

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA
ESCUELA DE POST GRADO
DOCTORADO EN DERECHO



**REPERCUSIONES JURÍDICAS POR LA INTERVENCIÓN DE
COMUNICACIONES Y TELECOMUNICACIONES REGULADAS
POR EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL EN LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES DE PERSONAS INVESTIGADAS**

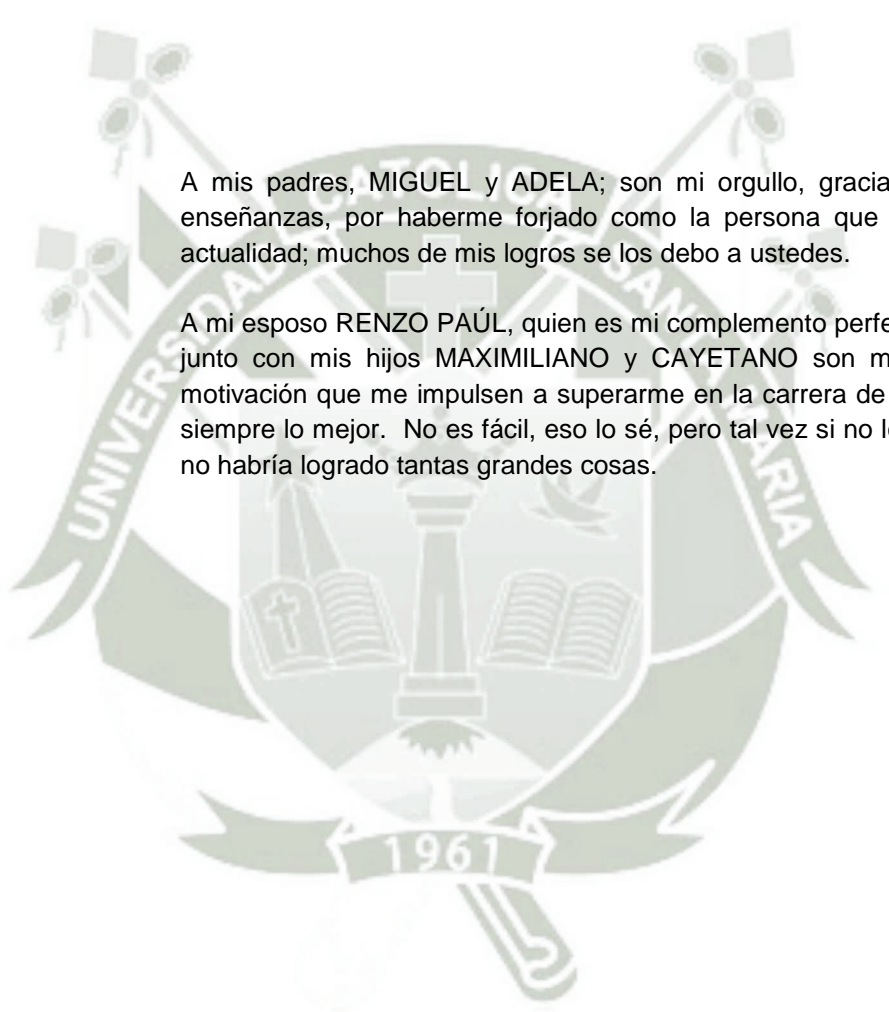
Tesis presentada por la Magíster

KATERINE SALAZAR CALDERON SAMALVIDES

Para optar el Grado Académico de

DOCTORA EN DERECHO

Arequipa – Perú
2016



A mis padres, MIGUEL y ADELA; son mi orgullo, gracias por sus enseñanzas, por haberme forjado como la persona que soy en la actualidad; muchos de mis logros se los debo a ustedes.

A mi esposo RENZO PAÚL, quien es mi complemento perfecto, quien junto con mis hijos MAXIMILIANO y CAYETANO son mi principal motivación que me impulsen a superarme en la carrera de ofrecerles siempre lo mejor. No es fácil, eso lo sé, pero tal vez si no los tuviera, no habría logrado tantas grandes cosas.

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| RESUMEN..... | 6 |
| SUMARY | 7 |
| CAPITULO I | |
| SECRETO DE LAS COMUNICACIONES E INTERVENCIÓN TELEFÓNICA | |
| I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN..... | 8 |
| II. CONCEPTOS GENERALES SOBRE INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES..... | 9 |
| III. LA CONCORDANCIA CONSTITUCIONAL DE LA INTERCEPTACIÓN TELEFÓNICA..... | 14 |
| IV. FUNDAMENTOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA INTERCEPTACIÓN TELEFÓNICA..... | 18 |
| 4.1. La interceptación telefónica como medio para evitar la comisión de delitos. | 18 |
| 4.2. La interceptación telefónica como medio para la interrupción de la comisión de un delito. | 18 |
| 4.3. La interceptación telefónica como medio para investigar delitos..... | 19 |
| V. REQUISITOS DE LICITUD EN LA ADOPCIÓN DE UNA MEDIDA DE INTERVENCIÓN TELEFÓNICA | 19 |
| 5.1. Competencia judicial y procedimiento determinado. | 20 |
| 5.2. Existencia de indicios delictivos..... | 21 |
| 5.3. Principio de proporcionalidad..... | 22 |
| 5.4. Delitos que justifican la interceptación telefónica..... | 23 |
| 5.5. Deber de motivación..... | 24 |
| 5.5.1. La motivación según el Tribunal Constitucional | 25 |
| VI. LIMITES A LA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA..... | 27 |
| 6.1. El marco normativo internacional. | 27 |
| 6.2. Exigencias constitucionales..... | 28 |
| 6.3. La tratativa jurisprudencial internacional. | 29 |
| 6.4. La doble lesión constitucional. | 32 |

CAPITULO II

ALCANCES DEL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y LAS RESTRICCIONES AL MISMO

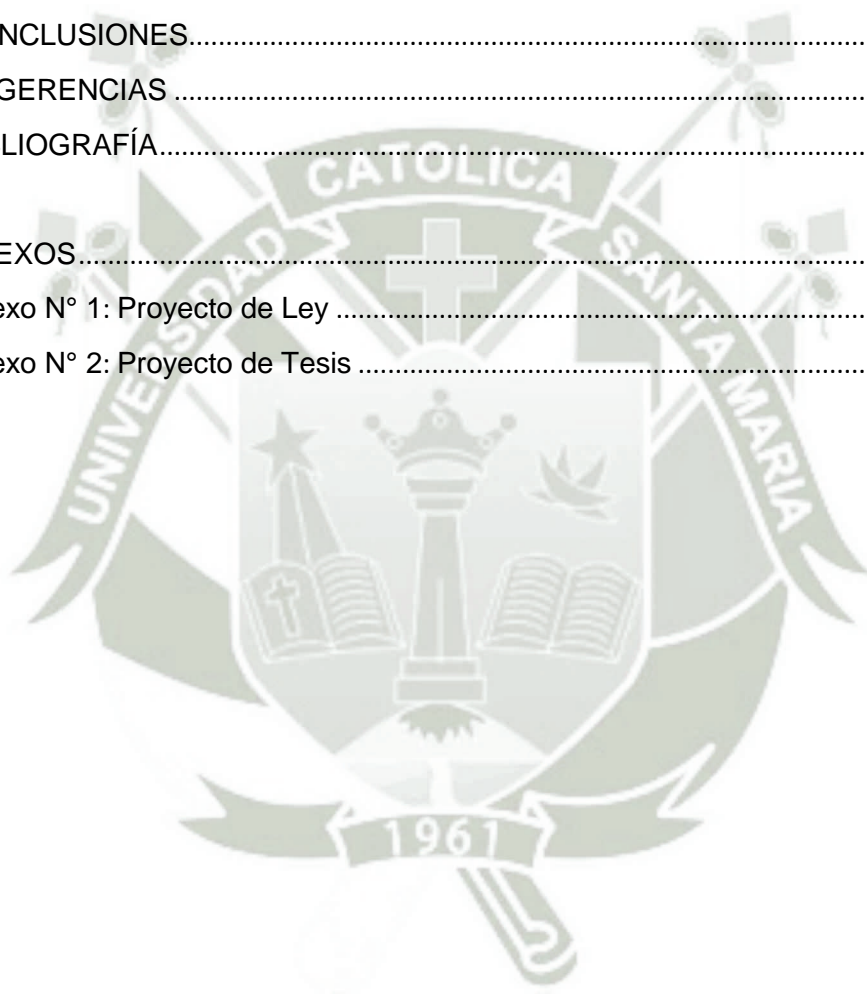
| | | |
|-------|--|----|
| I. | CONSIDERACIONES GENERALES | 35 |
| II. | ELEMENTOS DEL DERECHO A LAS COMUNICACIONES..... | 37 |
| | 2.1. Contenido del Derecho..... | 37 |
| | 2.2. Titularidad del Derecho | 38 |
| | 2.3. Contenido formal..... | 39 |
| | 2.4. Límites al derecho y colisión con otros derechos. | 39 |
| | 2.5. Mecanismos de protección procesal..... | 40 |
| III. | CONCEPTOS GENERALES AL DERECHO A LA INTIMIDAD | 40 |
| IV. | EL DERECHO A LA INTIMIDAD | 42 |
| | 4.1. Alcances del Derecho a la Intimidad..... | 44 |
| | 4.2. ¿Cuándo podemos señalar que hay vulneración al Derecho a la Intimidad?..... | 45 |
| | 4.3. La restricción de derechos fundamentales en la investigación penal.. | 47 |
| V. | DEL DERECHO A LA INTIMIDAD Y EL DERECHO A LA VIDA PRIVADA. | 50 |
| VI. | IMPLEMENTACIÓN DE PRINCIPIOS QUE RESGUARDEN EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD Y PROTEJA LA VIDA PRIVADA. | 53 |
| VII. | ALCANCES DE NUESTRA JURISPRUDENCIA SUPRANACIONAL. | 57 |
| | 7.1. El recordado caso Escher y otros contra Brasil..... | 57 |
| | 7.1.1. Generalidades del caso Escher y otros contra Brasil..... | 58 |
| | 7.1.2. Consideraciones de fondo del caso en razón a la protección de la honra y la dignidad..... | 58 |
| VIII. | REGULACION INTERNACIONAL EN RAZON A ESCUCHAS TELEFONICAS..... | 60 |

CAPITULO III

LA EJECUCIÓN DE LA MEDIDA DE INTERCEPTACIÓN TELEFÓNICA Y LA VALORACIÓN DE LOS HALLAZGOS Y SU REPERCUSIÓN EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

| | | |
|------|--|----|
| I. | CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL TEMA..... | 64 |
| II. | LOS HALLAZGOS CASUALES EN LAS INTERCEPTACIONES TELEFONICAS..... | 65 |
| III. | EL VALOR PROBATORIO DE LOS HALLAZGOS..... | 67 |

| | | |
|--------|--|-----|
| 3.1. | Consideraciones para examinar la validez de los hallazgos. | 70 |
| 3.1.1. | Jurisprudencia internacional relevante - España | 70 |
| 3.1.2. | La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el Perú..... | 72 |
| IV. | LAS ESCUCHAS TELEFONICAS Y LOS HALLAZGOS “CASUALES” | 76 |
| V. | UN VISTAZO AL MARCO NORMATIVO COMPARADO Y NACIONAL SOBRE LOS HALLAZGOS CASUALES. | 81 |
| VI. | CONSIDERACIONES GENERALES EN RAZÓN A LA INVESTIGACIÓN REALIZADA Y SU CONTRASTE CON LA PRÁCTICA DE LA REALIDAD. 86 | |
| | CONCLUSIONES..... | 90 |
| | SUGERENCIAS | 92 |
| | BIBLIOGRAFÍA..... | 94 |
| | ANEXOS..... | 98 |
| | Anexo N° 1: Proyecto de Ley | 99 |
| | Anexo N° 2: Proyecto de Tesis | 115 |



RESUMEN

La presente investigación titulada “La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal y su repercusión en el derecho a la intimidad”, nos ha obligado a revisar no solo la doctrina en razón al tema, sino también la legislación comparada, en la medida que la jurisprudencia internacional es la que ha servido a los fueros judiciales y constitucionales de nuestro país para regular los mecanismos de lucha contra el crimen organizado sin violentar derechos fundamentales.

Si bien es cierto cada vez se hace necesario contar con herramientas que ayuden a desarticular organizaciones criminales y sea la interceptación telefónica una de las medidas más efectivas, puede generarse situaciones donde producto de la intervención se recoja información que sea lesiva al sujeto intervenido, cuando dicha información no forma parte del mandato judicial que propicia la intervención.

Si bien nuestra investigación desarrolla conceptos y alcances en torno a la interceptación telefónica, el derecho a la intimidad y privacidad, la valoración de los “hallazgos” producto de las intervenciones, nos obliga a responder si la utilización de los mismos diferente proceso judicial contraviene el artículo 2.10 de la Constitución peruana, al considerar el mismo que todo tipo de información obtenida ilícitamente debe ser destruida, llevándonos también, a analizar si los hallazgos son “prueba lícita” o “prueba ilícita” y de ser el caso, de considerarla lícita dicha posición no lesiona derechos fundamentales.

Desarrollada en un lenguaje sencillo y articulado, la presente investigación responde a las preguntas formuladas, planteando alternativas de valoración y una propuesta normativa de regulación y principios que deben ser considerados al momento de autorizar una medida de intervención de comunicaciones por parte de un Juez, primando en todo momento, los derechos a la intimidad y privacidad de la persona, siendo este último derecho, desconocido para nuestra legislación, pero necesario para delimitar ámbitos de protección de derechos fundamentales, que hemos desarrollado oportunamente el páginas siguientes.

Si bien es cierto sobre valoración de “hallazgos” existen diversas teorías de influencia del Derecho Penal, la presente investigación se circunscribe al Derecho Constitucional, considerando la primacía de los derechos fundamentales sobre el marco normativo, si bien, los derechos fundamentales no son absolutos, las restricciones deberán contener mandatos debidamente motivados.

SUMMARY

This research entitled “Research of telephone communications in criminal proceedings and whether impact on the right to privacy”, you forced us to revise not only the doctrine in reference to the subject, but also comparative law, in international jurisprudence as is what has served the judicial and constitutional authorities of our country to regulate the mechanisms to combat organized crime without violating fundamental rights.

Albeit increasingly necessary to have tools to help dismantle criminal organizations and the wiretapping telephone is one of the most effective measures, it can be generated situations where intervention that is collected is adversely affecting the subject involved, when such information is not part of the injunction which promotes intervention.

Although our research develops concepts and scope around the wiretapping, right to privacy and privacy, the assessment of the “findings” products of interventions, forces us to respond if the use thereof are different from the legal process contravenes Article 2.10 of the Peruvian Constitution, when considering the same as all types of information obtained illicitly must be destroyed, taking us too, to analyze whether the findings are “illegal evidence” or “proof lawful” and if so, to consider it lawful that position does not infringe fundamental rights.

Developed in simple language and articulated, this research answers to questions, formulating alternatives assessment and regulation proposed regulations and principles that should be considered when a measure authorizing interception of communications by a Judge, giving priority at all times, rights to privacy and privacy of the person, this right being last, unknown to our legislation, but necessary to delineate areas of protection of fundamental rights, we have developed promptly on these pages.

Although it is true valuation of “findings” there are several theories of influence of Criminal Law, this investigation is confined to the Constitutional Law, considering the primacy of fundamental rights on the training table, while, fundamental rights are absolute, restrictions must contain duly motivated mandates

CAPITULO I

SECRETO DE LAS COMUNICACIONES E INTERVENCIÓN TELEFÓNICA

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN.

