba debatiendo la reforma del Código Procesal Penal -expediente 1790-J-2018- que introduce "medidas especiales de investigación" que, de aprobarse, implicarían afectaciones muy negativas a la privacidad y la intimidad. Una de las técnicas propuestas busca autorizar el ingreso remoto a dispositivos como celulares y computadoras. El acceso remoto es una amenaza grave a la intimidad, ya que puede conducir a la vigilancia en tiempo real a través de la cámara, el micrófono o el GPS, de manera encubierta.

Captación, interceptación o intervención de las comunicaciones: No hay una definición canónica de estos conceptos. En inglés se habla habitualmente de ‘*wiretap*’ por analogía a las pinchaduras realizadas con pinzas en el cableado de comunicaciones. En líneas generales, hablamos de captación, interceptación o intervención de las comunicaciones a cuando se produce una escucha para registrar el contenido de la comunicación, los datos asociados a la misma sin que se produzca alteración de la misma. El término ‘captación’ es el más preciso para esta definición ya que es más abarcativo que la mera ‘escucha’ –que refiere exclusivamente a las comunicaciones de voz-. También se habla de intervención de las comunicaciones ya que este procedimiento es indispensable para cualquier tipo de escucha y captación. Hablamos de interceptación cuando la acción tiende a la modificación del contenido, típicamente en un acto de bloqueo antes de que llegue a su destino. Si bien no hay acuerdo taxonómico sobre estas definiciones, las mismas serán utilizadas de esta forma a lo largo de todo este trabajo.

Información asociada a la comunicación: Es el paquete de datos que acompaña a la conversación intervenida. Estos pueden dividirse según “datos asociados a la comunicación; datos autónomos verificados con ocasión de la apertura de las comunicaciones; datos personales externos o de tráfico que hacen referencia a una comunicación concreta y contribuyen a develar todo o parte del secreto de lo comunicado; datos o circunstancias personales referentes a la intimidad de una persona que son autónomos o desconectados de cualquier comunicación, protegidos por el derecho a la protección de los datos personales”⁶.

Presunción de privacidad: La privacidad absoluta no existe. Sin embargo, existe un concepto de presunción razonable de privacidad que alcanza de forma diferente las prácticas de la vida íntima y de la vida social. En esas variaciones podemos afirmar que la correspondencia en papel y electrónica, las conversaciones telefónicas y las conversaciones en el seno del hogar gozan de la más alta presunción de privacidad. Esas comunicaciones son claramente de la esfera íntima y la violación de esas instancias por parte del poder estatal debe estar justificada y mediada por una orden judicial. Diferente es el caso de la circulación en la vía pública. Si bien el concepto de privacidad se extiende aún a la vida pública, los márgenes razonables para protegerla son mucho más laxos que cuando se trata de la esfera privada. En este marco, consideramos con el fallo *Hablabi* (CSJN, 2008) que además del contenido de la comunicación, todos los datos asociados a la misma son objeto de protección, esos datos solo pueden ser usados para el propósito efectivo específico para el que han sido captados, para establecer la comunicación.

3. CRÍTICAS AL MARGO LEGAL VIGENTE

En la actualidad, el marco legal que regula el sistema de interceptación de las comunicaciones está compuesto por la ley 25.520 de Inteligencia Nacional; la ley 27.126 de creación de la Agencia Federal de Inteligencia (y de modificación de la 25.520); el Decreto 1311/15 (Nueva Doctrina de Inteligencia Nacional, parcialmente vigente); el Decreto 256/15 de transferencia del Departa-

6 ZOCO ZABALA, C. (2010). “Interceptación de las comunicaciones electrónicas. Concordancias y discordancias de SITEL con el artículo 18.3 CE” en *InDret, Revista para el análisis del derecho*. Publicado en octubre de 2010. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1738231> (visitado el 15/07/2018).

mento de Interceptación y Captación de las Comunicaciones a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN); y el Decreto 656/16 (Estatuto del Personal de la Agencia Federal de Inteligencia).

Es importante destacar la importancia del artículo 5 de la Ley de Inteligencia Nacional en el que se prohíbe expresamente la intervención telefónica, postal o de cualquier medio de transmisión de datos, salvo que exista una autorización por parte de la autoridad judicial correspondiente. En el caso de que se avanzara en la sanción de una nueva ley, consideramos que esta prohibición debe mantenerse pero, además, esa orden judicial debe estar basada en un pedido fundado y en el marco de una causa judicial.

Una crítica fundamental a la Ley de Inteligencia Nacional es que la ex Dirección de Observaciones Judiciales (exDOJ), actual Dirección de Asistencia Judicial en Delitos Complejos y Crimen Organizado (DAJuDeCO), es nombrada como el único órgano con facultad para intervenir en interceptaciones de comunicaciones dispuestas por el Poder Judicial, lo que implica un poder del que carecía hasta la sanción de la ley 25.520 en 2001 y que fue profundizado a partir del Decreto 256/15, debido a que la DAJuDeCO ahora depende directamente de la CSJN.

