

La imposibilidad de requisar un teléfono celular sin orden

Por Enzo Finocchiaro

1. Introducción

En un reciente fallo, la Corte Suprema de los Estados Unidos tuvo oportunidad de examinar la facultad policial de examinar un teléfono celular que es hallado en poder de un detenido, sin la necesidad de obtener orden judicial previa para ello.

Hemos elegido comentar este fallo, por varias cuestiones. En primer lugar, por el peso específico del Tribunal que lo emite, arraigado en una costumbre de respeto al precedente, de alta calidad en sus decisiones y de extrema interrelación con nuestro sistema judicial, siendo que muchos de nuestros tribunales recurren a veces quizás más al máximo tribunal norteamericano por sobre nuestros propios precedentes.

En segundo lugar, el fallo toca cuestiones siempre polémicas, como son las relativas a la injerencia estatal sobre los particulares, en general, y sobre la afectación de los derechos y garantías de los detenidos en particular, máxime cuando ello ocurre en el marco de una actuación policial autónoma, sin previa indicación ni orden judicial.

Es dable recordar que el Alto Tribunal de EE.UU. ha sido particularmente permeable a ciertas necesidades de política criminal durante la segunda mitad del siglo pasado, especialmente cuando ellas se inscriben dentro una ideología de corte punitivista, donde se prefiere una mayor presencia estatal sobre los ciudadanos, en especial sobre aquellos que se encuentran sobre los márgenes de lo “socialmente deseado”. En este sentido, en el legendario “Terry vs. Ohio”, de 1968¹, la Corte encabezada por el Juez Earl Warren – el mismo que comandara la comisión por la que se concluyó que el asesinato de Kennedy había sido obra de un solo hombre – sostuvo que la policía tenía la facultad de detener a una persona y realizar una rápida inspección superficial de su vestimenta con el objetivo de buscar armas. Esto está permitido si el preventor tiene una “sospecha razonable” de que un crimen tuvo o va a tener lugar, y la persona detenida puede estar armada y es peligrosa. Aunque esta sospecha razonable debe estar basada en hechos específicos y no solamente en una corazonada del oficial, en la práctica es lo que convalidó el “olfato policial”, en plena época de endurecimiento de penas, represión policial y prevención general negativa en el país del norte².

Tanta repercusión tuvo este precedente en ciertos círculos judiciales, que incluso fue receptado por nuestro máximo Tribunal, en el precedente “Fernández Prieto”³, que intentó tomar el concepto del “olfato policial” como justificativo de corte subjetivista para detener a personas “sospechosas”, que en realidad no denotan

¹ 392 U.S. 1 (1968)

² En EE.UU. este precedente creó lo que hoy se conoce como “*Terry stop and frisk*” (detención y requisa Terry), o simplemente “estándar Terry”. Este estándar fue luego extendido para las detenciones temporales de personas en vehículos, conocida como “detención de tráfico” (*traffic stops*).

³ Fallos 321: 2947.

cuestión objetiva alguna. En el recordado caso argentino, una comisión policial que recorría la ciudad de Mar del Plata, detuvo la marcha de un vehículo que ocupaban tres personas, a quienes hicieron descender del vehículo que posteriormente registraron y en el que encontraron drogas y armas. Ya en la comisaría, se los detuvo formalmente. Receptando la distinción entre “causa probable” y “sospecha razonable”, exigiendo la última un menor nivel de confiabilidad en cuanto a su verosimilitud, la Corte argentina terminó por receptar este estándar, de menor nivel de exigencia, para avalar el proceder policial quienes, para justificar la interceptación del automóvil en cuestión, esgrimieron que los ocupantes de aquel exhibieron una “actitud sospechosa”.

2. Antecedentes

La Corte de EE.UU. tomó dos casos similares para acumularlos en uno, con una misma premisa: ¿Cuándo puede la policía revisar el contenido digital de un teléfono móvil incautado a un detenido, sin contar con la orden judicial para ello?. En el primer caso, a David Riley se le solicitó la detención de su vehículo, habiendo advertido el personal policial que circulaba con placas identificatorias vencidas. Asimismo, durante el trámite de identificación rutinaria, el preventor notó que la licencia de Riley estaba también suspendida.