El derecho al secreto de las comunicaciones que consagra el artículo 2° Inc. 10 de la actual Constitución Política de 1993, pero podemos avizorar que el mismo precepto se encuentra recogido por primera vez en artículo 8° de la Constitución de 1979, según el cual, se prohíbe todo tipo de violación al secreto de las comunicaciones. Como antecedente histórico el derecho a la difusión de información y acceso a la misma se reconoce desde 1812 con la Constitución de Cádiz del mismo año, al establecer la libertad de imprenta como el primer atisbo de libertad de comunicación, el mismo que en la historia constitucional peruana ha evolucionado en los diversos textos constitucionales, hasta concretarse en la Constitución de 1979 antes citada.

El derecho al secreto de las comunicaciones es una de las manifestaciones del derecho a la intimidad que ha sido materia delicada de regulación por parte del texto constitucional, ello, al momento de establecer las restricciones en su contenido ya sea a los internos en centros penitenciarios en razón a las condiciones de reclusión, como también, las establecidas por mandato judicial en las investigaciones preliminares que realiza el Ministerio Público en su afán de descubrir la comisión de delitos. Es así, que el secreto de las comunicaciones entre los internos y sus abogados defensores o los investigados, se ven afectados no sólo al derecho a la intimidad sino también al derecho de defensa, lo cual, es parte de una particular controversia.

La validez de las intervenciones de las comunicaciones –en cualquiera de sus modalidades- y su utilización como medio de prueba en el proceso penal, ha sido objeto de diversos estudios por especialistas penales, pero siempre el punto en cuestionamiento ha sido la validez de la prueba obtenida en razón a la “intervención” y que su incorporación al procedimiento sea de forma predeterminada, no arbitraria, conllevando ello al respeto de principios esenciales

que deben regir el proceso penal como el inmediación, contradicción, oralidad y publicidad que son propios de todo proceso.

En la actualidad, las interceptaciones telefónicas son solicitadas por el fiscal investigador y ordenadas por el juez de investigación preparatoria, por un determinado tiempo, siendo que la interceptación se realizará para recolectar información que sea relevante para los fines de la investigación, siendo que ello nos llevaría a preguntarnos ¿Para la obtención de información relevante es necesario realizar una intervención de comunicaciones?, de interceptación de telecomunicaciones, ¿Se vulnera el derecho a la intimidad personal cuando se intercepta comunicaciones de una persona de no obtener algún resultado?, siendo precisamente el objeto de la presente tesis, denotar que se vulnera el derecho a la intimidad de las personas al desarrollarse las intervenciones telefónicas sin mediar juicios de proporcionalidad ni de necesidad que justifiquen tal intervención.

En el presente capítulo nos centraremos en analizar la validez de las intervenciones de las comunicaciones, determinando el ámbito de validez de las mismas como medio de prueba en el proceso penal y en especial en el Código Penal, lo cual, conlleva a un cuestionamiento técnico-jurídico, el mismo que no puede ser ajeno al respeto de derechos y garantías individuales y que se encuentran consagradas en nuestra Constitución, sin que ello signifique el negar de plano el valor que tienen estos medios de prueba en la investigación de hechos delictivos y la utilidad de los mismos para la determinación de responsabilidades y solución de procesos penales.

II. CONCEPTOS GENERALES SOBRE INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES

Dentro del proceso penal, la intervención de las comunicaciones telefónicas y la interceptación de comunicaciones escritas o telegráficas, se ha convertido en una herramienta útil en las investigaciones penales, convirtiéndose en una intromisión por parte del Ministerio Público y Poder Judicial frente a diversos derechos fundamentales de las personas contemplados en la Constitución, ello en el fin de averiguar la verdad y la relación de los pasibles de restricción con hechos delictivos.

Si bien el fin de la restricción de las comunicaciones en general tiene un fin positivo, ello no puede justificar un fin desmedido, como bien sostiene un sector de la doctrina el mismo que señala “no se puede obtener la verdad real a cualquier precio”, ya que sólo resulta lícito el descubrimiento de la verdad cuando se hace compatible con el respeto y garantía de los derechos fundamentales”¹. En tal sentido, dichas restricciones pueden resultar compatibles con el respeto a la dignidad e intimidad o vida privada de la persona humana, cuando se permiten intromisiones, en principio legítimas, en la vida privada, si y solamente si existe proporcionalidad entre el derecho vulnerado y la restricción efectuada. En tal sentido, podemos agregar un requisito adicional al de proporcionalidad como es el de la motivación de la restricción, conllevando ello a no establecer una potestad abierta para la restricción “intervención” de las comunicaciones, la misma que no puede ser permanente ni mucho menos desmotivada.

Podríamos hablar de ilicitud de la intervención de comunicaciones telefónicas e interceptación de comunicación escrita, cuando no se haya respetado las disposiciones normativas establecidas para tales casos y que constituyan los resultados de las mismas como prueba, caso contrario, estaríamos ante conductas que en muchos países han sido reconocidas como delitos dentro de sus Códigos Penales.

Es menester detenernos en este punto antes de seguir analizando los requisitos para la adopción de una medida de intervención telefónica, siendo importante hacer referencia a conceptos que parecerán en el desarrollo de la presente tesis.

a) Concepto de secreto.

Respecto al concepto de “secreto”, podemos apreciar que existen diversidad de definiciones que el Diccionario de la Real Academia Española prevé de “secreto”, acogiendo para tal caso la siguiente: “cosa que cuidadosamente se tiene y oculta”. En tal sentido, el contenido de la comunicación es el fundamento de la reserva, es por ello que Martín Morales, señala que el concepto de secreto “alcanza, pues, a todos los datos relativos a la comunicación” de forma que “los aspectos del

¹ **RUIZ, Estrella**, Entrada y registro, interceptaciones de comunicaciones postales, telefónicas, etc., en: Medidas restrictivas de los derechos fundamentales, CDJud, Madrid, 1996, pp. 354 y ss.

proceso de comunicación que no sean notorios a terceros deben quedar también protegidos dentro del contenido constitucional.

b) Concepto de comunicación.

El Inc. 10 del artículo 2° de la Constitución no da una definición clara de que se debe entender por “comunicación”, para ello es necesario recurrir a la doctrina²la misma que refiere que comunicación puede alcanzar a todos los medios de intercambio de información, ya sean estos antiguos o modernos y todos los que vengan en adelante, cuya interceptación sea realizada en canales cerrados o privados, aquellos que no son de fácil acceso y que solo es de interés del emisor y receptor.

c) Concepto de intervención telefónica

Para la profesora Anna Marco, define apropiadamente el concepto de intervención telefónica, de la siguiente forma:

“Las intervenciones telefónicas implican una actividad de control de las comunicaciones entre particulares a través de dicho medio y pueden conceptuarse como unas medidas instrumentales que suponen una restricción del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y que aparecen por el Juez de Instrucción en la fase instructora o sumarial del procedimiento penal, bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuales éste se comunique, con la finalidad de captar el contenido de las conversaciones para la investigación de concretos delitos y para la aportación en su caso, de determinados elementos probatorios”³.

Por otra parte, el profesor López Fragozo señala que las intervenciones telefónicas pueden definirse:

“(…) como aquellas medidas instrumentales restrictivas del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas, ordenadas y ejecutadas en la fase instructoria de un proceso penal bajo la autoridad del órgano jurisdiccional competente frente a un imputado –u otros sujetos de los que éste se sirva para comunicarse-, con el fin de, a través de la captación del contenido de lo comunicado o de otros aspectos del proceso de

² **MARTIN MORALES, Ricardo**, El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones, Ed. Civitas, Madrid, 1995, p. 44.

³ **MARCO URGELL, Anna**, La intervención de las comunicaciones telefónicas: grabación de las conversaciones propias, hallazgos casuales y consecuencias jurídicas derivadas de la ilicitud de la injerencia, Facultad de Derecho Departamento de Ciencia Política y de Derecho Público, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2010, p. 54.

comunicación, investigar determinados delitos, averiguar el delincuente y, en su caso, aportar al juicio oral determinados elementos probatorios”⁴.

En torno a la naturaleza jurídica de la medida de intervención telefónica se ha escrito en forma limitada en nuestro país, pero algo que nos queda claro es que dicha restricción tiene una doble función, por un lado, desempeña una función investigadora (medio lícito para realizar investigación, recabar elementos de convicción) y por otra, puede ser entendida como un medio de prueba en sí (actualmente equiparada como prueba documental⁵).

En lo que respecta a la jurisprudencia internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso Escher y otros vs. Brasil, del 6 de julio de 2009, ha señalado que el derecho a la vida privada previsto en el artículo 11° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege:

“las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla”.

De ese modo, el derecho a la vida privada tutela:

“a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido e incluso puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones”.

En base a lo señalado, consideramos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha puesto énfasis a la protección al derecho a la vida privada, el mismo que se materializa cuando sujetos distintos a los interlocutores, no puedan tener acceso a la conversación, convirtiendo tal acción en actos ilícitos.

⁴ Para más detalles en lo que se refiere a validez de la medida de intervención telefónica se refiere, **PAZ RUBIO, José María, MENDOZA MUÑOZ, Julio** y otros, en: La prueba en el proceso penal, su práctica ante los Tribunales, ED. Colex 1999, p. 209.

⁵ En nuestro país, para determinar la validez del contenido de las conversaciones telefónicas interceptadas como medio de prueba documental en el proceso penal, es preciso que se haya realizado las transcripciones de las grabaciones realizadas, tarea que es supervisada y validada por un fiscal.

Sobre este punto, resulta interesante recoger la interesante opinión que López-Fragoso Álvarez citado anteriormente, quien señala sobre la admisibilidad constitucional o no de la medida de intervención telefónica, considerando que existe el Derecho a la no autoinculpación, considerando que el inculpado tiene derecho a no declarar contra sí mismo y el fondo de la interceptación telefónica es conseguir declaraciones auto inculpatorias del imputado, postulado que el mismo autor considera que dicha limitación del derecho de defensa del imputado (a través del levantamiento del secreto de las comunicaciones mediante autorización judicial) no es contradictorio al Derecho de no autoinculpación, siempre y cuando se respeten todas las garantías contenidas en el Inc. 10 del artículo 2° de la Constitución.

Dicha percepción puede considerarse correcta si partimos de la base que el derecho al secreto de las comunicaciones no está reconocido de un modo absoluto en nuestro ordenamiento jurídico, y por tanto, si el mismo precepto constitucional que lo reconoce ya prevé su limitación en el propio articulado constitucional citado, resultando legítima la injerencia en el ámbito privado de las comunicaciones y en definitiva no supondría una infracción a la Constitución⁶.

d) Titulares del Derecho

Cabe resaltar que son titulares de derecho al secreto de las comunicaciones todas las personas en el concepto general de su alcance, es decir las personas naturales y las personas jurídicas, ello, haciendo especial incidencia en aquellos aspectos que consideramos más interesantes tales como la situación de la persona física o jurídica que se halle incurso en un procedimiento judicial de interceptación telefónica, con ello también, el reconocimiento de los derechos fundamentales contemplado en el Inc. 10 del artículo 2° de la Constitución, lo cual alcanza a las personas jurídicas de Derecho Privado y de Derecho Público y así como la relevancia de su intervención.

⁶ Hay que tener presente que existen ciertos valores en una sociedad democrática que pueden justificar en determinados casos la injerencia en el ámbito privado de las comunicaciones, como puede ser la investigación de graves hechos delictivos, siempre que exista un control judicial efectivo de la medida de intervención telefónica. RIVESSEVA, Antonio, La intervención de las comunicaciones en la jurisprudencia penal, Ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 213.

III. LA CONCORDANCIA CONSTITUCIONAL DE LA INTERCEPTACIÓN TELEFÓNICA.

Como bien lo hemos señalado, nuestra Constitución Política de 1993 en el Inc. 10 del artículo 2º, garantiza la inviolabilidad de la correspondencia, ello en sus diversas manifestaciones, señalando también la excepcionalidad de la interceptación de las mismas, ello bajo mandato judicial dictada por juez competente y bajo las formalidades que la propia Constitución establece.

El mandato constitucional señala:

Artículo 2º. - Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial.

En necesario recordar que el Estado en su tarea de velar por la seguridad ciudadana y luchar contra la delincuencia común y el crimen organizado, ha implementado diversas leyes que tienen un contenido contrario al mandato constitucional, pero ello no las hace inconstitucionales, sino que acude al principio de que los derechos fundamentales no son absolutos, sino que caben ser restringidos.

En tal sentido, con la aprobación y posterior publicación del nuevo Código Procesal Penal el 28 de julio de 2004, se aprueba los artículos 230º y 231º del mismo cuerpo normativo, los mismos que regulan el procedimiento y ejecución de la medida de intervención de las comunicaciones, sin embargo los artículos acotados son de carácter general y necesariamente han sido complementados con normas adicionales, las mismas que han buscado determinar conductas delictivas atribuibles a los integrantes o participantes de las organizaciones

criminales, buscando sancionar conductas delictivas contenidas en tipos penales regulados en normas sustantivas.

El nuevo Código Procesal Penal, contempla en el artículo 230° las condiciones siguientes: Es el Fiscal quien previo análisis y determinación de la existencia de suficientes elementos de convicción para determinar la comisión de un delito sancionado con pena superior a los cuatro años de pena privativa de la libertad y quien justifique que la intervención sea absolutamente necesaria para proseguir las investigaciones, sea quien pueda solicitar al Juez de la Investigación Preparatoria la intervención y grabación de comunicaciones telefónicas, radiales o de otras formas de comunicación. Pero dicha potestad también tiene límites, ello dependerá si los elementos de convicción tenidos en consideración para ordenar la medida desaparecen o hubiere transcurrido el plazo de duración fijado para la misma, ella deberá ser interrumpida inmediatamente. Por otra parte, la interceptación no puede durar más de treinta días; pero, excepcionalmente podrá prorrogarse por plazos sucesivos, previo requerimiento del Fiscal y decisión motivada del Juez de la Investigación Preparatoria.

De igual forma el artículo 231° del NCPP, por su parte, se regula lo referido al registro de la intervención de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación. En base a dicho registro, la intervención de comunicaciones telefónicas, radiales o de otras formas de comunicación que trata el artículo 231°, será registrada mediante su grabación magnetofónica u otros medios técnicos análogos que aseguren la fidelidad del registro. La grabación será entregada al Fiscal, quien dispondrá su conservación con todas las medidas de seguridad correspondientes y cuidará que la misma no sea conocida por terceras personas. El Fiscal dispondrá la transcripción escrita de la grabación, levantándose el acta correspondiente, sin perjuicio de conservar los originales de la grabación. Las comunicaciones que fueren irrelevantes para el procedimiento serán entregadas, en su oportunidad, a las personas afectadas con la medida, y se destruirá toda la transcripción o copias de ellas por el Ministerio Público. No rige esta última disposición respecto de aquellas grabaciones que contuvieren informaciones relevantes para otros procedimientos en tanto pudieren constituir un hecho punible.

Por otra parte, del mismo artículo en comentario se desprende que una vez ejecutada la medida de intervención y realizadas las investigaciones inmediatas en relación al resultado de aquélla, debe ponerse en conocimiento de las mismas al afectado de todo lo actuado, quien podrá solicitar el reexamen judicial, dentro del plazo de tres días de notificado. Cabe resaltar que la notificación al afectado sólo será posible si el objeto de la investigación lo permitiere y en tanto no pusiere en peligro la vida o la integridad corporal de terceras personas. El secreto de las mismas requerirá resolución judicial motivada y estará sujeta a un plazo que el Juez fijará.