Con respecto al traspaso realizado a través de un Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU), la Iniciativa Ciudadana para el Control del Sistema de Inteligencia (ICCSI) emitió un comunicado en el que, por un lado, se cuestiona la necesidad y la urgencia “para transferir el área de interceptación de las comunicaciones al ámbito de la CSJN” y, por el otro, se asegura que mientras este órgano dependió del Ministerio Público Fiscal esa tarea estuvo, por primera vez en mucho tiempo, “administrada por personal civil que no goza del amparo del ‘secreto’”⁷. Por último, la iniciativa cuestiona la legalidad de la medida, sobre lo que argumentaron que “el Poder Ejecutivo Nacional no puede modificar las atribuciones a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuyas competencias están dadas por la Constitución Nacional y se ciñen a la función jurisdiccional”⁸.

Para dar cumplimiento a lo dispuesto por el Decreto 256/15, la Corte Suprema, mediante la Acordada 2/2016, creó la Dirección de Captación de Comunicaciones (DCC) –que actualmente es la DAJuDeCO⁹– del Poder Judicial de la Nación que pasó a reemplazar a la DICOM, sobre lo que la Asociación por los Derechos Civiles publicó algunas reflexiones en torno a la necesidad de garantizar el debido proceso: “Al momento de establecer el objetivo del nuevo organismo, la Acordada indica que su función es ‘dar trámite al cumplimiento de las medidas referentes a la interceptación o captación de comunicaciones privadas de cualquier tipo, que fueran **requeridas**’¹⁰ por los magistrados judiciales y los del Ministerio Público Fiscal’. El requerimiento constituye un

7 Iniciativa Ciudadana para el Control del Sistema de Inteligencia (ICCSI). *¿Nuevo traspaso de las escuchas telefónicas? Ni urgente, ni razonable, ni legal*. Publicado el 24 de diciembre de 2015. Disponible en: <http://www.iccsi.com.ar/nuevo-traspaso-de-las-escuchas-telefonicas-ni-urgente-ni-razonable-ni-legal/> (visitado el 5/11/2018).

8 Ídem.

9 Creada a través del Decreto 102/17 que modificó nuevamente la estructura de la oficina a cargo de las escuchas judiciales. Esta oficina se dedica a realizar investigaciones criminales a pedido de los jueces y políticas de intervención en fenómenos criminales complejos como la detección de patrones, técnicas de análisis criminal o medidas de investigación vinculadas a la georreferenciación e identificación de titulares a partir de la interceptación de las comunicaciones.

10 El resaltado pertenece al texto original.

acto procesal propio de los fiscales. Por lo tanto, la ambigua redacción de la frase podría dar lugar a la interpretación de que el Ministerio Público Fiscal tiene la potestad de solicitar directamente a la DCC la intervención de una determinada comunicación, sin la necesidad de obtener una orden judicial previa”¹¹.

Juan Manuel Ugarte, en su análisis sobre la Ley de Inteligencia Nacional de 2001 ya se había pronunciado con respecto a la función que cumplía en ese entonces la DOJ. Sobre esto, consideró que parecía “evidente la conveniencia en el sentido de asignar tal función a otro organismo, fundamentalmente a una Dirección de Observaciones Judiciales a crearse bajo la dependencia de la Cámara Federal en lo Penal, o, como ha sido propuesto, e incluso parece más adecuado, de la Procuración General de la Nación” (s/f).

A comienzos de 2017, a través del Decreto 102/17, se modificó nuevamente la estructura de la oficina a cargo de las escuchas judiciales: “La Corte Suprema de Justicia de la Nación dictará el reglamento de la Dirección de Asistencia Judicial en Delitos Complejos y Crimen Organizado –Oficina de Captación de Comunicaciones– del Poder Judicial de la Nación; dicho organismo estará a cargo de dos jueces penales con rango de Juez de Cámara”.

Como afirman desde la Iniciativa Ciudadana para el Control del Sistema de Inteligencia (ICCSI): “Históricamente, el tráfico de escuchas ilegales es uno de los productos más redituables. La reforma de la Ley de inteligencia (25.520) en 2015 quiso revertir este escenario transfiriendo el monopolio de interceptación de las comunicaciones (la facultad de intervenir teléfonos u otros medios) desde la ex SIDE al Ministerio Público Fiscal (MPF). Sin embargo, desde 2016, ese proceso no sólo se revirtió sino que derivó en una situación institucional más delicada.”¹²

Además, “que la Corte sostenga una estructura de inteligencia¹³ en su propio ámbito alimenta vicios naturalizados que tienen derivaciones muy negativas para la transparencia y legalidad de las investigaciones judiciales y para su legitimidad. El trabajo judicial con áreas de inteligencia implica un riesgo mayor de tergiversación de las reglas procesales y una capacidad menor de control para las partes y de rendición de cuentas en general”, explican desde ICCSI.