En virtud de las políticas policiales, el agente confiscó el automóvil de Riley, mientras otro agente realizaba una revisión inventarial de lo que había en el vehículo, encontrándose dos armas bajo el capó del rodado. En virtud de esto, Riley fue detenido por portación de arma de fuego (cargada). Al ser detenido, Riley fue requisado, encontrándosele varios elementos relacionados con la pandilla callejera “Bloods”. Asimismo, le fue incautado un teléfono celular de uno de los bolsillos de su pantalón. El propio Riley manifestó que era un “Smartphone” con gran capacidad de almacenaje y procesamiento, con gran cantidad de funciones y conexión a internet. Así, el oficial revisó el contenido del teléfono y notó que algunas palabras (quizás los mensajes de texto o los contactos) estaban precedidas por las letras “CK”, en alusión a uno de los apodos de dicha organización criminal (“Cripkillers”).

Dos horas más tarde, en la comisaría, un detective especializado en bandas accedía al teléfono de Riley. Amén de encontrar mucho material de interés, el detective se centró en varias fotografías de Riley junto a un vehículo que había participado en un tiroteo hacía poco.

La policía unió lo hallado en el auto más lo hallado en el examen de su teléfono, y le imputó a Riley disparar contra un vehículo, asalto con un arma semiautomática y tentativa de homicidio. La Fiscalía sostuvo que Riley había cometido aquellos delitos para beneficio de la organización criminal, una circunstancia agravante que empeoraba la sentencia.

En la etapa previa al juicio, Riley intentó sostener que las requisas violaban la Cuarta Enmienda, pues se habían practicado sin la orden judicial requerida y no se estaba ante “circunstancias exigentes” que justificaran su omisión. El tribunal de juicio rechazó este argumento. Riley terminó siendo condenado por los tres delitos

a 15 años de prisión. El Tribunal de Apelaciones californiano confirmó la sentencia y la Suprema Corte de California rechazó el recurso de revisión de sentencia y así entonces, mediante el certiorari concedido, el caso llega a la Corte Suprema nacional.

En el segundo caso, un oficial de policía que efectuaba un patrullaje rutinario, observó a Brima Wurie efectuar una aparente venta de drogas desde un vehículo. En consecuencia, Wurie fue detenido y trasladado a la comisaría. Allí, los policías le sustrajeron y decomisaron dos teléfonos celulares que Wurie llevaba consigo.

El teléfono que importa aquí, era del tipo “flip” (con tapa), que por lo general tiene menos prestaciones que un Smartphone. Entre cinco y diez minutos luego de su arribo a la comisaría, los policías notaron que el teléfono recibía constantes llamadas de un abonado identificado como “mi casa”, en la pantalla externa del aparato. Así, oprimieron el botón que permitía ver el historial de llamados del móvil y así ver cuál era el número con el que se identificaba “mi casa”, pudiendo luego determinar dónde se ubicaba el abonado entrante. Luego, los policías fueron hasta el domicilio en el que se registraba la línea entrante, vieron el nombre de Wurie en el identificador de viviendas y vieron a la mujer que aparecía en el teléfono de Wurie.

Finalmente, ingresaron a la vivienda con una orden judicial y encontraron 215 gramos de crack, marihuana, elementos de preparación de drogas, un arma y sus municiones, y dinero en efectivo.

Wurie fue imputado por tráfico de crack, tenencia de crack para distribución, y tenencia de arma y municiones, e intentó plantear la nulidad de la prueba obtenida en el allanamiento a su vivienda, sosteniendo que se basó en una requisita inconstitucional de su teléfono. El Tribunal de Distrito rechazó el pedido y Wurie fue condenado a 262 meses (casi 22 años) de prisión, por los 3 cargos.

En fallo dividido, el Tribunal del Primer Circuito revocó el rechazo de la nulidad solicitada por Wurie y dejó sin efecto los cargos (y sus penas) de tenencia de drogas para distribución y de la tenencia del arma de fuego. Allí, el Tribunal sostuvo que los teléfonos celulares son diferentes de otros efectos personales que pueden hallarse en la requisita de un detenido, en virtud de la cantidad de información personal que contienen hoy en día los teléfonos móviles y la nula amenaza que ello representa para el interés de los oficiales que practican la detención. Sobre esta base, la Fiscalía recurrió a la Corte Suprema nacional, la que concedió el certiorari para examinar el caso.

3. La opinión de la Corte

Comienza el Tribunal por citar la letra de la Cuarta Enmienda:

“El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o

embargadas”.

Sobre esta base, reseña el máximo Tribunal que el fundamento último de la Cuarta Enmienda es la razonabilidad (cfr. “Brigham City vs. Stuart”) y así citan a la jurisprudencia que dice que *“cuando se realiza una requisita por parte de agentes policiales en búsqueda de evidencia de probables delitos, la razonabilidad es la que determina que generalmente deba requerirse una orden judicial”* (cfr. “Vernonia School Dist. 47J vs. Acton”).