Cabe resaltar que los artículos reseñados son normas de carácter generales, siendo necesario un desarrollo jurisprudencial que pueda complementar el texto normativo y haga que se apliquen de la mejor forma posible para cada caso, debiendo tomar en cuenta en todo momento el principio de proporcionalidad a la hora de limitar los derechos fundamentales. En ese sentido, el juez debe recurrir al test de proporcionalidad al momento de autorizar una intervención telefónica, entendiendo por ponderación, el criterio que “permite medir, controlar y determinar que aquellas injerencias directas o indirectas, tanto de los poderes públicos como de los particulares, sobre el ámbito o esfera de los derechos de la persona humana, respondan a criterios de adecuación, coherencia, necesidad, equilibrio y beneficio entre el fin lícitamente perseguido y los bienes jurídicos potencialmente afectados o intervenidos, de modo que sean compatibles con las normas constitucionales⁷”.

No podemos dejar de lado, la Ley N° 27697⁸, la misma que permite efectuar la recolección y escucha de conversaciones telefónicas entre los integrantes de las

⁷ **RAMÍREZ BUSTAMANTE**, Juan Ezequiel, El Sistema Constelación. Aportes a la lucha contra el crimen desde una perspectiva comparada, Tesis para optar el grado de Magíster en Ciencia Política y Gobierno, con mención en Gestión Pública y Políticas Públicas, PUCP, Lima, 2015, 62.

⁸ **Artículo 1.- Marco y finalidad**

La presente Ley tiene por finalidad desarrollar legislativamente la facultad constitucional dada a los jueces para conocer y controlar las comunicaciones de las personas que son materia de investigación preliminar o jurisdiccional.

Sólo podrá hacerse uso de la facultad prevista en esta ley en los siguientes delitos:

- Secuestro agravado
- Tráfico de menores
- Robo agravado
- Extorsión agravada
- Tráfico ilícito de drogas
- Asociación ilícita para delinquir
- Delitos contra la humanidad
- atentados contra la seguridad nacional y traición a la patria
- Peculado
- Corrupción de funcionarios
- Terrorismo
- Delitos tributarios y aduaneros

organizaciones criminales. Dicha ley otorga facultades a los jueces para conocer y controlar las comunicaciones de las personas que son materia de investigación preliminar o jurisdiccional, en los delitos de secuestro agravado, tráfico de menores, robo agravado, extorsión agravada, tráfico ilícito de drogas, asociación ilícita para delinquir, delitos contra la humanidad, atentados contra la seguridad nacional y traición a la patria, peculado, corrupción de funcionarios, terrorismo, delitos tributarios y aduaneros, revisado el contenido de la Ley acotada, podremos ver la facultad que se otorga al juez para autorizar la intervención de las comunicaciones.

Si analizamos el contenido del mandato constitucional, podemos atender que la Constitución establece que “las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos **sólo pueden ser abiertos**, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez”, en tal sentido, debe entenderse que la interceptación de las comunicaciones debe darse como un hecho inevitable, el mismo que compete en forma exclusiva al Juez, estableciendo como pre requisito la “motivación” de dicho mandato.

A diferencia de otras normas de orden internacional comparado, podemos apreciar que el mandato constitucional peruano no establece la finalidad ni delimita el ámbito de aplicación de la restricción, como es el caso del artículo 29° de la Constitución de Guatemala, la misma que encuentra es desarrollada en el artículo 48° del Decreto 20-2006, que establece:

“Cuando sea necesario evitar, interrumpir o investigar la comisión de los delitos regulados en los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, de la presente Ley, podrá interceptarse, grabarse y reproducirse, con autorización judicial, comunicaciones orales, escritas, telefónicas, informáticas y similares que utilicen el espectro electromagnético, así como cualesquiera de otra naturaleza que en el futuro existan”⁹.

En el caso peruano la Ley N° 27697, establece la facultad de “conocer” y “controlar” las comunicaciones de las personas materia de investigación por parte de los jueces, preceptos que no justifican en suma tal potestad y restricción a diferencia de la norma acotada de Guatemala, más aún, cuando la norma no tiene

⁹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Decreto 21-2006, Ley Contra la Delincuencia Organizada, Librerías Jurídicas, Guatemala, 2006, artículo 48°.

un fin preventivo ni predictivo, lo cual nos llama a preguntarnos ¿Cuándo es necesario evitar, cuando es necesario interrumpir y cuando es necesario investigar la comisión de delitos y de qué forma ha de surgir dicha necesidad para que se autorice las escuchas telefónicas?

IV. FUNDAMENTOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA INTERCEPTACIÓN TELEFÓNICA.

La importancia de un adecuado marco normativo que regule la interceptación telefónica es importante, porque sirve de fundamento en el accionar del juez, lo cual podemos comprobar al desarrollar los preceptos contenidos en la Ley de Guatemala, la misma que fundamenta tal restricción de la forma siguiente:

4.1. La interceptación telefónica como medio para evitar la comisión de delitos.

Si consideramos el término “evitar” dentro del alcance de apartar algún daño, peligro o molestia impidiendo que suceda, podemos considerar que la necesidad de ejecución de dicha medida surge como una acción preventiva por parte del Estado, en consiguiente dicha medida es adecuada como mecanismo de para contrarrestar las acciones del crimen organizado que aún no se hayan realizado. El fundamento de “evitar”, parte de la necesidad de contar con indicios preliminares concretos y no de simples supuestos, siendo los mismos de convicción del Juez al momento de autorizar la restricción del secreto de las comunicaciones, lo cual implica la intromisión en la vida privada del intervenido, precepto que no puede ser aplicable en todos los casos.

4.2. La interceptación telefónica como medio para la interrupción de la comisión de un delito.

Si entendemos el término de “interrumpir” como cortar la continuidad de algo en el lugar o tiempo, para que este presupuesto normativo se concrete debe existir con anterioridad la existencia de comisión de actos delictivos, donde la implementación de las escuchas telefónicas sirva como elemento para obtener datos que permita a las autoridades el tomar medidas destinadas a interrumpir el acto y de ser posible capturar a los delincuentes.

Dicha postura encuentra límites en la justificación de la interceptación telefónica en actos delictivos propios de la delincuencia organizada, más no de aquellos actos delictivos comunes, donde los indicios previos serán suficientes para diferenciar la necesidad de implantar tal medida.

4.3. La interceptación telefónica como medio para investigar delitos

El fin de la investigación es hacer diligencias para descubrir algo, realizando las diligencias necesarias a efecto de encontrar algo y de esta forma contrarrestar la delincuencia organizada, en tal sentido, la pretensión de tales medidas es causar la menor lesión de derechos fundamentales de los sujetos pasivos de las mismas.

Para este tipo de investigación debe darse todas las diligencias necesarias para descubrir la comisión de un delito, tomando en consideración los ilícitos cometidos, los posibles responsables y así reconstruir los hechos y llegar a los responsables, obteniendo medio de prueba que sean idóneos para obtener una condena.

V. REQUISITOS DE LICITUD EN LA ADOPCIÓN DE UNA MEDIDA DE INTERVENCIÓN TELEFÓNICA

Cuando tenemos que analizar los elementos que son necesarios para autorizar la adopción de una medida de intervención telefónica, cabe diferenciar los requisitos que están establecidos en la Constitución, como es la existencia de una resolución judicial motivada, proporcional, específica y que nace de un proceso judicial, entre otros existentes, y los requisitos de legalidad ordinaria, como vendrían a ser la limitación temporal de la medida.

Nuestro país tiene una joven jurisprudencia en razón a estos temas, sólo el Código Procesal Penal ha regulado en mínimo requisitos que deben ser tomados en cuenta el momento de adoptar una medida de intervención telefónica, en tal sentido recurrimos a la doctrina colombiana, quienes han señalado lo siguiente:

5.1. Competencia judicial y procedimiento determinado.

Es un requisito constitucional la autorización judicial para una intervención telefónica, tal como lo podemos apreciar el Inc. 10 del artículo 2º de la Constitución, el mismo que garantiza el secreto de las comunicaciones salvo mandato judicial en contrario. Dicho precepto constitucional determina la competencia al Juez de ser el único que pueda autorizar la medida restrictiva debiendo analizar los indicios existentes –relación entre personas y el delito investigado- los cuales deben ser valorados para justificar la proporcionalidad de la medida¹⁰.

Si bien la competencia ya está determinada por norma, el problema que viene posteriormente es el trámite o cauce procedimental en el cual debe desarrollarse la medida de intervención telefónica en la vía judicial, siendo ello discutible tanto a nivel doctrinario como el jurisprudencial, ello, al momento de diferenciar la investigación en diligencias determinadas y diligencias indeterminadas¹¹.

La doctrina ha es mucho más reacia al momento de admitir las diligencias indeterminadas, es decir, considera que es necesario la existencia de una instrucción penal previa, diligencias previas y en suma la existencia de una instrucción formal pre existente como bien señala López Borja De Quiroga, ello, a fin de evitar escuchas predelictuales o de prospección, es tal sentido será necesario la existencia de una causa penal en trámite, no siendo admisibles las intervenciones telefónicas acordadas en el marco de diligencias indeterminadas. Contraria a dicha percepción encontramos a Rodríguez Lainz, quien estima la procedencia de la intervención telefónica previa al inicio de un proceso existente, considerando para tal caso los indicios existentes de prospección y predelictuales obtenidos a fin de fundar la existencia de las diligencias previas (interceptaciones) y así justificar los procesos penales.

En nuestro país, la doctrina y la jurisprudencia ha experimentado un proceso evolutivo desde inicios del presente siglo a la actualidad, en el sentido de permitir irrestrictamente las interceptaciones telefónicas como medida previa al inicio de un proceso penal - desestimando la tesis del cauce penal necesario discutida en

¹⁰ RIVES SEVA, Antonio, La intervención de las telecomunicaciones en la jurisprudencia penal.

¹¹ RODRIGUEZ LAINZ, José Luís, La intervención de las telecomunicaciones,

Colombia- pero ello no deja de lado el respeto de los principios fundamentales de competencia exclusiva jurisdiccional y control judicial ponderado de la medida de intervención telefónica.

En ese orden de ideas, a nuestro juicio entendemos que las formalidades y los requerimientos para dar inicio al levantamiento de las comunicaciones telefónicas, deben estar fundadas en mayores instrumentos que el simple parte policía (que recoge el dato del informante), una nota de agente (información de campo) que conlleve a indicio delictivos suficientes en base a los cuales se justifique el inicio de la medida y esta sea proporcional.

5.2. Existencia de indicios delictivos.

Dicho requisito se configura en un requerimiento de orden legal más no constitucional en nuestro ordenamiento nacional, si revisamos el contenido del inc. 10 del artículo 2º de la Constitución, verificaremos la inexistencia de dicho requerimiento, considerando ello como una deficiencia normativa en la restricción del derecho, dado que no existiría una determinada protección al derecho en base a la proporcionalidad.

Una de las preguntas que podemos hacernos es ¿que entendemos por indicios delictivos?, término que en nuestro sistema ha sido equiparado a sospecha fundada siguiendo el modelo colombiano inicialmente, al considerar el criterio del conocido caso Naseiro¹², el mismo que puso en evidencia la insuficiencia normativa existente sobre las intervenciones telefónicas en nuestro ordenamiento jurídico, concluyó que las pruebas que se obtuvieron mediante la interceptación telefónica eran nulas al incurrir en irregularidades al ser obtenidas en forma irregular¹³, como por ejemplo la no exteriorización de los indicios delictivos que motiven la autorización judicial, la inexistencia de control judicial y la desproporcionalidad entre la medida y el derecho fundamental lesionado.

¹² Conforme a la referida sentencia: "(...) la decisión del órgano judicial (...) ha de fundarse en indicios constatables en las actuaciones, que pueden ser, obviamente, los que faciliten a la policía en el "petitum" de la medida, ampliados o no según lo estime el Juez, (...), expresivos de la racionalidad de la noticia y probabilidad de la existencia del ilícito que se quiere comprobar, lo que descarta las escuchas pre delictuales o de prospección, desligadas de la realización de un hecho delictivo concreto".

¹³ Por su parte dicha sentencia estableció de forma clara en su F.J. 9º que deben rechazarse las escuchas pre delictuales: "La adopción de la medida exige la previa existencia de indicios delictivos, no equivalentes a las meras sospechas o conjeturas, en tanto que es la probabilidad de la presunta infracción la que marcará la pauta a seguir, que en eso precisamente consiste la proporcionalidad, todo lo cual descarta desde luego las escuchas "pre delictuales" o de "prospección" si van desligadas de la realización de hechos delictivos concretos".

Por su parte, el Tribunal Constitucional¹⁴ peruano ha establecido como elemento fundamental al momento permitirse una interceptación telefónica, la existencia de la relación entre el sujeto investigado y la posible comisión de la infracción criminal objeto de investigación, siendo que el mandado que autoriza la misma no puede basarse en meras conjeturas, sino en indicios razonables que puedan ser apreciados por terceras personas y que proporcionen una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito.

Si revisamos la jurisprudencia del T.E.D.H., la misma que recomienda que los indicios sean objetivos y justifiquen la intervención telefónica y esta sea debidamente expresada en la resolución judicial, nuestra práctica procesal nacional ha conllevado a que solo basta integrar al pedido del fiscal el atestado policial y la nota del agente, que contiene los elementos necesarios para considerar la motivación de la resolución judicial y el correspondiente juicio de proporcionalidad.

5.3. Principio de proporcionalidad.

Nuestro texto constitucional tampoco considera el principio de proporcionalidad dentro de su articulado pero si ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional emitida por el Tribunal Constitucional considerando dicho principio como un elemento inherente al Estado de Derecho, al valor de la justicia, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, lo cual ha conllevado, que dicho principio se configure como un requerimiento de orden constitucional mas no de legalidad, siendo en tal caso, elemento fundamental para la autorización de las intervenciones telefónicas.

Para un adecuado juicio de proporcionalidad, este debe exigir una relativa gravedad del delito perseguido, una ponderación de los intereses en juego por parte del magistrado para poder determinar si la intromisión y consiguiente restricción al derecho del secreto de las comunicaciones se encuentra supeditada

¹⁴ La sentencia constitucional acotada al considerar la posibilidad de la intervención al derecho de la reserva de las comunicaciones, considero lo siguiente: "Que dicho sacrificio lo es con la finalidad exclusiva de proceder a la investigación de un delito concreto y a la detención de los responsables, rechazándose las intervenciones predelictuales o de prospección. Esta materia se rige por el principio de especialidad en la investigación".

frente al interés público, es decir limitar un derecho individual frente a la protección de un interés general.

5.4. Delitos que justifican la interceptación telefónica

Sobre este punto cabría determinar que delitos pueden ser sujetos de interceptación telefónica, para ello, la respuesta la encontramos en el artículo 230º del Código Procesal Penal, el mismo que señala que todos los delitos que tengan como mínimo cuatro años de pena privativa de la libertad serán pasible de dicha medida, es decir, todos los delitos.