Es importante destacar que es indispensable la modificación del esquema de control que existe en la actualidad por uno más eficaz. Para eso, debe haber un compromiso por parte del sistema político. La Comisión Bicameral que está a cargo de controlar que las “escuchas de inteligencia” se adecuen a los parámetros legales vigentes no tiene competencia para controlar las “escuchas

11 Asociación por los Derechos Civiles (ADC). Reflexiones sobre la creación de la Dirección de Captación de Comunicaciones. Publicado el 19 de febrero de 2016. Disponible en: <https://adcdigital.org.ar/2016/02/19/reflexiones-sobre-la-creacion-de-la-direccion-de-captacion-de-comunicaciones/> (visitado el 2/12/2017).

12 Ver Comunicado de la ICCSI del 5 de abril de 2018: “Escuchas: la Corte Suprema en el centro de la crisis del sistema de inteligencia” (disponible en: <http://www.iccsi.com.ar/escuchas-la-corte-suprema-en-el-centro-de-la-tesis-del-sistema-de-inteligencia/>) (visitado el 3/05/2018).

13 El periodista de La Nación, Carlos Pagni, definió a la DAJuDeCO como “una central de inteligencia que depende de la Corte” (ver “La gran crisis de la justicia argentina”, publicada el 26 de marzo de 2018 y disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/2120532-la-gran-tesis-de-la-justicia-argentina>. Visitado el 10/04/2018).

judiciales” que se realizan en el marco de investigaciones criminales. Es decir que a este tipo de escuchas no se las controla.

Como se dijo anteriormente, el Senado de la Nación tiene en agenda la aprobación de un proyecto de ley para regular las escuchas que lejos de resolver los problemas y los vacíos legales existentes, los profundiza y agrava¹⁴¹⁵. Lo que se desprende del actual texto del proyecto no resuelve el problema principal que motivó su elaboración: la filtración ilegal de escuchas no se previene ni se controla con esta iniciativa.

4. ¿QUÉ DEBERÍA TENER EN CUENTA UNA LEY QUE REGULE LA INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES?

En principio, la legislación debe estar circunscripta al ámbito de las comunicaciones remotas. Es decir, lo que se debe regular es la intervención de las comunicaciones que se capturen a través de dispositivos técnicos porque quien registra la comunicación no está cerca ni participa de la misma. Entonces, todo registro no directamente perceptible por el registrado debería justificarse en un proceso y contar con una orden judicial.

Es importante destacar que una “escucha” –como es comúnmente llamada la interceptación de las comunicaciones en el ámbito político y en los medios de comunicación– es una intervención en la esfera privada que, en términos de invasión del espacio privado, es más gravosa que un allanamiento de domicilio. ¿Por qué? Primero, porque cuando se realiza un allanamiento, se presenta una orden y la persona toma conocimiento de que van a ingresar a su domicilio. En cambio, cuando van a intervenir las comunicaciones, no existe tal aviso. En segundo lugar, el nivel de afectación a terceros es mucho más alto en el caso de las escuchas, ya que, además de las comunicaciones de la persona que está siendo investigada, se intervienen parcialmente las comunicaciones de todas aquellas personas con las que se comunica.

Es por este motivo que debería realizarse una definición más precisa de las garantías respecto a las acciones privadas y a las comunicaciones, ya que, aunque se produzcan en las redes públicas, pertenecen al ámbito privado. El artículo 19 de la Constitución Nacional consagra el principio de la privacidad de las personas, por lo que las acciones privadas de las personas no son materia de incumbencia del Estado, y esto incluye no solo la correspondencia personal, sino cualquier otro

14 Ver Comunicado de la ICCSI del 13 de abril: “Escuchas: La ICCSI pide al Senado de la Nación que no de tratamiento exprés y abra el debate por la reforma de la ley a la participación de la ciudadanía” (disponible en: <http://www.iccsi.com.ar/escuchas-la-iccsi-pide-al-senado-de-la-nacion-que-no-de-tratamiento-express-y-abra-el-debate-por-la-reforma-de-la-ley-a-la-participacion-de-la-ciudadania/>) y del 17 de mayo: “Escuchas: El proyecto de ley del peronismo que tiene el apoyo del PRO consolidará el descontrol” (disponible en: <http://www.iccsi.com.ar/escuchas-el-proyecto-de-ley-del-peronismo-que-tiene-el-apoyo-del-pro-consolidara-el-descontrol/>). Ambos sitios visitados el 21/05/2018).

15 Además, durante la elaboración de este informe, la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires estaba debatiendo la reforma del Código Procesal Penal -expediente 1790-J-2018- que introduce “medidas especiales de investigación” que, de aprobarse, implicarían afectaciones muy negativas a la privacidad y la intimidad. Una de las técnicas propuestas busca autorizar el ingreso remoto a dispositivos como celulares y computadoras. El acceso remoto es una amenaza grave a la intimidad, ya que puede conducir a la vigilancia en tiempo real a través de la cámara, el micrófono o el GPS, de manera encubierta.

método de comunicación utilizado. Por lo tanto, una ley que consagre el alcance de esta protección constitucional debe ser lo suficientemente comprehensiva como para alcanzar todas las prácticas que hacen a la intimidad de una persona, incluyendo los nuevos medios de comunicación social, las redes públicas y privadas, el domicilio, los archivos digitales y toda otra información disponible que pueda poner en riesgo la vida íntima de una persona.