“Es la orden judicial la que asegura que las premisas que justifican una requisita sean elaboradas por un Magistrado neutral y separado, en lugar de ser juzgadas por el policía inmerso en el competitivo campo del combate del delito” (cfr. “Johnson vs. EE.UU.”). *En ausencia de orden, la requisita es razonable sólo si cuadra dentro de las excepciones específicas al requisito de orden* (cfr. “Kentucky vs. King”).

Ambos casos se relacionan con la razonabilidad de una requisita sin orden judicial en el marco de una detención válida y legítima. Ya en 1914 la Corte, en “Weeks vs. US”, estableció el derecho por parte del Estado de revisar a una persona cuando se encuentra legalmente detenida, a fin de buscar y descubrir frutos o evidencias del delito. Desde entonces, la jurisprudencia norteamericana tiene pacíficamente aceptado que este tipo de revisión constituye una excepción válida al requisito de orden judicial previa.

Respecto de la existencia de dicha excepción, esto viene siendo reconocido pacíficamente desde hace más de cien años, como lo señala la Corte. Lo que es materia de debate, reconoce el Tribunal Máximo, es su enfoque o alcance y el cuándo y el esta dónde los oficiales de las fuerzas de seguridad pueden revisar a un detenido o revisar su contorno. Al respecto, la Corte de EE.UU. se basa en tres precedentes.

- a) *“Chimel vs. California”* (1969). Allí se estableció que *“Cuando se efectúa una detención, es razonable desde el punto de vista del policía que efectúa el arresto, que requiera al detenido para determinar si lleva armas consigo, que le sirvan para resistir al arresto o para lograr su fuga. Asimismo, debe evitarse poner en peligro la integridad física del funcionario policial. Sumado a esto, es totalmente razonable para el funcionario que hace la detención que revise al detenido y obtenga cualquier evidencia del delito, para prevenir su alteración y/o destrucción”*. Así la requisita sin orden de un detenido, tiene dos justificativos: evitar la destrucción de prueba o de los elementos del delito y evitar la puesta en peligro de los funcionarios que practican la detención.
- b) *“US vs. Robinson”* (1973). Allí, la Corte dijo que la autoridad para revisar a un detenido en el marco de un arresto legítimo y válido, mientras que se base en una necesidad de desarmar y de descubrir evidencia, no depende de lo que luego pueda decidir un tribunal respecto de la probabilidad de ello. En lugar de esto, una detención de un sospechosos basado en una *“causa probable”* es una intrusión razonable en el marco

de la Cuarta Enmienda. Siendo dicha intrusión legal, una requisita en el marco de una detención no requiere justificación adicional”. Unos años después, la Corte puntualizó que esta excepción estaba limitada a la propiedad personal del detenido que inmediatamente se halle respecto de su persona⁴.

- c) *“Arizona vs. Gant”* (2009). “Chimel” puede autorizar a la policía a revisar un vehículo, sólo cuando el detenido no esté asegurado y pueda acceder al interior del auto, en particular al compartimiento del pasajero (guantera)”. Asimismo, en este fallo se sumó una excepción independiente para la requisita de un vehículo sin orden judicial, en particular de compartimiento del pasajero (guantera), que se da cuando es razonable creer que dentro del rodado se pueden hallar evidencias del delito.

La Corte sostiene que, teniendo en cuenta esta trilogía, la cuestión central del caso *es si la moderna doctrina de la justificación de la requisita sin orden judicial de un detenido, se aplica a los modernos teléfonos celulares, los que hoy forman parte indisoluble de la vida diaria.*

Ahora bien, señala el Alto Tribunal que para la época de “Chimel” y de “Robinson” ni la tecnología ni el tema de los teléfonos móviles estaban siquiera en la cabeza de los ciudadanos ni de los jueces.

Asimismo, señala que *“suele determinarse una excepción al requisito de la orden judicial previa en base a sopesar, por un lado, el grado de intrusión en la propiedad personal y por el otro, la necesidad de proteger el interés público. Así, una aplicación mecánica de “Robinson” parecería permitir la requisita sin orden en el caso que analizamos. Para peor, en ése caso se determinó que los dos peligros señalados (el daño a los policías y la destrucción de evidencia) están presentes en todas las detenciones legítimas. Ahora bien, no hay riesgos similares en la requisita de datos digitales o electrónicos”.*

En virtud de lo dicho, la Corte sostiene que no puede extenderse el principio sentado en “Robinson” al caso de la requisita de un teléfono móvil, por lo que los policías deberán esperar una orden judicial para revisar el celular de un detenido.