Sobre lo señalado cabría preguntarnos si tal amplitud expuesta en el Código Procesal Penal es adecuada a los propósitos que norma tiene o sería conveniente que sólo los delitos graves puedan dar lugar a una interceptación telefónica. Para resolver este punto cabría tomar en consideración el apartado 2º del art. 8 del C.I.D.H.¹⁵, el mismo que establece las excepciones en las cuales resulta lícito la restricción parcial del derecho al secreto de las comunicaciones, siendo para tal caso, necesario hacer una interpretación restrictiva del mismo a fin de evitar que el derecho a la intimidad pueda vulnerarse en afán de proteger la moral o para prevenir un delito sin considerar la necesidad de la medida.

La interpretación y consideración del principio acotado es importante en la medida que se configura como un presupuesto para la autorización de una intervención telefónica y al momento de verificar el instrumento internacional redactado de una forma tan amplia, creemos acorde que debió de regularse en mayor medida la no intromisión, siendo preferible que no existiera un margen tan amplio de interpretación del principio de necesidad¹⁶.

A nuestro parecer si bien el alto grado de criminalidad conlleva a tomar las medidas más drásticas y oportunas para enfrentar las mismas, esta apertura a todos los delitos la encontramos en forma innecesaria debiendo en nuestra regulación actual existir un listado de delitos que por su gravedad o trascendencia

¹⁵ El art. 8.2 del C.I.D.H. exige que la medida de intervención telefónica: "(...) sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o de la protección de los derechos y libertades de los demás". Precepto que como se desprende de su simple lectura es muy amplio, y procede en consecuencia realizar una interpretación restrictiva del mismo para evitar que la intromisión sistemática del derecho al secreto de las comunicaciones.

¹⁶ La alternativa propuesta por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida, ob.cit., pág. 35 es la siguiente: "La necesidad supone que sólo es admisible la injerencia en los casos imprescindibles, y ello sólo en la medida que sea adecuada".

social justifiquen la adopción de la medida de intervención telefónica, en tal sentido, en necesario incluir en el marco legal peruano criterios o parámetros para determinar aquellas conductas que sean susceptibles de autorización de una injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones.

5.5. Deber de motivación

La motivación de las resoluciones que autoricen la interceptación telefónica se convierte en un requisito constitucional y no sólo una formalidad legal como bien lo ha señalado el Tribunal Constitucional en diversas sentencias.

“De este modo, la motivación de las resoluciones judiciales se revela tanto como un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional, así como un derecho constitucional que asiste a todos los justiciables”¹⁷.

La obligación de motivar no sólo se hace importante por el imperativo constitucional, sino porque permite conocer los presupuestos que llevaron a tomar dicha decisión, quedando constancia que si dichos presupuestos son correlacionados con los fines de la medida, así como si los indicios iniciales son suficientes para justificar las razones que demuestran su necesidad e idoneidad. En tal sentido, la motivación se convierte en una herramienta para que el sujeto afectado por una interceptación pueda impugnar posteriormente tal decisión al considerarla lesiva a sus derechos legítimos.

En capítulos siguientes al momento de desarrollar el balance de ponderación en la medida restrictiva y el objeto legítimo que la misma busca proteger desarrollaremos en mayor abundancia la relevancia de la motivación, pero partimos que la motivación debe descansar en tres pilares fundamentales sobre los que debe incidir al momento de contestar las siguientes preguntas: ¿qué es lo que se investiga? ¿contra quién ha de dirigirse la investigación? ¿cuál es la fuente de conocimiento para iniciar la investigación?, dichas preguntas deben quedar expresamente desarrolladas en la medida que nos ayudarán a brindar una coherencia lógica en el razonamiento usado al momento de motivar la resolución por parte del juez, debiendo en tal sentido, cumplirse con absolver la mismas siendo que de allí se desprenderá el análisis de proporcionalidad.

¹⁷ Cfr. Sentencia recaída en el Expediente N.º 08125-2005-HC/TC, fundamento 10.

Nuestro marco normativo penal respecto a las interceptaciones telefónicas únicamente exige que estas sean motivadas, pero deja una brecha abierta en razón al contenido de la motivación al no señalar cual debe ser el contenido que fundamente tal motivación, lo cual podría brindar mayores herramientas al afectado de las razones que llevaron al Juez a adoptar dicha medida y por ende el posterior control judicial de dicha medida al ser impugnada.

Nuestra posición parte de la inexistencia de obligación de consignar en el auto que autoriza la medida restrictiva, no consigna en detalle sobre qué comunicaciones concretas se autoriza su interceptación, dejando a libre albedrío el alcance de la restricción

5.5.1. La motivación según el Tribunal Constitucional

En nuestro sistema normativo constitucional es el artículo 139.3º de la Constitución, el que reconoce que *“toda persona tiene derecho a la observancia del debido proceso en cualquier tipo de procedimiento en el que se diluciden sus derechos, se solucione un conflicto jurídico o se aclare una incertidumbre jurídica”*. Sobre ello, el Tribunal Constitucional ha señalado en diversas sentencias que debe respetarse dicho principio tanto en su dimensión formal como sustantiva, garantiza el respeto de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable para que una causa pueda tramitarse y resolverse en justicia¹⁸.

Como bien ha reiterado el TC en frondosa jurisprudencia, la exigencia que las decisiones judiciales sean motivadas conlleva a:

“garantizar que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables¹⁹”.

Para una mejor interpretación sobre el alcance del contenido *“constitucionalmente protegido del derecho al debido proceso”*, el TC ha formulado una tipología de supuestos en los cuales dicho contenido resulta vulnerado, como es el caso de la

¹⁸ Cfr. Sentencia recaída en el Expediente N.º 07289-2005-AA/TC, fundamento 3.

¹⁹ Cfr. Sentencia recaída en el Expediente N.º 01230-2002-HC/TC, fundamento 11.

sentencia recaída en el Expediente N.º 03943-2006-PA/TC, en la que el Tribunal reconoció las siguientes hipótesis de vulneración:

- a) *Inexistencia de motivación o motivación aparente.*
- b) *Falta de motivación interna del razonamiento,* que se presenta en una doble dimensión: por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal, ya sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.
- c) *Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas,* que se presenta cuando las premisas [normativa y fáctica] de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica [según corresponda].
- d) *La motivación insuficiente,* referida básicamente al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.
- e) *La motivación sustancialmente incongruente.* El derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, el derecho a la debida motivación de las sentencias, obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se

produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control mediante el proceso de amparo. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva).

La clasificación que realiza el TC es importante para la presente investigación al considerar que *no todo ni cualquier error* en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, en tal sentido, motivar constituye una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial, garantizando que las resoluciones en los casos de interceptación telefónica devengan de una adecuada motivación y argumentación y no se sustenten en elementos subjetivos o presunciones, sino en datos objetivos que se enmarquen dentro del ordenamiento jurídico.

VI. LIMITES A LA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA

En la legislación supra nacional podemos encontrar referencias a limitaciones a la potestad interventora que tiene el Estado, cabe mencionar el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) el mismo que no solo contiene la exigencia de la reserva de Ley, sino que señala un criterio para la valoración de su legitimidad según el cual las disposiciones legales instituyan la interceptación telefónica para la obtención de prueba deben ser compatibles con una sociedad democrática, es decir, deben ser necesarias, entre otras finalidades, para prevenir acciones criminales.

6.1. El marco normativo internacional.

En ninguna de las convenciones suscritas por el Perú en razón a nuestra actual Constitución y reflejada en la legislación nacional, existen reglas similares a la señalada en la CEDH sobre limitaciones al derecho a la intimidad por parte de la autoridad pública. Sin embargo, esa posibilidad, su finalidad y límites, encuentran regulación expresa en diversos tratados internacionales. Así, el artículo 32.2 del Pacto de San José de Costa Rica establece que:

“Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

Y el artículo 30° dispone:

“Alcances de las restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

De una interpretación sistemática de dichos textos surgiría que la injerencia de la autoridad pública es posible bajo condición de reserva de Ley y necesidad para la protección de intereses aceptados en una sociedad democrática.

También la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 29°, inc. 2 declara que:

“En el ejercicio de sus derechos y en disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

Finalmente podemos citar el artículo XXVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que reconoce:

“Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”.

6.2. Exigencias constitucionales

Para armonizar el accionar del Estado que, por un lado, protege y consagra los derechos fundamentales y, por el otro, habilita su restricción en función de fines superiores a los individuales, la mayoría de los textos constitucionales remite expresamente, para la reglamentación de las restricción del derecho, a una ley que determine en qué casos y con qué justificativos podrá procederse al allanamiento u ocupación de la correspondencia y, por tanto, a restringir la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas.

Nuestra Constitución Política de 1993 a diferencia de su antecesora, reconoce en mayor contenido de redacción, en el Inc. 10 del artículo 2° el derecho al secreto y

la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, siendo este el único contenido constitucional en tal referencia, para lo cual señala:

Artículo 2°. - Toda persona tiene derecho:

(...)

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

Del texto citado podemos verificar que esta admitida la restricción constitucional del derechos fundamentales a la reserva de las comunicaciones, cabe en todo caso analizar si las normas de desarrollo constitucional reúnen los requisitos para que la injerencia resulte constitucionalmente justificada o legitimada satisfaciendo el tamiz exigido por el juicio de ponderación, los requisitos de previsión legal, la necesidad para proteger intereses superiores admitidos en una sociedad democrática y la tutela suficiente contra intrusiones abusivas.

En los siguientes capítulos buscaremos determinar expresamente las exigencias reglamentarias previstas en el Derecho interno para habilitar la procedencia de la interceptación telefónica de las comunicaciones personales, verificando si estas resultan suficientes para no convertir en letra muerta el principio formal de inmunidad contemplado en el Inc. 10 del artículo 2° del texto constitucional. La invasión de la esfera de intimidad no puede hacerse, en cualquier caso, ni por cualquier razón o finalidad, sino sólo en supuestos excepcionales que deben hallarse previamente determinados por Ley y con expresión de los motivos que la justifican, no resultando compatible con el texto constitucional una regulación vaga e imprecisa de la injerencia.

6.3. La tratativa jurisprudencial internacional.

Como hemos señalado en páginas precedentes la regulación de las intervenciones telefónicas es un tema nuevo en nuestro país y por ende en la legislación, más aún, cuando ha venido siendo regulado “vía interpretación” por

los magistrados de la Sala Penal Nacional, al conocer delitos de crimen organizado.

En los capítulos siguientes de la presente investigación buscaremos determinar expresamente si las exigencias reglamentarias previstas en el Derecho interno para habilitar la interceptación telefónica resultan suficientes para respetar el contenido del derecho fundamental. Para no vulnerar el secreto de las comunicaciones, la reglamentación debe salvaguardar el núcleo esencial del derecho fundamental frente a posibles afectaciones arbitrarias e inmotivadas. Una guía a seguir y que nos sirve de pauta es el caso “Malone v. Gran Bretaña”, al expresar los alcances del artículo del CEDH que la frase “*prevista por ley*” no debe entenderse restringida a la sola existencia formal de una “previsión de Derecho interno”, sino que también se refiere a “la calidad de la Ley”, que debe determinar con suficiente claridad el alcance y las modalidades del ejercicio de la facultad y ésta ha de ser compatible con la supremacía del Derecho, mencionada en el preámbulo del CEDH.

En contraste con el marco internacional y como vimos anteriormente la protección existente en Europa es mucho más proclive a salvaguardar los derechos individuales, por lo cual, la tendencia es que el Derecho interno de los Estados es ofrecer una determinada protección contra las vulneraciones arbitrarias del poder público. De igual forma señaló el TEDH al suscribir que:

“la ley debe emplear términos lo suficientemente claros para que puedan conocer todos en qué circunstancias y, mediante qué requisitos se permite al poder público hacer uso de esta medida secreta y posiblemente peligrosa, que afecta el derecho al respeto a la vida privada y la correspondencia”²⁰.

En ese contexto, también podemos rescatar de la sentencia *in comento*, que establece el grado de precisión que se exige a la Ley en caso de permitir la intervención de las comunicaciones, las mismas que deben ser normas especiales en razón a “*la materia que se trate*”, y que, frente a medidas de vigilancia de las comunicaciones, como éstas no están sometidas a las fiscalizaciones de los

²⁰ El TEDH reitera tales conceptos en “Kruslin v. Francia” TEDH, 24/04/90. Fundamento. 30.

interesados, la Ley iría en contra de la preeminencia del Derecho de que se trata si la facultad normativa del Ejecutivo se desnaturaliza al no contemplar límites²¹.

Los casos de *"Kruslin v. Francia"* y *"Malone v. Gran Bretaña"* son relevantes en la jurisprudencia internacional en la medida que consideran que debe existir una adecuada determinación de postulados para una adecuada intervención del derecho fundamental, ello se denota, al observar las normas nacionales cuestionadas las mismas que no ofrecían salvaguardas adecuadas contra abusos, por ejemplo, porque no definía las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha judicial, ni la naturaleza de las infracciones que podrían darle lugar, ni imponían al juez fijar un límite a la duración de la ejecución de la medida, ni precisaba las condiciones de las actas escritas de síntesis consignando las conversaciones interceptadas, ni las precauciones a tomar para comunicar intactos y completos los registros realizados a los fines de su eventual control por el juez y por la defensa, ni las circunstancias en las que puede o debe operarse el borrado o la destrucción de las cintas.

Todos los elementos descritos, conllevan a que el Derecho interno ofrezca una cierta protección contra los ataques arbitrarios del poder público para con los derechos garantizados en el primer párrafo del Artículo 8° del CEDH. En tal sentido, la norma nacional debe ser accesible a toda persona implicada, para que ésta pueda prever las posibles consecuencias. A tales efectos se requiere que la Ley defina la categoría de las personas susceptibles de escuchas judiciales, la naturaleza de las infracciones que puedan dar lugar a ello, la fijación de un límite temporal de la ejecución de la medida, las condiciones de las actas de síntesis que consignen las conversaciones interceptadas, así como la utilización y el borrado de las grabaciones realizadas, especialmente en caso de sobreseimiento o de absolución.

Por otra parte, también debemos considerar que la Ley debe definir la extensión y las modalidades del ejercicio de tal poder, con suficiente claridad -teniendo en cuenta la legítima finalidad que se persigue- para proveer así al individuo de la adecuada protección contra la arbitrariedad. Si bien el Tribunal Constitucional Peruano a analizado el tema en forma restringida, cabe traer a cuenta lo señalado

²¹ El TEDH señala ello en *"Malone v. Gran Bretaña"*, TEDH, 24/04/90. Fundamento. 68.

por su homólogo español, quién en el caso “*Halabi*”, con cita de precedentes internacionales sostuvo que:

“El derecho a la intimidad y la garantía consecuente contra su lesión actúa contra toda “injerencia” o “intromisión” “arbitraria” o “abusiva” en la vida privada de los afectados (Conf. arts. 12º, Declaración Universal de Derecho Humanos; y 11, inc. 2º, Convención Americana sobre Derechos Humanos -tratados, ambos, con jerarquía constitucional”.

Dicha percepción es coincidente con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la misma que tiene dicho que el poder del Estado para garantizar la seguridad y mantener el orden público no es ilimitado, sino que sus actuaciones está condicionada por el respeto de los derechos fundamentales de los individuos que se encuentran bajo su jurisdicción y a la observancia de los procedimientos conforme a Derecho (...) con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma²².

Si seguimos revisando el contenido del fallo de las sentencias acotadas, éste se ocupa de fijar los límites constitucionales de la injerencia, destacando que sólo la Ley puede justificar la intromisión en la vida privada de una persona, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen.