Es importante y necesario tener un marco particularmente amplio. Esto significa que se debe ir **desde el principio general de que las comunicaciones no son interceptables hacia las excepciones: toda interceptación de comunicaciones debe ser, necesariamente, una interceptación regulada y excepcional**. Además, hay una serie de comunicaciones privilegiadas que gozan de exclusiva protección de la ley: los diplomáticos extranjeros, porque gozan de inmunidad; las comunicaciones producto de relaciones médico-paciente; abogado-cliente; de las relaciones entre los feligreses de determinada religión y sus creyentes -esto es secreto de culto-; y, finalmente, deben preservarse a salvo las fuentes periodísticas.

La protección de la privacidad de las personas debe incluir la protección del contenido de las comunicaciones y los datos asociados o metadatos. ¿Quién se comunica, cómo, dónde, cuándo, durante qué período? Toda intervención sobre el objeto protegido debería ser objeto de una excepción legal clara, acotada y restrictiva, debidamente justificada por ley y ser proporcional al objetivo que persigue. De lo contrario, si no está en el marco de lo que está excepcionalmente legalizado, debe ser tipificado como un delito.

Vale mencionar explícitamente, para no dejar margen a dudas, que la privacidad y el derecho a la intimidad son **derechos humanos**, y como tales, solo son atribuibles a las personas y comunidades de personas, jamás a las personas jurídicas ni empresas. Las corporaciones, las oficinas estatales y toda otra persona jurídica carece de las protecciones que los derechos humanos otorgan a las personas.

En 2014, diversas organizaciones de la sociedad civil que defienden derechos humanos y activistas de todo el mundo se unieron para trabajar en la redacción de una serie de principios que debían ser considerados al momento de regular la vigilancia de las comunicaciones respetando las normas y estándares internacionales de derechos humanos. Estos fueron publicados bajo el nombre de Principios Internacionales de Derechos Humanos sobre Vigilancia de las Comunicaciones¹⁶ y se encuentran disponibles en internet para su consulta. De la lista de trece principios¹⁷, los tres fundamentales son el de legalidad, el de necesidad, y el de proporcionalidad. En el presente informe, sumamos a estos factores el de “*minimización de los efectos colaterales*”, que no se encuentra en el listado.

16 VV.AA. (2014) *Necesarios y proporcionados. Principios internacionales sobre la aplicación de los derechos humanos a la vigilancia de las comunicaciones*. Publicado el 10/05/2014. Disponible en: <https://necessaryandproportionate.org/es/necesarios-proporcionados> (visitado el 20/10/2017).

17 Los trece principios son: legalidad, objetivo legítimo, necesidad, idoneidad, proporcionalidad, autoridad judicial competente, debido proceso, notificación del usuario, transparencia, supervisión pública, integridad de las comunicaciones y sistemas, garantías para la cooperación internacional, y garantías contra el acceso ilegítimo y derecho a recurso efectivo.

a. Principio de legalidad

Este principio indica que “cualquier limitación a los derechos humanos debe ser prevista siempre por ley. El Estado no debe adoptar o implementar una medida que interfiera con los derechos a la privacidad en ausencia de una ley públicamente disponible, que cumpla con un estándar de claridad y precisión suficientes para asegurar que las personas la conozcan por adelantado y puedan prever su aplicación. Dado el ritmo de los cambios tecnológicos, las leyes que limitan el derecho a la privacidad deben ser objeto de revisión periódica por medio de un proceso legislativo o reglamentario de carácter participativo”¹⁸.

b. Principio de necesidad

Este principio plantea que las “leyes de vigilancia, reglamentos, actividades, poderes o autoridades deben limitarse a lo que es estricta y evidentemente necesario para alcanzar un objetivo legítimo. La Vigilancia de las Comunicaciones sólo debe llevarse a cabo cuando es el único medio para alcanzar un objetivo legítimo, o bien cuando habiendo varios medios sea el menos propenso a vulnerar los derechos humanos. La carga de establecer esta justificación, tanto en los procesos judiciales como en los legislativos, recae en el Estado”¹⁹.

c. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad establece que “la Vigilancia de las Comunicaciones debería ser considerada como un acto altamente intrusivo que interfiere con los derechos humanos, amenazando los cimientos de una sociedad democrática. Las decisiones sobre la Vigilancia de las Comunicaciones deben considerar la sensibilidad de la información accesible y la gravedad de la infracción sobre los derechos humanos y otros intereses en competencia.

Esto requiere que un Estado, como mínimo, debe demostrar lo siguiente —a una autoridad judicial competente— antes de la realización de la Vigilancia de las Comunicaciones para los fines de hacer cumplir la ley, la protección de la seguridad nacional, o la recolección de inteligencia:

1. Existe un alto grado de probabilidad de que un delito grave o una amenaza específica para un fin legítimo ha sido o será llevado a cabo, y;
2. Existe un alto grado de probabilidad de que las evidencias pertinentes y materiales de un delito tan grave o amenaza específica para un fin legítimo se conseguirían mediante el acceso solicitado a la Información Protegida, y;
3. Otras técnicas de investigación que son menos invasivas ya han sido agotadas o serían inútiles, de modo que la técnica usada sería la menos invasiva en la práctica, y;
4. La información a la que se accederá estará limitada a lo relevante y material para el serio crimen o la amenaza específica al fin legítimo alegado, y;

18 lb.

