

Nota sobre el correo electrónico y la tutela constitucional de la correspondencia epistolar

por Gustavo Alejandro Szarangowicz

1. Introducción

El 15 de noviembre de 2004, los integrantes de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal se pronunciaron en el incidente de nulidad planteado en autos caratulados “Redruello, Fabián L. y otros s/estafa”, considerando “prueba ilícita” y declarando nula la documental aportada a la causa por la querellante en violación a las prescripciones de los artículos 18 y 19 de la Constitución federal.

En efecto, la alzada entendió que la apropiación y presentación al proceso penal de correo electrónico enviado o recibido por el imputado, sin intervención del órgano jurisdiccional, violentó la garantía de inviolabilidad de la correspondencia, vulnerando el derecho a la intimidad, reconocido tanto en la Ley Mayor (art.18) como en algunos instrumentos internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 11.2; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. 5, 9 y 10; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 17; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 12).

Los jueces de la Sala IV recurrieron al mecanismo de interpretación constitucional correctora extensiva para ponderar que el correo electrónico se encuentra comprendido dentro del concepto de “correspondencia” al que alude el artículo 18 constitucional.

La presente nota girará, principal pero no únicamente, en torno a esta asimilación, efectuada por los integrantes del Tribunal, entre el correo electrónico y el correo epistolar y la consiguiente inclusión del primero en el género “correspondencia”. El tema en cuestión será abordado desde un enfoque constitucional que subraya el rol de las garantías constitucionales y teniendo especialmente en cuenta algunos problemas epistemológicos básicos que afectan a las ciencias sociales en general y al Derecho en particular, fundamentalmente los relacionados con el lenguaje.

2. Constitución y garantías

Proponemos al lector tener presente, durante la lectura de esta nota, la ya clásica distinción de los “grandes capítulos” en los que puede dividirse el derecho constitucional: i) “poder” y ii) “libertad”.¹ En efecto, por intermedio de esos

¹ Cfr. EKMEKDJIAN, Miguel Ángel: Tratado de Derecho Constitucional, Tomo I, Depalma, 2000, pp.2/9.

megacontratos para la coexistencia comunitaria que son las constituciones modernas, los seres humanos intentan desde hace más de doscientos años, regular el modo en que debe ser ejercido el poder político y reconocidos los derechos subjetivos de las personas.²

Las constituciones modernas reconocen “derechos subjetivos” y, en general -al menos en el caso de los derechos de libertad- también garantías para satisfacerlos. Los derechos subjetivos, como todo el sistema jurídico, son un artificio del cual se sirve el hombre como técnica de control social y no son una cosa distinta del derecho objetivo, que es el instrumento que pone orden.³

Sin embargo, dicho reconocimiento jurídico positivo no parece ser suficiente para que las prescripciones que contienen alcancen eficacia o vigencia sociológica. En efecto, para evitar que un derecho subjetivo constitucional quede “en el papel”, no basta con redactar el enunciado normativo atributivo del derecho. El derecho subjetivo, sólo queda fijado si el deber del sujeto pasivo en cuestión puede ser exigible jurisdiccionalmente. Desde el lado del derecho subjetivo, en sentido jurídico constitucional, puede decirse que el derecho valdrá en forma exacta lo que valgan sus garantías, las que pueden ser entendidas como las técnicas previstas por el sistema jurídico para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y, por lo tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos.⁴

En rigor, los derechos subjetivos son conferidos a los sujetos por el Estado y operan ante él y el resto de los habitantes; por eso se dice de ellos que son bifrontes o ambivalentes.⁵ Básicamente, pues, un derecho subjetivo, en sentido jurídico constitucional, entraña o presupone una obligación correlativa en cabeza de uno u otros sujetos, el Estado o los particulares. Naturalmente, las obligaciones podrán ser de hacer o de omitir. Las obligaciones constitucionales que reciprocán a los derechos subjetivos, en el caso de los derechos individuales, implican para los sujetos pasivos una obligación de omisión, consistente en que su modalidad de conducta ha de dejar expedito y libre de estorbo el ejercicio del derecho para su titular, absteniéndose de impedirselo, violárselo, en fin, de interferírselo en modo alguno.