“Es en este marco constitucional que debe comprenderse, en el orden del proceso penal federal, la utilización del registro de comunicaciones telefónicas a los fines de la investigación penal que requiere ser emitida por un juez competente mediante auto fundado, de manera que el común de los habitantes está sometido a restricciones en esta esfera semejantes a las que existen respecto a la intervención sobre el contenido de las comunicaciones escritas o telefónicas”²³.

6.4. La doble lesión constitucional.

Como lo hemos señalado anteriormente la potestad de restringir el derecho a las comunicaciones y en especial el secreto de las telecomunicaciones, conlleva a la lesión de no solo el derecho a la intimidad sino también al hecho de la autoincriminación, punto que ha sido tocado en la doctrina, en tal sentido señala Roxín²⁴:

²² **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, Serie C, n° 100, caso “Bulacio v. Argentina”, sentencia del 18 de setiembre de 2003, ptos. 124 y 125

²³ CSJN, 24/2/09, “Halabi v. Estado Nacional”, SJA, ejemplar del 22/04/09, considerandos. 23 y 24.

²⁴ **ROXIN**, La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias, Madrid, Itensa, 2008, p.59.

“Pertenece a los principios internacionalmente reconocidos de un procedimiento penal propio del Estado de Derecho que el imputado no tiene que incriminarse a sí mismo – *nemo tenetur se ipsum accusare*- y que tampoco su esfera individual debe quedar desprotegida a merced de la intervención del Estado.

En el mismo sentido, el destacado profesor español Francisco Muñoz Conde, al tratar el tema de la autoinculpación conseguida a través de la grabación de conversaciones privadas, escuchas telefónicas y domiciliarias, expresa que:

“... el progresivo debilitamiento del principio *nemo tenetur* es una realidad cada vez más frecuente en la praxis policial y judicial encargada de la persecución de los delitos que, con uno y otro pretexto, y con más o menos ingenio jurídico, consiguen que sea el propio inculpaado el que suministre material probatorio en su contra. Pero muchos de estos casos, aunque confirmados por una jurisprudencia cuestionable, no dejan de ser casos puntuales que podrían ser considerados como excepcionales, si no fuera por su capacidad para convertirse en modelo generalizable ... Pero este peligro evidentemente para la vigencia del *nemo tenetur*, lo es también para otro derecho fundamental reconocido como tal en casi todas las constituciones modernas y declaraciones internacionales de derecho humanos; me refiero naturalmente al derecho al secreto de las comunicaciones, a la intimidad y sobre todo a la inviolabilidad del domicilio privado”²⁵.

Sobre este punto y abordando específicamente la relación entre derecho a la intimidad y derecho a la no autoincriminación el Tribunal Constitucional Español en la STS del 1º de marzo de 1996, concluida certeramente en que la prohibición de las escuchas telefónicas, de las domiciliarias, e incluso de las conversaciones privadas grabadas por alguno de los intervinientes en las mismas, puede tener una trascendencia distinta. No se trata ya sólo, por tanto, de una protección más o menos estricta del derecho a la intimidad, sino también y sobre todo del derecho a la intimidad, sino también y sobre todo del derecho a que no se utilicen estos procedimientos para conseguir que alguien pueda ser indirectamente inducido a declarar o suministrar prueba contra sí mismo cuando se expresa en el ámbito privado de una conversación o en el más estricto de su intimidad²⁶.

Nuestro marco normativo nacional no considera esta doble lesión desarrollada en otros contextos normativos como es el caso de Argentina, donde podemos apreciar que el nuevo Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos

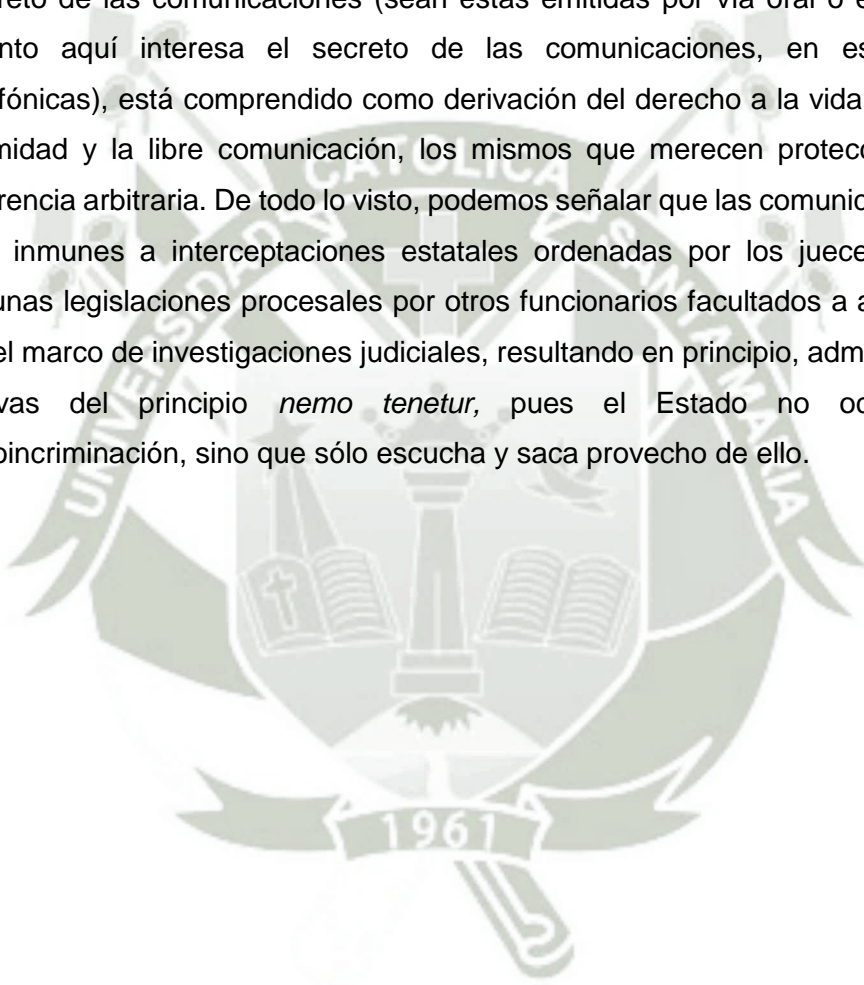
²⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, De las prohibiciones probatorias al derecho procesal del enemigo, Madrid, 2008, pp 65 y 66.

²⁶ ROXIN, La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias, Ob. Cit., p 86.

Aires, al regular las intervenciones telefónicas, con miras a evitar el abuso de las injerencias que desnaturaliza su carácter de medida excepcional, establece expresamente en el párrafo 3ro del artículo 117° que:

“En ningún caso podrá usarse este medio de investigación para eludir el derecho del /la imputado/a de negarse a declarar sin que ello importe presunción en su contra o suplir las declaraciones testimoniales prohibidas por vínculo de parentesco o secreto profesional”.

Es importante el texto señalado, considerando que por una parte el derecho al secreto de las comunicaciones (sean éstas emitidas por vía oral o escritas, en cuanto aquí interesa el secreto de las comunicaciones, en especial las telefónicas), está comprendido como derivación del derecho a la vida privada, la intimidad y la libre comunicación, los mismos que merecen protección contra injerencia arbitraria. De todo lo visto, podemos señalar que las comunicaciones no son inmunes a interceptaciones estatales ordenadas por los jueces y según algunas legislaciones procesales por otros funcionarios facultados a autorizarlas en el marco de investigaciones judiciales, resultando en principio, admisibles y no lesivas del principio *nemo tenetur*, pues el Estado no ocasiona la autoincriminación, sino que sólo escucha y saca provecho de ello.



CAPITULO II

ALCANCES DEL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y LAS RESTRICCIONES AL MISMO

I. CONSIDERACIONES GENERALES

En el presente capítulo procederemos a desarrollar los alcances del derecho a la libertad de las comunicaciones y el derecho al secreto de las mismas, derecho reconocido en el artículo 2° inciso 10) de nuestra Constitución. El contenido constitucional del mencionado artículo, conlleva a que necesariamente hagamos referencia de su alcance, sus características básicas, la posibilidad de intervenir las mismas y analizar la jurisprudencia existente emitida por el Tribunal Constitucional de nuestro país.

El derecho al secreto de las comunicaciones ha sido un derecho que ha venido evolucionando, se ha visto madurado y desarrollado en legislaciones externas a la peruana, siendo necesario para tal caso hacer un breve recuento de las mismas a efecto de conocer con mayor precisión sus alcances, para ello podemos considerar²⁷:

- a) La Constitución italiana de 1948 (artículo 15°) y española (artículo 18° Inc. 3), reconocen que la única restricción al derecho de las comunicaciones es la proveniente de un mandato judicial, siendo la constitución española la que admite una excepción adicional, que es la suspensión de derechos fundamentales individuales, institución que no existe en nuestro marco normativo.
- b) El artículo 10° de la Ley Fundamental alemana, exige una orden judicial para la restricción del derecho a las comunicaciones, debiendo el legislador considerar supuestos de intervención “las restricciones sólo podrán ser dispuestas en virtud de una Ley”, siendo que el Ministerio Público también puede disponer una intervención. Por otra parte, en Francia la Ley 91-646 del 10 de julio de 1991 permite las escuchas telefónicas administrativas con

²⁷ **ABAD YUPANQUI, Samuel**, El derecho al secreto de las comunicaciones, alcances, límites y desarrollo jurisprudencial, Pensamiento Constitucional, Año XVI N° 16, Lima, 2001, p. 13.

control parlamentario “para garantizar la seguridad nacional, las patentes de invención y la prevención de la criminalidad organizada o del fascismo”.

- c) En el sistema norteamericano, el Código que regula los delitos y procedimientos penales o criminales (Vol. 18 Sec. 2511) y que desarrolla la Enmienda IV, permite de manera excepcional que la intervención se pueda realizar por disposición del Fiscal General como forma complementaria del mandato judicial existente. Tal potestad del Fiscal General puede darse en situaciones que existan conspiraciones que afecten la seguridad nacional.
- d) En el sistema inglés al igual que los demás sistemas autoriza no solo al juez a intervenir las comunicaciones sino también admite que el Ministro del Interior lo disponga. Para el caso de Inglaterra se necesitó del pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derecho Humanos en el “Caso Malone” para analizar el contenido de la norma autoritativa, dado que, la potestad de intervención por disposición del Ministro del Interior violentaba el artículo 8° del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, considerando que el derecho inglés no determinaba con claridad el alcance y las modalidades del ejercicio de la facultad de control de las comunicaciones por parte de autoridades competentes.

Como puede verse en el marco legislativo comparado existen diversas modalidades del alcance del derecho y de sus restricciones al secreto de las comunicaciones. Si bien es cierto, el común denominador es la necesidad de mandato judicial, también en algunas legislaciones se ha extendido el mandato a otras instituciones como el Ministerio Público o el Ministerio del interior, considerando también, la existencia de una Ley especial, la regulación en un código de procedimientos penales o su desarrollo en una norma limitativa de derechos fundamentales.

En nuestro país, como bien lo hemos señalado el artículo 2° Inc. 10 de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de las comunicaciones y la posibilidad del levantamiento de secreto de las mismas por mandato judicial, acogiendo de esta forma “el monopolio judicial” de las intervenciones como bien

lo ha desarrollado el propio Tribunal Constitucional en su sentencia Exp. 1058-2004-AA/TC donde reconoce la “garantía de judicialidad” en el fundamento 22 de la misma.

II. ELEMENTOS DEL DERECHO A LAS COMUNICACIONES

2.1. Contenido del Derecho

Si bien el derecho a la libertad de las comunicaciones se encuentra ligado al derecho a la intimidad de las mismas, consideramos que son derechos distintos en su alcance, en ese sentido consideramos lo señalado por Balague Callejón:

En cualquier caso, intimidad y secreto de las comunicaciones no son términos equivalentes. El secreto de las comunicaciones puede servir como instrumento de protección de múltiples derechos; propiedad, libertad de empresa, libertad ideológica, etc.”.

En ese mismo sentido, ha resuelto el Tribunal Español al considerar:

El bien constitucionalmente protegido es, pues, el derecho de los titulares a mantener el carácter reservado de una información privada o, lo que es lo mismo, a que ningún tercero pueda intervenir en el proceso de comunicación y conocer de la idea, pensamiento o noticia transmitida

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también se desarrolló consideraciones en torno al secreto de las comunicaciones, en la sentencia Caso Escher y otros vs. Brasil, donde vincula el secreto de las comunicaciones con la vida privada, pero con mayores alcances, la CIDH señala:

“(…) aunque las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11 de la Convención, se trata de una forma de comunicación incluida dentro del ámbito de protección de la vida privada. El artículo 11° de la Convención, se trata de una forma de comunicación dentro del ámbito de protección de la vida privada. El artículo 11° protege las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla”

Como puede verse de lo señalado por la CIDH se vincula el secreto de las comunicaciones con la vida privada, reconociendo a este último mayores alcances. Sobre este último punto, cabe resaltar que el artículo 2° inciso 10) de la Constitución protege el secreto de las comunicaciones más no el “*secreto de las*

conversaciones”. En tal sentido, si un tercero graba una conversación sin autorización alguna, no estaremos frente a una afectación de tal derecho, sino ante la vulneración de otros derechos fundamentales. En tal sentido ha resuelto el Tribunal Constitucional en la sentencia Exp. N° 2863-2002-AA/TC, que en su fundamento 3 señala:

“(…) el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados tiene eficacia erga omnes, es decir, garantiza su no penetración y conocimiento por terceros, sean estos órganos o públicos o particulares, ajenos al proceso de comunicación”.

2.2. Titularidad del Derecho

Identificar al titular del derecho no es tarea difícil, vienen a ser las personas que se comunican, es decir las partes del proceso de comunicación, pudiendo ser estas naturales y jurídicas. La participación de los terceros queda excluida de la protección de este derecho, en efecto, si una persona graba una conversación telefónica sostenida con otra, pero sin autorización, no estaremos frente a una lesión al derecho de secreto de comunicaciones, sino posiblemente a una vulneración al derecho a la intimidad. Ello ha sido desarrollado por el TC español en la sentencia Exp. 114/1984, donde preciso que este derecho *“no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma protegida”*²⁸.

En mismo TC español, considero también:

(…) los aspectos del proceso de comunicación que no sean notorios a terceros deben quedar también protegidos (...), de suerte que, por ejemplo, sería inconstitucional la ley que autorizase la utilización, sin resolución judicial, de aparatos técnicos que, sin captar el contenido de lo comunicado, registren los números marcados en un concreto teléfono, o la hora y duración de las llamadas, salvo que medie consentimiento”.

En ese mismo orden de ideas ha señalado la Corte Interamericana de Derechos humanos en el caso *Escher y otros vs. Brasil*, al señalar:

114. (...) el artículo 11 se aplica a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido e incluso, puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones”.

²⁸ Martin Morales

2.3. Contenido formal

El derecho al secreto de las comunicaciones tiene un contenido formal, es decir, no interesa cuál es el contenido de la comunicación ni lo que se mantiene en secreto, sino que independientemente del contenido, el derecho protege toda la comunicación independientemente de la reserva del contenido.

En dicho aspecto resolvió el TC español en la sentencia 114/1984 al considerar “el concepto de secreto en el artículo 18.3 tiene un carácter formal, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado”. En el caso del TC peruano ha establecido posición similar al precisar en la STC N° 2863-2002-AA/TC que:

El concepto de “secreto” e “inviolabilidad” de las comunicaciones y documentos privados, (...), comprende a la comunicación misma, sea cual fuere su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. De manera que se conculca el derecho tanto cuando se produce una interceptación de las comunicaciones, es decir, se aprehende la comunicación dirigida a terceros, como cuando se accede al conocimiento de lo comunicado, sin encontrarse autorizado para ello²⁹.