19 lb.

5. Cualquier información excedente no será retenida, siendo en su lugar destruida o devuelta con prontitud, y;
6. La información será accesible solo a la autoridad específica y usada solamente para los propósitos y durante los lapsos para los cuales se otorgó autorización, y;
7. Que las actividades de vigilancia solicitadas y técnicas propuestas no menoscaben la esencia del derecho a la privacidad o de las libertades fundamentales.”

Para cumplir con este principio es clave debatir en la instancia de regulación, ¿cuál es la relación entre el beneficio de obtener la información mediante la interceptación y el daño que potencialmente produce? Por ejemplo, la ley australiana en la materia es taxativa en cuanto a qué tipo de delitos justifican una intervención y lo especifica al limitar el uso de este instrumento de investigación a delitos considerados graves.

d. Principio de minimización de daños – en particular a terceros -

Este principio se refiere específicamente a que el caudal de información que se colecta sea el mínimo necesario y que, de toda la información recolectada, la que no sea de utilidad para el caso sea removida rápidamente –minimizada-. El archivo de información no vinculada a la investigación supone riesgos para la privacidad de las personas involucradas en la comunicación y no necesariamente vinculadas a la causa bajo investigación.

Cuando ese contenido no se destruye y no se elimina de manera apropiada se corren numerosos riesgos, como puede ser la filtración del contenido a terceros y su divulgación pública –especialmente cuando involucra a figuras públicas o trata sobre temas de atención masiva-. En la actualidad, uno de los problemas más graves es la filtración a los medios de comunicación y esto radica en que no hay debida custodia ni trazabilidad de los registros.

Es difícil trazar una metodología para la minimización de daños a terceros, por lo que se debe prestar especial cuidado y atención a la hora de realizar esa distinción. En principio, se debe eliminar todo aquello que está protegido, en particular si hay personas menores de edad involucradas en las comunicaciones. Siempre se debe hacer con criterio apropiado para no eliminar elementos que puedan contribuir a la investigación y a primera vista no parezcan relacionados con el objeto de la misma. Más allá de las dificultades que emergen de este principio, es fundamental tener en cuenta que debe haber destrucción regular de registros que no contribuyen a ninguna investigación y que por lo tanto, carecen de sentido para el archivo.

5. ¿CÓMO DEBE SER EL PROCESO DE SOLICITUD Y EJECUCIÓN DE LAS INTERCEPCIONES DE LAS COMUNICACIONES?

En principio, debe hacerse una distinción entre las interceptaciones que tienen por objeto la **investigación criminal** y las que son **acciones de inteligencia**, que son –o deberían ser– preventivas. Entonces, respecto a las interceptaciones producto de una investigación criminal, estas deben ser solicitadas por un fiscal, y por el Ministerio Público Fiscal como impulsor del proceso, a

un juez y ese juez es quien debe dar la orden de interceptación a la o las empresas de comunicaciones. Esa orden judicial debe estar basada en un pedido fundado y en el marco de una causa que lo justifique.

Por otro lado, en el caso de las investigaciones de inteligencia donde todavía no hay una investigación criminal en proceso, lo que debería diseñarse y regularse en una nueva ley es un mecanismo por el cual el órgano de inteligencia correspondiente hace la solicitud de una intervención a un juez con un mecanismo que implique documentar una causa probable.

En el sistema penal en Argentina, la acción de investigación está en cabeza del Ministerio Público Fiscal. El juez debe controlar la legalidad de las acciones del cuerpo de investigadores y autorizar o no la interceptación solicitada por quien impulsa el proceso. Actualmente, la orden judicial llega a la DAJuDeCO que recibe todo el flujo de solicitudes de interceptación, las clasifica, ordena y las envía a los requirentes. El sujeto obligado por la orden de interceptación es la empresa de telefonía proveedora del servicio sobre el cual se realiza la investigación. Como explica Zoco Zabala, “el proceso de ejecución comienza con la recepción de la orden de interceptación por parte de las operadoras. Una vez recibida dicha orden tienen que transmitir la información a los centros de recepción de las interceptaciones, por medio de interfaces que son las localizaciones físicas o lógicas dentro de las instalaciones de los operadores en las que se proporcionan las comunicaciones electrónicas interceptadas y la información relativa a la interceptación”²⁰.

Para lograr un proceso eficaz, eficiente y transparente, **no debería haber intermediación operativa** entre quien da la orden y quien la ejecuta. La orden debería darla directamente un juez a la empresa de comunicaciones que deba ejecutarla, y esta debe responder directamente al juez que hizo el pedido o, en su defecto, al fiscal. En este sentido, la oficina de interceptación de comunicaciones (actual DAJuDeCO) aparece como un intermediario no indispensable. Su existencia no tiene justificación salvo para aquellas acciones que necesitan intervención en tiempo real, como puede ser el caso de un secuestro extorsivo en curso – con el inmediato riesgo de vida para la persona cautiva–.