Luego de esto, comienza a situarse en el caso concreto. Refiere que los datos almacenados en un teléfono celular no pueden per se considerarse como un arma que pueda dañar al oficial que esté efectuando una detención, o siquiera que pueda permitir que un detenido fugue. No obstante ello, los policías están habilitados a examinar los aspectos físicos del teléfono (el exterior) para asegurarse que no vaya a ser usado como un arma. Una vez que el policía aseguró el teléfono y eliminó cualquier amenaza física potencial, no se entiende cómo el contenido del mismo pueda representar una amenaza a la detención. Como bien dijo el Tribunal de Distrito en el caso de Wurie: “Al revisar el teléfono, los oficiales sabían qué iban a encontrar: datos, así como también sabían que esos datos no podían causarles

⁴ “US. Vs. Chadwick” (1977), donde se nulificó la requisita de un casillero de 200 libras, que se había revisado sosteniendo que era un efecto personal del detenido en el lugar.

daño alguno”.

El Gobierno (nacional y estatal) sugirió en su recurso que la requisita de un teléfono celular puede ayudar a la seguridad del policía que hace la detención, ya que podría alertarlo, al examinar su contenido, que cómplices del detenido están yendo a ayudar a su fuga. La Corte responde que *“sin duda que esto puede ser cierto, pero ninguno de los dos ofreció prueba alguna como para sostener que su aserción se basa en experiencias de la actualidad”*.

Asimismo, sostiene la Corte que cualquier tipo de amenaza que se encuentre por fuera de la escena del arresto en sí, no se relaciona en absoluto con la detención. En este sentido, se dice que el interés en la protección del policía que hace la detención no justifica per se la dispensa de la orden judicial. En todo caso, si en algún caso se presenta particularmente, entonces deberá examinarse caso a caso la posibilidad de excepcionar la orden.

“De hecho –afirma el Tribunal-, en situaciones en las que una detención pueda disparar un borrado remoto del teléfono o en las que un policía descubra un teléfono desbloqueado, no queda claro cuál es el rédito que puede tener una requisita sin orden. Más aun, un borrado remoto del teléfono en absoluto representa una puesta en peligro de los oficiales que practican la detención”.

La excepción de requisita inmediata a la detención se basa no sólo en la volátil situación del arresto en cuanto al interés público, sino también en la reducida privacidad que se le representa a un detenido – un inocente – en el marco de su detención. Como bien señala el Juez Cardozo, conlleva el “dominio físico del Estado por sobre el cuerpo del acusado”, en “People vs. Chiagles”, de 1923.

Dice la Corte que *“entre sus alegatos, el Gobierno sostiene que la revisión de los datos que hay en un teléfono es materialmente indistinguible de la revisión de otros elementos que lleva encima el detenido. Esto es como decir que viajar a caballo es materialmente indistinguible de un vuelo a la luna. Ambas son formas de llegar del punto A al punto B, pero no hay mucho más para justificar un cambio entre ambas vías. Claramente, la revisión de un teléfono celular implica hoy en día mucho más que revisar un simple atado de cigarrillos. Esta objeción no tiene sustento alguno”*.

Afirma que *“el teléfono móvil difiere cuantitativa y cualitativamente de cualquier otro elemento que pueda ser habido en la persona o en su esfera inmediata de control. Hoy en día, estos aparatos son minicomputadoras que exceden la mera capacidad de llamar a otro aparato fijo o móvil, que es lo que define básicamente a un teléfono. Puede ser usado como cámara, grabador de audio, filmadora, biblioteca, diario, álbum, televisor, mapa, calendario. Hoy en día, con las capacidades de almacenamiento, quien tiene un teléfono móvil ha dejado de estar físicamente limitado por la realidad que lo rodea”*.

Reseña la Corte que estas mismas capacidades son las que tienen injerencia directa en la privacidad. En primer lugar, por el variopinto informativo que posee un Smartphone; segundo, porque dentro de un aparato de estos, es hoy posible encontrar un *racconto* de toda la vida de una persona, hasta sus aspectos más

íntimos y personalísimos, así como revelar todo su pasado, dónde estuvo hace meses, donde está ahora o dónde estará en un futuro, próximo y lejano. Hoy en día, la excepción es aquél que no tiene un teléfono de este tipo.