2.4. Límites al derecho y colisión con otros derechos.

Como bien lo señala la teoría- de los derechos fundamentales, ningún derecho es absoluto y todos pueden ser restringidos, no siendo la diferencia el derecho al secreto de las comunicaciones, donde la propia Constitución señala que este puede ser restringido por mandato judicial, debiendo respetarse también las garantías que dicha restricción contempla, las mismas que están desarrolladas en el Código Procesal Penal, pero dicho cuerpo normativo no es vigente en la totalidad del país, siendo la norma especial la Ley N° 27697, la cual faculta al discal para solicitar la intervención de las comunicaciones y realizar el control de las mismas, ello en casos excepcionales³⁰.

²⁹ STC N° 2863-2002-AA/TC, fundamento 3.

³⁰ Durante el régimen del ingeniero Fujimori, la entonces presidenta de la Comisión de Defensa Nacional, Orden Interno e Inteligencia, Martha Chávez Cossío que tuvo a su cargo la investigación de los actos de espionaje telefónico denunciado en 1997, el 27 de setiembre de 1999, presentó el proyecto de ley 5245/99-CR «Ley que regula las condiciones, procedimiento y garantías para la incautación, interceptación e intervención de las comunicaciones, telecomunicaciones y sus instrumentos». El referido proyecto no llegó a aprobarse y su presentación solo tuvo una finalidad política, propia de un régimen en el que imperaba la interceptación de las comunicaciones.

El derecho a la libre comunicación y su protección conlleva a relacionar el mismo con otros derechos que la propia Constitución reconoce, generando ello que de limitar éste se estaría limitando derechos conexos, como por ejemplo el secreto profesional o el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, reconocido en el literal g) del artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Para poder determinar los alcances de la restricción del secreto de comunicación y el conflicto que pueda generarse frente a otros derechos fundamentales, es necesario la aplicación del test de ponderación, considerando para tal caso cada situación, en el caso de una interceptación donde se admita la culpabilidad de un hecho, dicho acto lesionaría el derecho de la no autoinculpación amparado no solo por la Constitución peruana sino también por instrumentos internacionales, similar hecho se presentaría en caso de emplear en un proceso judicial la denominada “prueba ilícita”, lo cual, conlleva a un análisis individual por parte de juez frente a dichas situaciones.

2.5. Mecanismos de protección procesal

Frente a una indebida restricción del derecho cabe recurrir al proceso de amparo, mecanismo procesal que ha tenido escaso desarrollo jurisprudencial en nuestro país, como lo hemos señalado anteriormente.

Como bien señala el profesor Samuel Abad Yupanqui:

“de producirse una intervención de las comunicaciones al margen de lo previsto por la Constitución, ella no solo constituirá un delito sancionado por el Código Penal (artículo 161° a 164°) sino que además carecería de efecto legal por expresa declaración constitucional, tal como lo precisa el tercer párrafo del artículo 2° inc. 10) de la Constitución”.

Como bien concluye el profesor peruano, la interpretación practicada sobre los alcances de las restricciones sin considerar derechos conexos no sólo dará como resultado la nulidad de dicha intervención, sino también la invalidez probatoria de los datos obtenidos mediante dicha intervención.

III. CONCEPTOS GENERALES AL DERECHO A LA INTIMIDAD

Sobre las líneas escritas en páginas precedentes se hace cada vez más manifiesto que es un derecho de alcance complejo, ello, en razón a la divergencia en su alcance ya sea al ser considerado dentro de la órbita particular o personal y

aquello que podría calificarse como de interés público o general³¹. En dicha perspectiva, no solo basta con establecer un listado de que actos pertenecen o no al ámbito personal o familiar del individuo, sino que debe tenerse claro que toda persona, por el hecho de serlo, merece protección en razón a su vida privada.

Desde la perspectiva señalada en párrafo anterior cabría preguntarnos ¿Cómo podría determinarse, de manera concreta, qué facetas de la vida de las personas pueden ser protegidas por el derecho a la intimidad? Para iniciar la repuesta de dicha pregunta, es conveniente recurrir al diccionario de la Real Academia Española, el mismo que define intimidad como: *“Zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”*³², sobre dicha definición, si bien nos da algunos aproximados para entender el concepto, dicha definición es insuficiente desde el punto de vista jurídico, siendo vago el concepto para resolver nuestra interrogante, ello, en razón que el concepto otorgado no calza dentro de un derecho o facultad y mucho menos que esta pueda ser susceptible de ser exigido frente al Estado o terceros.

Nuestra legislación y mucho menos la jurisprudencia nacional se ha pronunciado en forma exacta en razón al concepto del derecho a la intimidad, para tal caso, recurrimos a la jurisprudencia internacional donde el Tribunal Colombiano definió el derecho a la intimidad como *“la existencia y goce de una órbita reservada en cada persona, exenta del poder de intervención del Estado o de las intromisiones arbitrarias de la sociedad, que le permita a dicho individuo el pleno desarrollo de su vida personal, espiritual y cultural”*, pronunciamiento que en concordancia con un fallo anterior que emitió el mismo TC Colombiano donde señaló que *“la intimidad debía entenderse como el espacio de aislamiento del que goza todo individuo que solamente puede ser penetrado por extraños cuando medie el consentimiento de su titular o una orden judicial”*³³.

En torno a lo señalado, las condiciones de salud, las comunicaciones personales, las creencias religiosas, las prácticas u opciones sexuales y demás

³¹ **VASQUEZ, Aldo**, Conflicto entre intimidad y libertad de información, la experiencia europea, Perú, Universidad San Martín de Porres, 1998; **Carlos RUIZ MIGUEL**, la configuración constitucional del derecho a la intimidad, Madrid, Tecnos, 1995.

³² Véase el link: <http://dle.rae.es/?id=LyCn6I9>

³³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-696 del 5 de diciembre de 1996.

comportamientos que requiera de la revelación del individuo para ser conocidas no solo merecen la protección del derecho a la intimidad, siguiendo lo señalado por el profesor español Antonio Pérez Luño, la protección al derecho a la intimidad no solo debe darse en referencia a *aspectos íntimos* de la vida de las personas, sino que este debe extenderse a la protección de la privacidad como tal, considerando que la intimidad debe entenderse en un sentido amplio, pues más que un *aislamiento* de la persona, en nuestros días, debe responder a cuidar aspectos propios de la interacción de la persona con la sociedad.

IV. EL DERECHO A LA INTIMIDAD

Si bien en la doctrina podemos encontrar diversas definiciones para este derecho, para la presente investigación señalaremos que:

“Intimidad es la facultad que tiene cada persona de disponer de una esfera, espacio privado, un reducto inviolable de libertad individual, el cual no puede ser invadido por terceros, ya sean particulares o el propio Estado, mediante intromisión de cualquier tipo”.

Como bien hemos señalado definiciones hay varias, pero todas coinciden en que es necesario un espacio reservado para el desarrollo de la personalidad del ser humano, ello dentro de la esfera de libertad que cada persona posee. La afectación a la intimidad no solo se genera al invadir el ámbito personal del ser humano, sino también, con la propalación de datos que deforman la realidad, generando ello, que el derecho a la intimidad tenga una doble vertiente, como derecho civil frente a los particulares y como derecho público subjetivo frente al Estado, para impedir su intromisión en la intimidad de las personas³⁴.

Sobre ello, el Tribunal Constitucional³⁵ peruano ha señalado:

“El derecho a la intimidad protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños, significa un peligro real o potencial para la intimidad”.

³⁴ QUIROGA LAVIÉ, Humberto. Constitución de la Nación Argentina Comentada Segunda Edición Actualizada, Zavalía, Buenos Aires., 1997, p116.

³⁵ STC N° 2345-2006-AA/TC, fundamento 21.

Nuestro país ha reconocido la protección del derecho a la intimidad a través de diversos instrumentos de carácter supranacional, reconociendo en el mismo en Tratados, Declaraciones y Convenciones, que de alguna forma obligan a nuestro país a su total protección, tal es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos³⁶ (Pacto de San José de Costa Rica), Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre³⁷, Declaración Universal de Derechos Humanos³⁸, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁹.

La Constitución de 1993, reconoce el derecho a la intimidad, pero lo hace de una manera muy restrictiva y circunscrita a evitar la difusión de documentos que al considerar dentro de su contenido:

Artículo. - 2

(...)

6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

(...)

Como bien lo ha señalado el Tribunal Constitucional, la lectura de la Constitución debe realizar en forma unitaria y sistémica, considerando para tal caso, que, al momento de determinar los alcances del derecho a la intimidad, no solo basta hacer referencia al numeral 6) del artículo 2° de la Constitución, sino que debe considerarse también el numeral 10) del mismo artículo. Es evidente la vinculación entre el secreto a las comunicaciones y la intimidad personal y familiar, considerando que el secreto de las comunicaciones pretende proteger la comunicación directa, protegiendo también las comunicaciones privadas. Sobre la vinculación señalada, es innegable la misma, pero dicha vinculación no debe significar de ninguna forma la supresión de uno frente a otro. En esa misma línea, se manifestó el Tribunal Constitucional, que señaló:

³⁶ **Art. 11. Inc. 2** "(...) nadie puede ser objeto de injerencia arbitraria o abusiva en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación". **Inc. 3.** (...) toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

³⁷ **Art. IX.** Toda persona tiene el derecho a la inviolabilidad de su domicilio. Art. Toda persona tiene el derecho a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia.

³⁸ **Art. 12.** Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

³⁹ **Art.17.1.** Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2.Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques

(...) el fundamento del carácter autónomo y separado del reconocimiento de este derecho fundamental y de su específica protección constitucional reside en la especial vulnerabilidad de la confidencialidad de estas comunicaciones en la medida en que son posibilitadas mediante la intermediación técnica de un tercero ajeno a la comunicación”.

Bajo tal consideración, la relación entre ambos derechos no impide una necesaria delimitación entre el contenido y sentido constitucional de los mismos, que viene dada sobre todo por la configuración del secreto de las comunicaciones como garantía formal -independiente del contenido-, y por la reserva absoluta de resolución judicial para levantar esta garantía, como características específicas de este derecho que no se limita frente al derecho a la intimidad.

4.1. Alcances del Derecho a la Intimidad.

Como bien hemos señalado con anterioridad, el TC español ha tenido grandes aportes en el desarrollo del Derecho a la Intimidad y privacidad en las comunicaciones, en su sentencia ST 200/13 establece parámetros frente a las ilegítimas intrusiones por parte de los poderes públicos y privados.

Entre los principales aportes que podemos rescatar que se establece de modo claro que:

“El carácter íntimo del derecho al secreto y privacidad de la comunicación abarca no solamente el contenido o carácter privado de la misma, sino que además incluye todo el proceso mismo en que se da la comunicación, entre ellos la identidad de los interlocutores, el momento, duración y destino de la misma, sin importar el medio en que ésta se realice, por lo que debe entenderse que el derecho al secreto y privacidad de la comunicación abarca las comunicaciones que se den en correo electrónico, video-conferencias, envío de mensajes a través de internet, el uso del chat cuando en éste se emplee la opción de limitar la comunicación entre interlocutores y las comunicaciones telefónicas que tienen lugar en la red, no aplicándose el derecho al secreto y privacidad de las comunicaciones a aquellas comunicaciones que se den a través de canales abiertos.

Producto de que el derecho al secreto y a la privacidad abarca también los medios mediante los cuales éste se pueda manifestar, se crea, ante los entes públicos y/o privados que estén encargados de permitir la transmisión o canalización de la misma, la obligación de mantener el derecho de confidencialidad del momento, duración y destino de la misma, así como, en el dado caso de que producto de la naturaleza de la forma de transmisión el contenido de lo comunicado pueda ser de fácil conocimiento, mantener su confidencialidad, siendo levantada dicha obligación solo por la libre voluntad de los interlocutores o por la decisión de una autoridad judicial competente, la cual debe ser dada agotando los procedimientos que para tales fines dispone la Ley.

En ese sentido, toda técnica procedimiento o medida que esté encaminada a que los terceros tengan acceso al momento, duración, destino y contenido de las comunicaciones de los interlocutores, al margen del consentimiento del consentimiento de estos o de una autorización judicial emanada de un tribunal competente, matiza la existencia de una intervención de las comunicaciones, la cual vulnera el derecho al secreto y privacidad de la comunicación.

En base a las consideraciones resaltadas por el Tribunal Constitucional, deberá considerarse para que una medida de intervención de las comunicaciones sea constitucionalmente legal, el deber de precisar los siguientes requisitos:

“Serán válidas las intervenciones si consideran a) La existencia de una ley que establezca los procedimientos de intervención, la cual debe apegarse a las limitaciones contenidas en la Constitución; b) La intervención debe ser dispuesta por una resolución emitida por un juez competente; c) La resolución del juez debe estar debidamente motivada, por involucrar dicha intervención, en principio, una transgresión al derecho del secreto y privacidad de las comunicaciones; d) La orden judicial que disponga la medida debe observar los principios de especialidad y proporcionalidad, entendiéndose, en este sentido, como especialidad, el hecho de que la medida que contiene la resolución debe estar fundamentada en una ley que consagre la facultad de disponer la intervención al derecho del secreto y privacidad de las comunicación y la necesidad o trascendencia social que justifique la restricción de la aplicabilidad de ese derecho; e) El juez que ordena la intervención debe dar seguimiento a la implementación de la medida y disponer, en el contexto de su ordenanza, las instrucciones precisas para que en el transcurso de su ejecución el agente que la practique no malogre con su conducta a la o las personas afectadas por la investigación”.

La exigencia constitucional de una ley previa que disponga -razonablemente- la limitación de un derecho fundamental como es la privacidad de las comunicaciones, es la garantía que el Tribunal Constitucional ha reconocido para la libertad de poder restringir la misma, es en ese orden de ideas, que la sola autorización judicial no sería suficiente, dado que ello, desnaturalizaría el contenido del derecho fundamental, además que su ejecución comprendería una trasgresión directa a un contenido amparado en la Constitución.

4.2. ¿Cuándo podemos señalar que hay vulneración al Derecho a la Intimidad?

Revisada la jurisprudencia de orden nacional como también la consultada en España y Colombia, podemos señalar que el Derecho a la Intimidad se ve lesionado cuando⁴⁰:

⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-696 del 5 de diciembre de 1996, T-169 de 2000, T-1233 de 2001 y T-437 de 2004.

- a) Si existe una intromisión irracional en el ámbito reservado de cada individuo, sin mediar si es un sujeto público.
- b) La exteriorización de hechos privados sin mediar consentimiento o aceptación del titular de los mismos.
- c) Cuando pese a la autorización de exposición de hechos personales o íntimos, se difunda y propague información tergiversada o tendenciosa.

Como podemos apreciar en dos de tres casos señalados por la jurisprudencia constitucional, es posible que el derecho a la intimidad sea transgredido por otro derecho que también tiene la condición de carácter fundamental, como es el caso del *derecho a la información*. Sobre ello nuestro país tienen un caso emblemático, como es la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el caso de Magaly Medina. Sobre dicho caso cabe preguntarnos ¿cuál de los derechos tiene mayor prelación?, en línea a la jurisprudencia y doctrina sobre el tema, podemos decir que no existe una respuesta definitiva a la misma, siendo que debe de hacerse una ponderación de los derechos en cada circunstancia en las cuales ambos derechos se vean enfrentados, siendo potestad del juez constitucional el tomar una decisión bajo tal condición⁴¹.