Lo que implica un seguimiento debería ser reportado directamente a los jueces o fiscales a cargo de la investigación. Teniendo en cuenta este sistema, si se eliminara la intermediación de la DAJuDeCO, la empresa registraría la comunicación y la enviaría al juzgado, bajo estrictas condiciones de privacidad en cadena de custodia controlada. Un modelo que permitiría garantizar mayor control sería uno en que el juez enviara una copia de la orden de escucha que le envía al proveedor de comunicaciones al órgano de control.

El siguiente paso, una vez que la interceptación legal está hecha, debería ser el análisis **y minimización** de determinadas comunicaciones. Por un lado, para garantizar la protección del espacio de intimidad de las personas involucradas que no estén ligadas a la causa; por otro lado, para evitar el potencial abuso de esas intervenciones que tiene que ver con extorsión y publicidad de información, que pueden afectar el honor, la honra o la dignidad de una persona involucrada en

20 ZOCO ZABALA, C. (2010). “Interceptación de las comunicaciones electrónicas. Concordancias y discordancias de SITEL con el artículo 18.3 CE” en *InDret, Revista para el análisis del derecho*. Publicado en octubre de 2010. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1738231> (visitado el 15/07/2018).

la investigación aún cuando sea el propio investigado. Actualmente, este trabajo de analizar y minimizar no se realiza en ningún momento del proceso.

a. ¿CÓMO DEBERÍAN REGULARSE LAS INTERCEPTACIONES EN COMUNICACIONES A TRAVÉS DE INTERNET?

Empecemos por un ejemplo sobre los metadatos de las comunicaciones. Por un lado, la jurisprudencia de los Estados Unidos considera que no existe una expectativa razonable de privacidad sobre los metadatos, porque el usuario tiene que comunicarle al proveedor de comunicaciones con quién quiere hablar para que el proveedor lo comunique. Entonces, no puede esperar que la comunicación sea privada. Sí que el contenido sea privado, pero no el enlace de la comunicación. En cambio, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina considera lo contrario en El fallo Halabi²¹ con Poder Ejecutivo Nacional. Este fallo es fundamental en la jurisprudencia argentina por dos razones: una, porque considera que si existe expectativa de privacidad en relación a los metadatos de las comunicaciones ; y la otra, porque es una acción de clase, es decir, una acción que alguien hace en nombre de una clase. Halabi no es un afectado, es un potencial afectado.

Cuando se trata de una interceptación de comunicaciones realizadas a través de internet, cabe el mismo sistema de garantías vigente, es decir, deben ser realizadas con orden judicial. En este caso, hay información que puede ser suministrada por el proveedor de conectividad a internet (el ISP) o por el proveedor del servicio específico de comunicaciones que se utiliza (Puede ser Facebook, Google, etc). La información solicitada puede ser exclusivamente la información de contacto, los metadatos, información sobre la titularidad de una cuenta, un número de línea, la fecha de la comunicación, la hora, el destino, entre otros. También es posible solicitar la información de geolocalización, el eventual desplazamiento del usuario de la línea.

Más complejo es solicitar el contenido de las comunicaciones si las mismas no se han registrado en tiempo real como una llamada de voz. En este sentido aparecen otras dificultades, ya sea la necesidad de obligar a la empresa proveedora del servicio a brindar la información solicitada, así como la dificultad de lograr este objetivo cuando el contenido de la comunicación está cifrado de origen a destino y por lo tanto, la propia empresa proveedora del servicio carece de la capacidad de capturar el contenido de la misma.

6. ¿CÓMO DEBERÍA CONTROLARSE AL ORGANISMO QUE REALIZA LAS ESCUCHAS?

Es indispensable la creación y mantenimiento de un órgano de control para monitorear el funcionamiento de las interceptaciones de comunicaciones, ya que se trata de una medida que pone en suspenso un derecho constitucional como es la intimidad de las personas. En ese sentido, es aconsejable que el órgano lleve un estricto control *ex-post* –es decir, que funcione a *posteriori* de las acciones de interceptación– para que audite la ejecución y publique los resultados de las mismas.

²¹ El fallo puede consultarse en <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-halabi-ernesto-pen-ley-25783-dto-1563-04-amparo-ley-16986-fa09000006-2009-02-24/123456789-600-0009-0ots-eupmocsollaf> (visitado el 27/6/2018).

De ninguna manera es necesario que esos resultados reflejen el contenido de las interceptaciones ni la identidad de las personas involucradas, sino una síntesis de los logros obtenidos mediante las mismas, entre ellas, cantidad de interceptaciones realizadas, en relación a cuántas causas judiciales, sobre qué tipo de delitos y con cuántos resultados en términos de investigación, procesamiento y sentencias judiciales. Es decir, evaluar resultados. ¿Cuántos delitos fueron efectivamente esclarecidos mediante la utilización de este mecanismo de investigación? Es fundamental contar con este tipo de información para una evaluación regular de los procesos.