Ya en 1926 –muestra la Corte – Learned Hand⁵ exponía (en una opinión luego citada en “Chimel”) que es totalmente distinto buscar en los bolsillos de un hombre, a meterse en su casa y usar lo que allí vaya a encontrarse en su contra⁶.

Para complicarlo aun más, se suma la tecnología del almacenamiento online, o “Cloud”, por lo que si el teléfono tiene una aplicación de éstas (p.e. Dropbox, Google Drive, One Drive, etc.), ya no estará limitado a su propio contenido, sino que su revisión permitirá llegar a información o dispositivos que ni siquiera están físicamente allí o al alcance del detenido. De hecho, el propio Gobierno concuerda en que la excepción a la falta de orden no puede extenderse a examinar la información que obre en “la nube” pues, incluso, puede ser contenido privado también de otra persona o haber sido subido por un tercero.

Ya en el punto IV del fallo, el Tribunal dice: *“No negamos que nuestra decisión de hoy pueda tener un impacto en la capacidad del Estado de combatir el delito”. Luego, sostienen que el teléfono móvil se ha convertido en una herramienta vital para la coordinación y comunicación entre los miembros de las organizaciones delictivas, y que pueden proporcionar información de alta calidad sobre las actividades ilícitas de peligrosos criminales. La privacidad tiene un costo.*

Nuestro fallo no es, por supuesto, que un teléfono celular es inmune a una requisa, sino que requiere una orden para ser examinado, incluso cuando haya sido hallado en poder de un detenido. Históricamente, nuestros casos han reconocido al requisito de la orden judicial previa como una parte fundamental de nuestra maquinaria de gobierno y no como un simple inconveniente para lograr una policía eficiente”.

“Nuestros casos han reconocido que la Cuarta Enmienda fue la respuesta de la “generación fundadora” a los denostados “general warrants” (órdenes genéricas) y “writs of assistance” (autos de asistencia) de la época colonial, que les permitía a los soldados británicos meterse en los hogares y hurgar en forma ilimitada en busca de “evidencia de actividades ilícitas”. Incluso estos atropellos fueron determinantes en la propia Revolución”.

Y termina la opinión de la Corte con un párrafo estelar: *“Los teléfonos celulares no son solo un avance tecnológico más. Dentro de ellos se contiene mucha de la vida privada de los norteamericanos. Nuestra respuesta a la cuestión de qué debe hacer la policía antes de revisar un teléfono celular es simple: conseguir una orden judicial”.*

Y entonces revocan el fallo de la Corte californiana de apelaciones y reenvían el

⁵ Billings Learned Hand (27/01/1872 – 18/08/1961) fue un Juez y filósofo del Derecho de EE.UU. Se desempeñó en la Corte Federal de Distrito para el Distrito Sur de Nueva York y más tarde en la Corte de Apelaciones de Estados Unidos para el Segundo Circuito. Ha sido el juez de una instancia inferior a la Corte Suprema más citado por los estudiosos del derecho y por la propia Corte Suprema de los Estados Unidos.

⁶ US vs Kirschenblatt, 16 F. 2d 202, 203 (CA2).

caso para que se dicte otro fallo acorde a lo dicho, confirmando lo dicho por el Primer Circuito.

El Juez Alito emite un voto por separado, donde concluye en la misma tesitura, aunque varía algunos fundamentos menores.

4. Epílogo

Ya hemos dicho más arriba que la Corte de EE.UU. no suele ser un Tribunal que pegue volantazos jurisprudenciales, sino que suele ser consecuente con el espíritu social imperante y con el gobierno, intentando que la República se expida en un mismo bloque, ya sea a través del Ejecutivo, del Legislativo o del Judicial, asegurando una mayor gobernabilidad y una mejor armonía republicana. Claro está que esto no siempre fue así, ni será así, y ni siquiera es una realidad que pueda adaptarse a Argentina, pues estamos hablando de estructuras sociales, judiciales y políticas diferentes.

Lo que nos queda de este fallo es el freno al poder punitivo, evidenciado en la discrecionalidad policial al revisar a “sospechosos”, esto es, inocentes que ellos mismos dicen que “pueden ser” delincuentes, por lo que ellos mismos creen. Toda esta subjetividad e irracionalidad forma parte de otro esquema distinto al Estado republicano de Derecho.

Claro está que no se trata aquí de sostener que no es posible revisar un teléfono celular, sino que simplemente se requiere una orden judicial para ello.