La doctrina ha desarrollado la ponderación como medio para resolver situaciones de enfrentamiento de derechos fundamentales⁴², siendo la misma la llamada a resolver en el caso concreto que derecho debe primar, sin que ello signifique la implementación de una regla general que sirva en iguales proporciones para todos los casos con dicha connotación. En tal sentido, aunque el Tribunal Constitucional pueda resolver en base a la prevalencia de un derecho determinado sobre otro, en cada proceso debe examinarse las circunstancias que determinen dicha prevalencia, lo cual, conlleva a que la discrecionalidad subjetiva, sea reemplaza por la objetividad sustentada.

Considerando lo señalado, podemos señalar que la intimidad representa el principal límite al derecho a la información, en tal sentido, la posible divulgación

⁴¹ STC N° 6712-2005-HC/TC, fundamentos 61 a 66.

⁴² Ídem.

de cualquier comunicación debe ser consultada y aceptada por el titular de la misma, *considerando que en algunos casos no es necesaria la autorización*. Este último punto, conlleva a un debate previo en la medida que cabría preguntarnos ¿qué información no es susceptible de autorización por el titular para su divulgación?; sobre ello, consideramos debe considerar en primer término el contenido de la información a difundir y el carácter relevante de la misma, consideraciones, que de ninguna forma pueden ser dejadas de lado, y que por otro lado, tampoco se convierten en un común denominador frente a tales situaciones.

4.3. La restricción de derechos fundamentales en la investigación penal

En torno a la posibilidad de limitar los derechos fundamentales el profesor Peces-Barba resalta los límites de hechos y límites jurídicos⁴³, siendo los operadores jurídicos quienes los pueden incorporar al ordenamiento jurídico, considerando para tal caso que el límite de cada derecho -considerado en general- que dichos límites se encuentran en primer orden en el texto constitucional y las leyes de desarrollo constitucional, siendo que los límites de los derechos en concreto los encontramos en las resoluciones judiciales que resuelven los conflictos planteados.

Cabe recordar que, en un Estado de Derecho, todo tipo de investigación e inicio de proceso tiene como límite el respeto a los derechos fundamentales de las personas, los mismo que no son absolutos y permiten restricciones⁴⁴, siempre que dicha restricción responda a un fin superior, el mismo que en la presente tesis responde a la investigación de un hecho delictivo que atente contra la convivencia y paz social, debiéndose tenerse en consideración la proporcionalidad de la medida restrictiva⁴⁵.

⁴³ **PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio**, Curso de Derechos Fundamentales, Universidad Carlos III, Boletín del Estado, Madrid, 1995, p. 590

⁴⁴ **CARMONA SALGADO, Luís**, señala que ningún derecho es absoluto debido a su coexistencia con otros derechos igualmente fundamentales y por ello se encuentra limitado; no obstante, la necesaria sujeción a límites recomienda realizar una interpretación restrictiva de los mismos sobre la base de dos criterios; en primer lugar, se debe tomar en cuenta que tanto las normas que regulan el derecho como las que limitan son igualmente vinculantes y, en segundo lugar, que la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de los límites que operan sobre él, Libertad de Expresión e información, Ed. Tirant the blank, Cataluña, 1991, pp. 63-69.

⁴⁵ **RUIZ, Estrella**, Entrada y registro, interceptación de comunicaciones postales, telefónicas, etc., en Medidas restrictivas de los derechos fundamentales, Madrid, CDJud, 1996, 354 y ss.

Si bien es cierto nuestro texto Constitucional reconoce derechos y libertades fundamentales, estas no necesariamente coexisten en forma armónica en la Constitución, lo cual, no puede resolverse en forma jerárquica sino mediante la ponderación como se señaló anteriormente, más aún , en la materia penal como son los casos en los cuales la afectación del hecho delictivo incida sobre la vida humana de un ciudadano o ponga en riesgo la misma, convirtiendo en tal caso al juez en garante de estos derechos.

En el ámbito penal, durante el proceso de investigación donde se utiliza las intervenciones telefónicas y la intervención de las comunicaciones escritas y telegráficas por parte del Ministerio Público estas son viables en la medida que busques la protección de un interés superior al derecho afectado. Pero también hay que tener presente que *“no se puede obtener la verdad real a cualquier precio”*, ya que sólo resulta lícito el descubrimiento de la verdad cuando se hace compatible con el respeto a la dignidad, la intimidad y vida privada de la persona, siendo que la motivación argumentada por el juez debe responder a tales criterios, incidiendo en la restricción de cada uno de los derechos señalados.

Bajo dicha consideración, podríamos hablar de la ilicitud de la intervención de las comunicaciones telefónicas y la interceptación de comunicaciones escritas o telegráficas, inicialmente por el no cumplimiento del marco normativo que regula tal restricción y, segundo cuando no exista una debida motivación y argumentación por parte del juez que autorice tal intervención, en tal sentido, estaríamos ante conductas que en códigos penales modernos son considerados como delito.

Para regular posibles excesos en las medidas de intervención al derecho a la dignidad, intimidad y vida privada de la persona, en el ámbito doctrinal y jurisprudencial se ha establecido principios generales que deben ser considerados al momento de emitir resolución judicial autoritativa, las mismas que deberán considerar⁴⁶:

- a) **La legalidad:** Según este principio cualquier injerencia en un derecho fundamental, en este caso, el derecho fundamental a la vida privada debe

⁴⁶ RUIZ, Estrella, Entrada y registro, interceptación de comunicaciones postales, telefónicas, etc., Ob. Cit., pp. 353 y 354.

estar avalada por una norma constitucional o legal que tenga validez como prueba dentro del proceso penal.

- b) **Motivación:** La motivación de la resolución en virtud de la cual se lleve a cabo la injerencia en el derecho fundamental, se ha convertido en una verdadera exigencia constitucional. El principio que estamos enunciando tiene un fin evidente, que no es otro que la posibilidad de que el destinatario de la medida conozca en su día, cuáles fueron las razones por las que sus derechos se vieron sacrificados y además en virtud de qué otros intereses se llevó a cabo dicha intervención, lo que tiene efectos relevantes de cara al recurso y a otros principios que informan la adopción de la medida como proporcionalidad de los sacrificios, en clara consonancia con la motivación.
- c) **Necesidad, utilidad e idoneidad:** Las medidas en cuestión sólo resultan aptas como fuente de pruebas ante la imposibilidad material de su obtención por otros medios menos lesivos.
- d) **Proporcionalidad:** Como antes se indicó, la motivación de la resolución debe consagrar un simple juicio de proporciones entre sacrificio del derecho y el fin investigador que se pretende con su adopción.

Bajo los principios señalados corresponderá al juez determinar la procedencia de la medida de intervención, debiendo establecer como principal requisito indistintamente de la identificación del sujeto pasivo de la misma, el periodo de inicio y término de dicha intervención, la misma que debe ser dentro de un plazo razonable.

V. DEL DERECHO A LA INTIMIDAD Y EL DERECHO A LA VIDA PRIVADA

En puntos anteriores hemos manifestado que las interceptaciones telefónicas no solo supeditan el derecho a la dignidad de la persona -dignidad como elemento constitutivo de todos los derechos fundamentales-, sino que también atenta contra otros derechos como son el derecho a la intimidad y vida privada.

Quizás para muchos el derecho a la intimidad o vida privada sean lo mismo, pero cabe mencionar que, si bien son derechos de connotación y ámbito de protección similar, cabe establecer algunas diferencias que nuestro ordenamiento constitucional no distingue, pero que en otras legislaciones como el caso de Nicaragua se han establecido.

Cabe recordar que la intimidad es una necesidad y un derecho natural de la persona que es totalmente independiente de cualquier regulación positiva existente y hasta anterior a la misma. *La intimidad* se funda en “lo más interno” correspondiendo al ámbito psicológico e inmensurable del individuo, conllevando ello a enmarcarse en los valores morales y religiosos, personalidad, opción sexual, percepciones ideológicas, *siendo que tales consideraciones están fuera del alcance de lo público o privado.*

En esa misma línea el profesor colombiano Humberto Quiroga Laive⁴⁷ señala que el concepto de intimidad es:

“el respeto a la personalidad humana del aislamiento del hombre, de lo íntimo de cada uno, de la vida privada, de la persona física, innata, inherente y necesaria para desarrollar su vida sin entorpecimientos, perturbaciones y publicaciones indeseadas” y continúa “Es un derecho personalísimo que permite sustraer a las personas de la publicidad o de otras turbaciones a su vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos”.

Si bien íntimo y privado aparecen como sinónimos en muchas legislaciones, dichos términos no son iguales, como bien lo señala el profesor Germán Bidart Campos⁴⁸, quién diferencia el concepto de la intimidad del de privacidad al señalar:

⁴⁷ QUIROGA LAIVE, Humberto, Derecho a la intimidad y objeción de conciencia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997, p. 326.

⁴⁸ BIDART CAMPOS, Germán, Manual de la Constitución reformada, Tomo I, Editar, Buenos Aires, 1998, p. 348.

“La *intimidad* es la esfera personal que está exenta del conocimiento generalizado de terceros” mientras que *la privacidad* es “la posibilidad irrestricta de realizar acciones privadas (que no dañen a otros) que se cumplan a la vista de los demás y que sean conocidas por éstos”

La diferenciación dado por el maestro Bidart Campos puede entenderse mejor al momento de señalar que *nuestra percepción ideológica o sexual* se circunscribe en nuestra intimidad personal, sin que esta pueda ser invadida de ninguna forma -nadie puede ingresar en el ámbito interno de nadie-, mientras que las acciones de ámbito privado pueden ser ejercidas en presencia de los demás -el secreto bancario- es un dato privado que pertenece a dicho ámbito, pero es ejercido en conocimiento de terceros, al igual que un padecimiento de alguna enfermedad mortal o contagiosa de relevancia privada.

Por otra parte, el profesor argentino Eduardo P. Jiménez⁴⁹ manifiesta que la privacidad y la intimidad integran una zona de reserva personal, la misma que es propia del ser humano, la misma que no puede ser reducida a interés de las demás personas y el poder público.

Para dicho profesor define *la intimidad* como:

“la antítesis de lo público y, por lo tanto, todas aquellas circunstancias relativas al hogar, la familia, la religión, la salud, la sexualidad, los asuntos legales y económicos personales del individuo forman parte de la intimidad del ser humano”.

En ese orden de ideas, Jiménez entiende que *lo privado* es aquello restringido, de conocimiento de unos pocos, referido a lo doméstico y familiar y consagrado en el “derecho a la privacidad” mientras que lo íntimo es “lo que corresponde al ámbito personal y psicológico, las creencias y la moral de la persona”.

En la misma línea apunta Norberto Gonzáles Gaitano⁵⁰ quien establece cuatro razones que permiten mantener la diferencia entre privacidad e intimidad, las mismas que son:

⁴⁹ JIMENEZ, Eduardo Pablo, Derecho Constitucional Argentino, tomo III, Buenos Aires, 2000, p. 245.

⁵⁰ GONZALES GAITANO, Norberto, La trascendencia jurídica de la intimidad, revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de Derechos humanos, N° 1, Buenos Aires, 1991, pp. 65.

- a) Las personas naturales son aquellas que son pasivas del derecho a la intimidad, a diferencia de las personas jurídicas, quienes son pasivas del derecho a la privacidad.
- b) Es requisito indispensable para no destruir la intimidad, el consentimiento libre de la persona, la contravención de dicha garantía no restringe el derecho, lo destruye.
- c) La intimidad implica el respeto a la libertad de la persona, su expresión es parte de la voluntad de ser humano al exteriorizar diversas conductas propias de sí.
- d) El valor de la intimidad es absoluto, incuestionable e invaluable, el mismo que se inmerso en el derecho a la libertad de pensamiento, objeción de conciencia que no pueden ser objeto de mandatos judiciales.

Sumando a lo señalado, recogemos las características al *derecho a la privacidad* que reconoce el profesor Ernesto Villanueva⁵¹, las mismas que son:

- a) Es un derecho esencial a toda persona, sin importar el sistema jurídico o contenido normativo bajo el cual este tutelado.
- b) Es un derecho extrapatrimonial, considerando que no se puede comerciar e intercambiar como los derechos de crédito (trabajo, libre tránsito), al ser el mismo parte de la personalidad de la persona, haciéndose intransferible e irrenunciable.
- c) Es un derecho inembargable e imprescriptible, el mismo que ha nacido de la doctrina, se ha fortalecido con la jurisprudencia y norma positiva, buscando así regular el desarrollo científico y tecnológico que ha experimentado el mundo moderno con uso masivo de la informática, el mismo que permite el acceso casi ilimitado a la información personal por parte de los sujetos públicos y privados.

⁵¹ VILLANUEVA, Ernesto, Derecho de la información, CIESPAL, Quito, 2003.

Nuestro marco constitucional nacional es muy genérico al momento de reconocer el alcance del derecho a la intimidad en el artículo 2° Inc. 7 de la Constitución, al señalar:

Artículo 2°. -Derecho Fundamentales.

Toda persona tiene derecho:

(...)

7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propia.

(...)

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

(...)

Como puede verse del articulado constitucional, éste no es muy preciso en diferenciar el “*derecho a la intimidad*” y el “*derecho a la vida privada*” como lo hemos referido anteriormente, lo cual, conlleva a que toda restricción al secreto de las comunicaciones no encuentre distingo entre ambos derechos y, sin ningún distingo se afecte a ambos.

VI. IMPLEMENTACIÓN DE PRINCIPIOS QUE RESGUARDEN EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD Y PROTEJA LA VIDA PRIVADA.

Consientes que el tema de la presente investigación es muy debatible en torno a la calificación de “*lesión*” a la restricción del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, más aún, a la separación y diferenciación al “*derecho a la intimidad*” y el “*derecho a la vida privada*”, se hace necesario recoger la experiencia no sólo de la doctrina extranjera, sino también de la jurisprudencia de tribunales supranacionales, los mismos que constituyen criterios vinculantes a los estados sujetos a los mismos.

La Corte Europea de Derechos Humanos ya se pronunció por la confidencialidad de las comunicaciones telefónicas en diferentes sentencias como el caso *Klass* del 6 de setiembre de 1978; el caso *Malone* del 02 de agosto de 1984, caso *Olsson* del 24 de marzo de 1988; el caso *Kruslin y Huving* del 24 de abril de 1990. En todas las sentencias acotadas, el Tribunal Europeo establece condiciones mínimas que deben ser cumplidas al momento de intervenir el secreto a las

comunicaciones, considerando para tal caso como requisito *sine quanon* las siguientes condiciones⁵²:

- a) Que la intervención este regulada en el marco positivo.
- b) Que sea una medida idónea para proteger intereses de índole mayor a la afectación como es la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la salud, la moral, los derechos y libertades de los demás (artículo 8.2 del Convenio de Roma).
- c) Que exista necesidad y proporcionalidad en su injerencia.

Si regresamos a nuestro marco nacional peruano, podremos observar que tales condiciones no se dan en nuestro sistema penal, ello, no sólo porque las medidas de intervención telefónica solicitadas por el representante del Ministerio Público en mucho de los casos son carentes de motivación, sumando a ello, que las disposiciones judiciales no respetan la motivación y argumentación (ponderación y proporcionalidad) de las mismas al momento de ser otorgadas, convirtiendo este procedimiento en un acto mecánico y olvidando el contenido de los derechos fundamentales que enmarca el mismo. Como bien se desarrolló en el Capítulo I de la presente investigación la necesaria protección de los derechos fundamentales al momento de regular positivamente la intervención de las comunicaciones deben considerar los instrumentos internacionales tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 12°) y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículo 17°), Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8°), entre otros de rango convencional.