El órgano de control podría crearse bajo la órbita del comisionado de control, de la Corte Suprema de Justicia, del Ministerio Público Fiscal, de la Auditoría General de la Nación, o algún otro organismo que pueda ejercer el control del accionar de la oficina de escuchas y goce de autonomía funcional en relación a las instituciones y personas a las que debe controlar.

La tarea central que se debe atribuir a este organismo es la de controlar si se cumplen o no las pautas que deben seguirse para realizar las escuchas y, en caso de que sucediera algo extraordinario, hacerlo público. Este organismo de control debería tener ciertas atribuciones legales para solicitar información a los proveedores de comunicaciones. Además, cada uno de los juzgados debería enviar un informe trimestral o anual sobre las interceptaciones y captaciones que ordenó.

En el caso de que hubiera alguna irregularidad, el responsable directo de la misma sería el juez. La manera en que el órgano de control lo haría responsable puede ser a través de la publicación de un informe en el que esté registrado qué ordenó cada juez, pedido por pedido, sin incluir quiénes son los interceptados, pero con la información sobre cuál es el objetivo de la escucha y el delito que se investiga.

Además, debería hacerse pública cierta información que permita identificar si se justifica debidamente la realización de las interceptaciones. Por ejemplo, ¿cuántas interceptaciones se realizaron?, ¿cuántos imputados resultaron de la interceptación que se realizó para determinada causa? Con esa información pública, probablemente los jueces tomen más recaudos antes de firmar una orden de interceptación.

Es importante mencionar que este órgano de control no debería necesariamente reemplazar a la Bicameral de Control y Seguimiento de los Organismos de Inteligencia, a cargo del control actual de las escuchas. Este órgano radicado en el Congreso Nacional debe cumplir su función con responsabilidad y dedicación y estar atento a cualquier irregularidad que pudiera surgir del monitoreo del órgano de control específico.

7. CONCLUSIONES

A partir de lo expuesto en el presente informe, puede concluirse que, en principio, es necesario diseñar un marco regulatorio para la interceptación de las comunicaciones de tal manera que respete las normas y estándares internacionales de Derechos Humanos. Este marco debe contemplar mecanismos transparentes de información pública, que además den cuenta de la efica-

cia en el logro de resultados concretos de estas restricciones del derecho fundamental a la privacidad.

Uno de los objetivos de esta regulación es poner límites al abuso de las violaciones de la privacidad como medida investigativa por parte del sistema de administración de justicia. Es importante recordar que la privacidad y el derecho a la intimidad son derechos humanos, y como tales, solo son atribuibles a las personas y comunidades de personas, jamás a las personas jurídicas ni empresas. Para cumplir con esto, toda interceptación de comunicaciones debe ser, necesariamente, una interceptación regulada. Todo registro no directamente perceptible por el registrado debería justificarse en un proceso y contar con una orden judicial.

Para diseñar una regulación que cumpla con el objetivo, proponemos que la misma cumpla con, al menos, los siguientes cuatro Principios Internacionales de Derechos Humanos sobre Vigilancia de las Comunicaciones, que son: principio de legalidad, principio de necesidad, principio de proporcionalidad, y principio de minimización de daños.

En cuanto al proceso de solicitud y ejecución de las interceptaciones, es fundamental que se considere la diferencia entre aquellas que son realizadas para la investigación criminal y las que son acciones de inteligencia. El siguiente paso debe ser que las interceptaciones realizadas para investigaciones de inteligencia sean producto de una orden judicial y respondan a una causa probable.

Una vez que se realice la interceptación, debe ejecutarse la selección y minimización de determinadas comunicaciones con el fin de garantizar la protección del espacio de intimidad de las personas involucradas que no estén ligadas a la causa y para evitar el potencial uso extorsivo de esas intervenciones y la publicidad de esa información.

Finalmente, en cuanto al control, debería estar a cargo de un organismo que sea *ex post*, para auditar la ejecución de las interceptaciones y publicar los resultados. Este órgano podría crearse bajo la órbita del comisionado de control, de la Corte Suprema de Justicia, del Ministerio Público Fiscal, de la Procuración General, o de la Auditoría General de la Nación, y ser autónomo. Ante alguna irregularidad, a partir de los informes realizados, el organismo haría responsable al juez que hubiera ordenado las interceptaciones.

El derecho a la intimidad de las personas es un derecho constitucional. Su respeto y protección está en el mandato mismo que el Estado debe cumplir en todos sus poderes. La interceptación de comunicaciones debe ser una medida excepcional, sujeta a previsiones legislativas claras, con control estricto y justificada plenamente en un objetivo concreto. Toda acción por parte del Estado que ponga límites o restrinja el pleno ejercicio de un derecho constitucional debe ser excepcional, cuidadosamente evaluada y justificada en el marco de la ley.

8. BIBLIOGRAFÍA

UGARTE, J. M. (s/f). “Análisis de la Ley de Inteligencia Nacional argentina”. Publicado en el sitio web de *Federation of American Scientist*. Disponible en: https://fas.org/irp/world/argentina/ugarte_ley.htm (visitado el 30/11/2017).