Las garantías liberales –como la de inviolabilidad de la correspondencia- al estar dirigidas a asegurar la tutela de los derechos subjetivos de libertad –como el derecho a la intimidad-, consisten esencialmente en técnicas de invalidación o de anulación de los actos prohibidos que las violan.

² FERREYRA, Raúl Gustavo: *Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías*, Ediar, Buenos Aires, 2001, p.115.

³ Kelsen, Hans: *Teoría General del Derecho y del Estado*, Imprenta Universitaria, México, 1949, pp.76/92.

⁴ FERRAJOLI, Luigi: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op.cit, p.25.

⁵ BIDART CAMPOS, Germán: *Tratado elemental de Derecho Constitucional*, tomo I A, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 764.

3. Interpretación normativa y constitucional

Dado que las disposiciones que componen los sistemas jurídicos se expresan en palabras que tienen las características propias de los lenguajes naturales –vagueza, ambigüedad, textura abierta–, las figuras jurídicas están circundadas por una “zona de penumbra” imposible de eliminar totalmente recurriendo a ingenuos tecnicismos formalistas. Las fórmulas verbales que expresan las prescripciones jurídicas resultan, entonces, claramente aplicables a algunos supuestos de hecho, claramente inaplicables a otros y dudosamente aplicables a los casos anómalos, atípicos o marginales.⁶

Por lo tanto, el intérprete que trata de determinar si una situación de hecho está o no comprendida por el significado actual de una disposición jurídica se encontrará frente a dos tipos de casos: i) los “claros”, “familiares” o “típicos” respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos que componen el enunciado normativo o sobre su no aplicabilidad y ii) los “no claros”, “marginales” o “atípicos” en los que deberá decidirse si existe una semejanza “en grado suficiente” respecto de los casos “típicos” en los “aspectos relevantes” antes de decidir subsumirlos o no a la disposición en cuestión.⁷ En cualquiera de los dos supuestos se deberá “interpretar” el sentido de determinado enunciado normativo.

Existen dos tipos fundamentales de interpretación, mutuamente excluyentes y conjuntamente exhaustivas: i) la declarativa, que es aquella que atribuye a una disposición su significado “literal inmediato”, el sugerido por el uso común de las palabras, el más “ordinario”; y ii) la correctora, que, por oposición a la anterior, no atribuye a un texto normativo el significado literal inmediato, ni el sugerido por el uso común de las palabras ni el más “ordinario”, sino un significado distinto. Ese significado distinto del literal, atribuido a un texto normativo, solo puede ser i) más amplio o ii) más estricto que aquel, determinando los dos tipos de interpretación correctora posibles: i) la extensiva y ii) la restrictiva.⁸

Se habla de interpretación extensiva o por analogía cuando las consideraciones pragmáticas se traducen en la aplicación de una disposición normativa a situaciones que, contempladas a la luz del “sentido lingüístico natural”, se encuentran fuera de su campo de referencia. La interpretación restrictiva, a la inversa, implica que las consideraciones pragmáticas excluyen la aplicación de una disposición normativa que según el “sentido lingüístico natural” sería aplicable.⁹

Para finalizar, cabe efectuar algunas aclaraciones respecto de lo que estamos dispuestos a entender por “sentido lingüístico natural” o por significados “ordinarios” o “literales inmediatos” de un término o un enunciado. En este sentido, postulamos que la relación entre palabra y cosa es artificial, fruto de decisiones individuales o sociales, ajena a las características observables de la cosa misma y modificable a

⁶ CARRIÓ, Genaro R.: *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p.54/57.

⁷ HART, Herbert L. A.: *El Concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, pp.157/159.

⁸ GUASTINI, Riccardo: *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999, pp.212/217; ROSS, Alf: *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963, pp.142/146.