VV.AA. (2014). *Necesarios y proporcionados. Principios internacionales sobre la aplicación de los derechos humanos a la vigilancia de las comunicaciones*. Publicado el 10/05/2014. Disponible en: <https://necessaryandproportionate.org/es/necesarios-proporcionados> (visitado el 20/10/2017).

ZOCO ZABALA, C. (2010). “Interceptación de las comunicaciones electrónicas. Concordancias y discordancias de SITEL con el artículo 18.3 CE” en *InDret, Revista para el análisis del derecho*. Publicado en octubre de 2010. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1738231> (visitado el 15/07/2018).

9. SITIOS WEB

Asociación por los Derechos Civiles (ADC). *Reflexiones sobre la creación de la Dirección de Captación de Comunicaciones*. Publicado el 19 de febrero de 2016. Disponible en: <https://adcdigital.org.ar/2016/02/19/reflexiones-sobre-la-creacion-de-la-direccion-de-captacion-de-comunicaciones/> (visitado el 2/12/2017).

Fundación Vía Libre (FVL). *Inteligencia nacional: ¿reforma o maquillaje?* Publicado el 3/03/2015. Disponible en: <https://www.vialibre.org.ar/2015/03/03/inteligencia-nacional-reforma-o-maquillaje/> (visitado el 26/01/2018).

Iniciativa Ciudadana para el Control del Sistema de Inteligencia (ICCSI). *Escuchas: La ICCSI pide al Senado de la Nación que no de tratamiento exprés y abra el debate por la reforma de la ley a la participación de la ciudadanía*. Publicado el 13 de abril de 2018. Disponible en: <http://www.iccsi.com.ar/escuchas-la-iccsi-pide-al-senado-de-la-nacion-que-no-de-tratamiento-express-y-abra-el-debate-por-la-reforma-de-la-ley-a-la-participacion-de-la-ciudadania/> (visitado el 21/05/2018).

Iniciativa Ciudadana para el Control del Sistema de Inteligencia (ICCSI). *Escuchas: El proyecto de ley del peronismo que tiene el apoyo del PRO consolidará el descontrol*. Publicado el 17 de mayo de 2018. Disponible en: <http://www.iccsi.com.ar/escuchas-el-proyecto-de-ley-del-peronismo-que-tiene-el-apoyo-del-pro-consolidara-el-descontrol/> (visitado el 21/05/2018).

Iniciativa Ciudadana para el Control del Sistema de Inteligencia (ICCSI). *¿Nuevo traspaso de las escuchas telefónicas? Ni urgente, ni razonable, ni legal*. Publicado el 24 de diciembre de 2015. Disponible en: <http://www.iccsi.com.ar/nuevo-traspaso-de-las-escuchas-telefonicas-ni-urgente-ni-razonable-ni-legal/> (visitado el 5/11/2018).

Iniciativa Ciudadana para el Control del Sistema de Inteligencia (ICCSI). *Escuchas: la Corte Suprema en el centro de la crisis del sistema de inteligencia*. Publicado el 5 de abril de 2018. Disponible en: <http://www.iccsi.com.ar/escuchas-la-corte-suprema-en-el-centro-de-la-crisis-del-sistema-de-inteligencia/> (visitado el 3/05/2018).

PAGNI, C. “La gran crisis de la justicia argentina”. Publicado en *La Nación* el 26 de marzo de 2018. Disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/2120532-la-gran-crisis-de-la-justicia-argentina> (visitado el 10/04/2018).

10. LEYES Y DECRETOS (ORDENADOS CRONOLÓGICAMENTE)

Ley 23.554 de Defensa Nacional. Disponible en:
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20988/texact.htm>

Ley 24.059 de Seguridad Interior. Disponible en:
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/458/texact.htm>

Ley 25.520 de Inteligencia Nacional. Disponible en:
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/70496/texact.htm>

Ley 27.126 de Creación de la Agencia Federal de Inteligencia. Disponible en:
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/240000-244999/243821/norma.htm>

Decreto 1311/15 - Nueva Doctrina de Inteligencia Nacional. Disponible en:
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/245000-249999/248914/norma.htm>

Anexos I a VII del Decreto 1311/15. Disponible en:
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/245000-249999/248914/dec1311.pdf>

Decreto 2415/15 - Modificación del Decreto 1311/15. Disponible en:
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/255000-259999/255522/norma.htm>

Decreto 256/15 - Transferencia del Departamento de Interceptaciones y Captación de Comunicaciones a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Disponible en:
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/255000-259999/257346/norma.htm>

Decreto 656/16 - Estatuto para el Personal de la Agencia Federal de Inteligencia. Disponible en:
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/260000-264999/261157/norma.htm>

Acordada 2/2016 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación - Crear la Dirección de Captación de Comunicaciones del Poder Judicial de la Nación. Disponible en:
<https://www.csjn.gov.ar/documentos/descargar/?ID=96793>

Decreto 102/17 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Disponible en:
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/270000-274999/271798/norma.htm>