⁹ ROSS, Alf: *Sobre el Derecho y la Justicia*, op.cit, pp.143.

voluntad.¹⁰ Por lo tanto, el “sentido lingüístico natural” o los significados “ordinarios” o “literales inmediatos” de un enunciado normativo, solo pueden tratarse de i) el significado –de difícil comprobación– que efectivamente quiso darle al enunciado la autoridad que lo sancionó o ii) el significado que en contextos y situaciones semejantes le acuerda hoy el uso lingüístico preponderante, ya sea en la comunidad como un todo, ya sea en algún sector de ella a cuyos usos lingüísticos se atribuye un carácter privilegiado (por ejemplo, los jueces).¹¹

Las normas de la constitución suelen tener generalidad y apertura como para habilitar opciones y realizaciones múltiples en su interpretación y aplicación. La interpretación constitucional puede desdoblarse en interpretación “de” la constitución y en interpretación “desde” la constitución. La primera de ellas toma en cuenta las normas de la constitución formal, analizando o ponderando sus propios términos y disposiciones. La segunda, desciende hacia el plano infraconstitucional y se proyecta hacia las normas de jerarquía inferior, construyendo o reconstruyendo su significado a la luz de los resultados obtenidos mediante la interpretación “de” la constitución. En este orden de ideas, la interpretación “de” la constitución permite extraer “desde” ella el sentido de las normas subconstitucionales.¹²

4. Derecho a la intimidad y garantía de inviolabilidad de la correspondencia

La Constitución federal cuenta con un importante “arsenal garantista” para reparar o satisfacer los derechos individuales, grupales o colectivos a los que el texto normativo constitucional confiere reconocimiento. Entre estas “garantías de los derechos constitucionales”¹³ se cuenta la de inviolabilidad de la correspondencia, herramienta defensiva clave para proteger el derecho -de raíz y jerarquía constitucional- a la intimidad de las personas (Constitución Nacional, art.18; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 11.2; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. 5, 9 y 10; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 17; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 12).

El derecho a la intimidad, como todos los derechos constitucionales, es relativo y se goza conforme las leyes que reglamenten su ejercicio (art.28 CN), las cuales, sin embargo, no pueden alterar su “núcleo duro”, sino sólo reglamentar su “zona periférica”.

Si la intimidad es interpretada como una esfera de la persona que está exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás y el derecho a la intimidad como aquel que impide que otros tengan información no documentada (existente en archivos públicos) sobre hechos que la persona no desea dar a conocer, entonces, las intrusiones arbitrarias que configuran violación al derecho a la intimidad pueden

¹⁰ GUIBOURG, Ricardo A., GHIGLIANI, Alejandro M. y GUARINONI, Ricardo V.: Introducción al conocimiento científico, Eudeba, Buenos Aires, 2004, p.35.

¹¹ CARRIÓ, Genaro R.: Notas sobre derecho y lenguaje, op.cit., p.57.

¹² BIDART CAMPOS, Germán J.: Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, op.cit., p.372 y ss.

¹³ FERREYRA, Raúl Gustavo: Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías, op.cit., pp.131/133, 140/146.

provenir de múltiples acciones estatales o de particulares: interceptación de comunicaciones, apertura de correspondencia, toma de fotografías no consentidas, intrusión o allanamiento de domicilio o de cuentas, etc.¹⁴

La garantía de inviolabilidad de la correspondencia se encuentra positivizada en diversas disposiciones normativas de máximo rango dentro del sistema jurídico argentino.

En efecto, el artículo 18 CN señala que “es inviolable (...) la correspondencia epistolar (...) una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe que “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias (...) en su correspondencia” (art. 11.2) y que “toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques” (art. 11.3). La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre reconoce a toda persona el derecho a la “inviolabilidad y circulación de su correspondencia” (art. 10). El Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 12), se expresan en idéntico sentido.

Ahora bien, teniendo en cuenta que no existe en Argentina, actualmente y de modo expreso, ninguna disposición normativa de alcance general que regule la privacidad de los mensajes que se envían por correo electrónico ni su régimen legal y en función del aparato conceptual brevemente desarrollado hasta aquí, ¿puede razonablemente sostenerse que el significado del término “correspondencia”, utilizado en las disposiciones jurídicas recién mencionadas, incluye al correo electrónico?¹⁵

5. Sobre el término “correspondencia”

El 4 de marzo de 1999, en la causa “Lanata, Jorge”¹⁶, la Sala VI de la Cámara Nacional Criminal y Correccional definió al e-mail como un “verdadero correo en versión actualizada” caracterizándolo como “un medio idóneo, certero y veloz para enviar y recibir todo tipo de mensajes, misivas, fotografías, archivos completos, etc [a través del cual] se amplía la gama de posibilidades que brindaba el correo tradicional al usuario que tenga acceso al nuevo sistema”.¹⁷

Si estamos dispuestos a sostener que “correo electrónico” es todo mensaje, misiva, archivo u otra información que se transmite a una o más personas por medio de una red de interconexión entre computadoras¹⁸ y que “correspondencia epistolar” es el conjunto de cartas o escritos que se cruzan entre dos o más personas, parece difícil

¹⁴ NINO, Carlos Santiago: Fundamentos de derecho constitucional, Astrea, Buenos Aires, 1992, pp.327/335.

¹⁵ FERREYRA, Raúl Gustavo: “¿Tienes un correo electrónico para comunicarte? Observaciones en torno a la equiparación, en el ámbito constitucional, de la correspondencia enviada por correo electrónico (e-mail)”, JA 2004-I-1188.

¹⁶ LL 1999-E-458.

¹⁷ En la próxima sección de estas notas se toma expresa posición respecto de la extensión de la protección prevista en los arts. 153 y 155 CP al correo electrónico.

¹⁸ Anteproyecto de Ley de Protección del Correo Electrónico elaborado por la Secretaría de Comunicaciones de la Nación, art.1.

negar que la finalidad de ambos es la comunicación de personas a distancia. En este sentido, existiría i) un emisor –al menos uno-, ii) un receptor –al menos uno-, iii) un mensaje –información transmitida mediante un sistema de símbolos- y iv) un canal o vía -por cuyo medio se transmite la información-.¹⁹

Este canal, vía o medio por el cual se transmite la información parece ser la principal diferencia entre el correo tradicional y el correo electrónico. En efecto, la correspondencia por e-mail requiere instrumentos tecnológicos mucho más sofisticados y cuenta con características de protección de la privacidad más acentuadas que el correo tradicional, ya que para su funcionamiento se requiere un prestador del servicio, el nombre de un usuario y un código de acceso que impide a terceros extraños la intromisión en los datos que a través del mismo puedan emitirse o archivarse. Además, se diferencian por la posibilidad de adjuntar a los mensajes de correo electrónico grandes cantidades de información en forma de texto, imágenes, sonidos, etc, como así también por la posibilidad de remitir un e-mail a múltiples destinatarios al mismo tiempo y que sean recibidos casi instantáneamente, el relativamente bajo costo del correo electrónico, etc.²⁰

Sin restarle importancia a las diferencias observables entre el correo tradicional y el correo electrónico, estamos dispuestos a postular que las características compartidas –señaladas dos párrafos más arriba- resultan definitorias del criterio de uso del vocablo “correspondencia”, mientras que las asimetrías –apuntadas en el párrafo anterior- son características concomitantes o accidentales que no obstan a la inclusión del e-mail en el género “correspondencia”.²¹

6. Síntesis final

El caso que llegó a conocimiento de la Sala IV puede clasificarse en la categoría de los casos anómalos, atípicos o marginales, es decir, aquellos en los que las fórmulas verbales que expresan las prescripciones jurídicas no resultan claramente aplicables ni claramente inaplicables.

El intérprete, por lo tanto, se vio forzado a decidir si existía una semejanza “en grado suficiente” respecto de los casos “típicos” en los “aspectos relevantes” antes de decidir subsumirlos o no en la disposición jurídica en cuestión.

El método de interpretación declarativa o analítica no fue aplicado por los jueces del Tribunal puesto que, de haberlo hecho, la atribución al término

¹⁹ Si bien estos elementos no garantizan la comunicación, puesto que emisor y receptor pueden no compartir el mismo código de transmisión de la información (ej. idioma) y/o puede existir alguna clase de interferencia que distorsione el mensaje, resultan elementos necesarios para caracterizar a la correspondencia –que persigue, pero no asegura, la comunicación-. Ver GUIBOURG, Ricardo A., GHIGLIANI, Alejandro M. y GUARINONI, Ricardo V.: Introducción al conocimiento científico, op.cit., p.19.

²⁰ Para un análisis minucioso de las características técnicas de Internet y del correo electrónico puede verse, entre otros, MUNICOY, Mariano: “Internet y el art. 18 de la Constitución Nacional”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, vol. 10-A, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, pp.117/172; VANINETTI, Hugo A.: “Derecho a la Intimidad e Internet”, Jurisprudencia Argentina LexisNexis, 2005-1, Fascículo 2, Buenos Aires, 12/01/2005, pp.7/18.

²¹ HOSPERS, John: Introducción al análisis filosófico, op.cit., pp.39/60.

“correspondencia” del significado literal inmediato, el sugerido por el uso común de las palabras, el más “ordinario”, no hubiera permitido extender la garantía de la inviolabilidad prevista en el artículo 18 CN al correo electrónico. El caso hubiera quedado claramente excluido de las prescripciones normativas en cuestión de haberse seguido esta senda interpretativa.

Sin embargo, los jueces echaron mano a la interpretación correctora, no atribuyendo al texto normativo del artículo 18 constitucional su significado literal inmediato, sino un significado distinto y más amplio. Por lo tanto, efectuaron una interpretación normativa extensiva o analógica del término “correspondencia” que, ponderando las similitudes observables entre el tradicional correo epistolar – claramente incluido- y el correo electrónico –ni claramente incluido ni claramente excluido-, les permitió resolver la cuestión en favor de la asimilación de este último al correo tradicional, subsumiendo a ambos bajo el concepto de “correspondencia”.

De esta manera, los integrantes de la Sala IV interpretaron que la garantía de inviolabilidad de la correspondencia, como mecanismo de carácter defensivo previsto por el sistema jurídico constitucional para resguardar el derecho a la intimidad de las personas, impide la apropiación y presentación al proceso penal de “correspondencia” –e-mails- privados del imputado, sin el control insoslayable del órgano jurisdiccional conforme las previsiones de la legislación correspondiente.

Los jueces del Tribunal, de acuerdo con lo expuesto supra, efectuaron interpretación “de” la Constitución y proyectaron el resultado “desde” la Constitución hacia las disposiciones jurídicas subconstitucionales que regulan su ámbito de competencias. Sin perjuicio de ello, el resultado obtenido mediante el método de interpretación –correctora extensiva o analógica- elegido por los jueces de la Sala IV no podría superar la valla de contención del poder punitivo estatal que representa la prohibición, en materia penal, de analogía en malam partem, corolario de las disposiciones normativas de los artículos 18 y 19 constitucionales.²² En efecto, si para incluir el correo electrónico en el término “correspondencia” del artículo 18 de la Constitución se recurrió a la interpretación extensiva o analógica, no podrían trasladarse los resultados obtenidos mediante este método de interpretación a las prescripciones de los artículos 153 y 155 del Código Penal. Siguiendo los argumentos expuestos a lo largo de esta nota, hasta tanto el legislador no tipifique expresa y rigurosamente la conducta, quien sufriera una “injerencia arbitraria” en su correo electrónico podría ir contra aquel que violentó la garantía de inviolabilidad de la correspondencia por ejemplo, por la vía civil, pero la vía penal le quedaría vedada.²³

²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro: Tratado de Derecho Penal. Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp.110/113.

²³ RIQUERT, Marcelo Fabián: “Nuevas tecnologías, ataques a la privacidad y sus repercusiones penales”, LL 1999-E-70.