De los instrumentos internacionales citados se desprenden diversos principios que a nuestro entender pueden ser rescatados e implementados por el Juez al momento de justificar o motivar las medidas judiciales que autoricen la intervención en la intimidad, vida privada y la libertad de comunicaciones telefónicas de las personas pasivas de las mismas. Sobre ello, la jurisprudencia internacional, sobretudo la del Tribunal Constitucional Español ha considerado los siguientes principios:

⁵² **BENGER, Vincent**, Jurisprudencia de la Cour Européenne des Droit de L'Homme, 5ta edición, Sirey, Francia, 1996, p. 645.

1. **Principio de exclusividad jurisdiccional**, que conlleva a que sólo la autoridad judicial tiene la competencia para autorizar la intervención de las comunicaciones.
2. **Principio de exclusividad probatoria**, lo que conlleva, a que todo lo hallado sirve como prueba irrefutable para establecer la existencia del delito y determinar la responsabilidad del autor del mismo (intervenido).
3. **Principio de excepcionalidad**, el mismo que busca limitar el contenido de la medida de intervención como último medio de investigación a implementar, ello, en salvaguarda de los derechos fundamentales a ser afectados por la misma.
4. **Principio de limitación temporal**, el mismo que obliga al juez a determinar un periodo de tiempo que dure la medida, pudiendo existir prorrogas debidamente motivadas, no pudiendo convertirse la prorroga en desmedida e ilimitada, sino por el tiempo razonable para culminar la investigación, caso contrario la medida devendría en desproporcionada e ilegal. El juez debe verificar que el pedido de ampliación del fiscal este inmerso en los principios de razonabilidad y racionalidad.
5. **Principio de especialidad**, conlleva a que debe delimitarse en marco positivo, hechos delictivos sobre los cuales recaiga la medida de intervención, no pudiendo ser esta una medida de carácter general e indiscriminada a todos los actos delictivos.

La medida de intervención debe ser aplicada a delitos graves, considerando para tal caso las circunstancias y la trascendencia social de los mismos, los mismos que justifiquen la medida y que legitimidad de la misma.

6. **Principio de limitación subjetiva**, la medida otorgada recaerá sólo sobre los números telefónicos y personas solicitados por el Fiscal, no pudiendo extenderse la medida a terceras personas que no hayan sido parte del pedido inicial, lo cual, requerirá un nuevo pedido.

7. **Principio de limitación objetiva**, conlleva a que debe existir indicios confiables de la comisión de delito más no meras sospechas o supuestos al momento de solicitar la medida, a efecto que la autorización de la misma no devenga en ilícita o desproporcionada. Dicho principio va de la mano con el principio de excepcionalidad.

La tarea valorativa de los indicios presentados tiene un doble filtro, el inicial que realiza el fiscal al momento de recibir la información por parte de la policía y valora la formulación del pedido ante el juez respectivo y, la valoración que realiza el Juez al momento de calificar el pedido fiscal y otorgar la medida solicitada.

8. **Principio de procedibilidad**, conlleva a la existencia de un procedimiento previo al pedido de la medida de intervención, conllevando a que la medida a otorgarse no devenga en el primer acto a realizar dentro del proceso instaurado. Este principio, conlleva a que la medida de intervención debe responder a situaciones excepcionales pero justificadas y que forman parte de un proceso estructurado, donde la medida de intervención solo sea parte del mismo y no el todo.
9. **Principio de fundamentación**, el mismo que se enmarca dentro del derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce nuestra Constitución y que se extiende en el debido proceso. Se reconoce el derecho a obtener una resolución debidamente motivada y fundada, debiendo el fiscal y el juez parte del proceso motivar de forma suficiente, con razones fácticas y jurídicas el contenido de su pedido o resolución en todas las fases del proceso, garantizando así un proceso lógico jurídico que conlleve a un fallo con las mismas características.
10. **Principio de dualidad valorativa**, el mismo que conlleva a que la fundamentación de la medida tiene que ser entendida en el doble sentido de su proporcionalidad y motivación.
11. **Principio de control judicial en la ordenación, desarrollo y cese de la medida de intervención**, debe considerarse que toda intervención telefónica

conlleva intervenir e interferir en el secreto de las comunicaciones e intimidad en todo momento, no solo al momento que se autoriza la intervención, sino que se desarrolla en todo el tiempo que dura su desarrollo, en tal sentido, debe existir un control riguroso de la medida en garantía de los derechos constitucionales del afectado, en salvaguarda de sus derechos futuros.

Ello, obliga a que los agentes que realizan la intervención deben dar cuenta al Fiscal de las incidencias de la intervención, más aún, de darse hallazgos casuales los mismos que deben ser valorados por el Fiscal –desarrollaremos dicho punto en el capítulo siguientes- para su conservación o destrucción.

VII. ALCANCES DE NUESTRA JURISPRUDENCIA SUPRANACIONAL.

Si bien en el transcurso de la presente investigación hemos incidido en el marco normativo y jurisprudencia de carácter internacional, esta ha sido en mayor referencia al continente europeo, siendo allá, donde se ha desarrollado con mayor profundidad los alcances del tema a investigar, sin que ello deje de lado, el revisar nuestra jurisprudencia supranacional latinoamericana, es allí, donde encontramos algunas sentencias de la Corte Interamericana que también han desarrollado el tema, pero su repercusión aún ha sido tímidamente incorporado en los Estados parte, entendiéndolo, a procesos de variación y adecuación normativa que merece tiempo su debate y aplicación.

7.1. El recordado caso Escher y otros contra Brasil.

El principal caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno a interceptación telefónica es el de Escher y otros contra Brasil⁵³, el mismo que sancionó las interceptaciones telefónicas realizadas ilegalmente por el Estado brasileño -mediante el poder judicial- en contra del Movimiento de Trabajadores Rurales Sin Tierra (MST).

La Corte Interamericana resolvió en su sentencia reconocer que el Estado Brasileño violó el derecho a la vida privada, al honor y a la reputación de las víctimas, derechos que se encuentran reconocidos en el artículo 11° de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por otra parte, se reconoció

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Escher y otros Vs. Brasil, Sentencia del 6 de julio de 2009. Véase: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_esp1.pdf

también la violación al derecho a la libertad de asociación, reconocido en el artículo 16° de la citada convención, al igual que el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocida en los artículos 8° y 25°.

7.1.1. Generalidades del caso Escher y otros contra Brasil.

Los hechos se remontan a mayo de 1999, donde la policía militar de Brasil solicita al Poder Judicial autorización para poder interceptar las líneas telefónicas vinculadas con el Movimiento de trabajadores Rurales Sin Tierra (MST), siendo que dicha autorización se otorgó por el Juez competente en forma inmediata y sin ninguna fundamentación jurídica que la motive y con ausencia de notificación al Ministerio Público, por el plazo de 49 días. Dicho procedimiento, conlleva a suponer que la medida de restricción buscó criminalizar a los miembros de la organización MST.

Por otra parte, producto de la intervención la policía militar realizó una edición tendenciosa de las grabaciones y distribuyeron el material a diversos medios de comunicación, siendo que dichos audios editados, hacían presuponer que los integrantes del MST planeaban un atentado contra una funcionaria pública, obteniendo dichos audios gran repercusión en la prensa de Brasil al extremo de llevar a un proceso de criminalización del cual el MST ha sido objeto. A tal efecto. Los miembros del MST interpusieron diversos recursos judiciales a nivel nacional para la no propagación y eliminación de las grabaciones, sin obtener respuesta favorable por la autoridad judicial de Brasil.

7.1.2. Consideraciones de fondo del caso en razón a la protección de la honra y la dignidad.

Si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce la violación varios derechos fundamentales, en el presente punto sólo nos ocuparemos del derecho a la dignidad, honra y privacidad en las comunicaciones, sobre ello, se ha señalado⁵⁴:

⁵⁴ Ficha Técnica de la Sentencia Escher y otros Vs. Brasil. Véase: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia/ficha.cfm?nId_Ficha=277&lang=es

- El contenido del artículo 11^{o55} de la Convención Americana conlleva a la prohibición de toda injerencia arbitraria en la vida privada de las personas, existiendo diversos ámbitos de la misma, que deben ser protegidos por el Estado. En ese sentido, la Corte ha sostenido que *“el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública”*.
- Si bien es cierto la propia CIDH ha reconocido que las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas dentro del alcance del artículo 11° de la Convención, ello, no conlleva a que las mismas no merezcan la protección al igual que el contenido relacionado a asuntos privados del interlocutor, el mismo que está inmerso dentro de la privacidad del hogar y de la familia y frente a terceros, en tal sentido, el contenido del artículo 11° se aplica a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido, mecanismo de almacenamiento o forma de obtención, debiendo protegerse en todo momento, que el contenido de la conversación telefónica no sea de conocimiento a sujetos distintos a los interlocutores.
- El contenido de las conversaciones telefónicas de las víctimas fue de estricto carácter privado, no autorizando las mismas a que estas fueran conocidas por terceros o su interceptación por parte de agentes de Estado, siendo esta última una injerencia a su vida privada. Sobre ello, la CIDH estableció criterios para examinar “las injerencias” a efecto de determinar si son arbitrarias o abusivas en torno al alcance del artículo 11.2 de la Convención, en tal sentido señaló *“(…), para que resulte conforme a la Convención Americana una injerencia debe cumplir con los siguientes requisitos: a) estar prevista en ley; b) perseguir un fin legítimo, y c) ser idónea, necesaria y proporcional. En consecuencia, la falta de alguno de dichos requisitos implica que la injerencia es contraria a la Convención”*.

⁵⁵ **Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad**

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

- La CIDH reconoce que las interceptaciones telefónicas representa una afectación directa a la vida privada de las personas, por lo cual *debe estar contemplada en la Ley, la misma que debe establecer en forma clara y precisa detalles sobre el procedimientos y alcance de la medida de intervención, las circunstancias en las cuales pueden ser utilizadas, las personas que pueden solicitarla, a ordenarla y a llevarla a cabo, el procedimiento a seguir entre otros elementos que detallen su ejecución, seguimiento y utilización de fin obtenido.*
- En el caso Escher y otros contra Brasil, la interceptación telefónica con cumplió con la Ley especial de Brasil, en tal sentido, al no cumplir con el requisito de legalidad la CIDH no incidió en el fondo del contenido de la interceptación, al considerar la misma como ilegal. En tal sentido, la CIDH concluyó que el Estado violó el derecho a la vida privada reconocido en el artículo 11° de la Convención Americana en la obligación consagrada en el artículo 1.1 de mismo Tratado.
- Por otra parte, la injerencia en la vida privada, en la honra y reputación de las víctimas es permitida en base al derecho convencional, si estas cumplen con el requisito de legalidad. La CIDH considera que *“al divulgar las conversaciones privadas que se encontraban bajo secreto de justicia sin respetar los requisitos legales, el Estado violó los derechos a la vida privada, a la honra y a la reputación, reconocidos en los artículos 11.1 y 11.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo tratado, en perjuicio de Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral y Celso Aghinoni. (...).*

VIII. REGULACION INTERNACIONAL EN RAZON A ESCUCHAS TELEFONICAS.

Si bien es cierto que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen efecto vinculante sobre los Estados miembros, ello no es óbice para que las legislaciones sean similares en contenido, más si, en el fondo de su objeto. En el desarrollo de la presente investigación nos hemos percatado, no sólo de la fuerte influencia europea tanto en doctrina y jurisprudencia sobre la regulación de las interceptaciones telefónicas, sino que también, en torno a los preceptos valorativos que deben tomarse en cuenta al momento de regular no sólo

la protección del derecho a la intimidad y vida privada, sino también, las medidas que restrinjan los mismos, es allí, que la experiencia supranacional comparada nos ayudará a encontrar parámetros comunes a implementar en nuestro marco nacional.

En la legislación de diversos países las técnicas de investigación intrusivas aplicadas por los agentes del Estado son normales y están reguladas, en su mayoría de casos destinadas a grupos criminales organizados, con elevados niveles de organización y desplazamiento, con disponibilidad de recursos económicos y humanos en gran amplitud y con experiencia en eliminar “prueba” y “huellas” de los actos delictivos que cometen⁵⁶.

En ese contexto y considerando que las técnicas de investigación contra redes organizadas cada vez deben recurrir a medidas más drásticas -por ende invasivas-, se hace necesario, que el legislador precise el marco jurídico en el cual dichas medidas deben ser aprobadas, el control en su ejercicio, los derechos y obligaciones de los intervinientes en el proceso y las responsabilidades en que incurren, el requirente, el que autoriza y el que ejecuta la medida, como también, los involucrados durante su ejecución.

En la legislación comparada podemos encontrar lo siguiente:

| PAIS | NORMA | REGULACION Y LIMITES |
|-----------------|---|---|
| ALEMANIA | En el ámbito de los procedimientos criminales, Código Procesal Penal Alemán ⁵⁷ , artículos 100 a) y 100 b) | Posibilidad de interceptar las telecomunicaciones de personas sospechosas de ser autor o cómplice de algunos delitos especialmente graves y complejos. La interceptación y grabación de las comunicaciones sólo puede ser autorizada por un juez, aunque la orden de interceptación también la puede dar la fiscalía en casos excepcionalmente |

⁵⁶ **DIBAN, Michel.** Las nuevas técnicas de investigación criminal en la ley N° 19.366, en Gran Criminalidad Organizada y Tráfico Ilícito de Estupefacientes”. Santiago, Chile: Editorial Jurídica Conosur Ltda., 2000, pp.68-72.

⁵⁷ Véase en inglés en: http://bundesrecht.juris.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html#StPO_000P100a

| | | |
|---------------|---|---|
| | | urgentes, que debe ser confirmada por un juez dentro de los tres días siguientes. |
| ESPAÑA | Artículo 579 del Código de Enjuiciamiento Criminal ⁵⁸ | <p>Son los jueces a quienes les corresponde acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. Asimismo, se puede autorizar que, hasta por tres meses, (prorrogables) se observen las comunicaciones de personas sospechosas.</p> <p>Sin embargo, la misma norma señala que, en casos de urgencia enmarcados en investigaciones de bandas terroristas, la medida podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución.</p> |
| PERÚ | Artículo 230. - Intervención, grabación o registro de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación y geolocalización de teléfonos móviles ⁵⁹ | <p>1. El Fiscal, cuando existan suficientes elementos de convicción para considerar la comisión de un delito sancionado con pena superior a los cuatro años de privación de libertad y la intervención sea absolutamente necesaria para proseguir las investigaciones, podrá solicitar al Juez de la Investigación</p> |

⁵⁸ Véase en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lecr.l2t8.html.

⁵⁹ Véase en: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-nuevocodprocpenal.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

| | | |
|------------------------|---|---|
| | | <p>Preparatoria la intervención y grabación de comunicaciones telefónicas, radiales o de otras formas de comunicación. Rige lo dispuesto en el numeral 4) del artículo 226.</p> <p>2. La orden judicial puede dirigirse contra el investigado o contra personas de las que cabe estimar fundadamente, en mérito a datos objetivos determinados que reciben o tramitan por cuenta del investigado determinadas comunicaciones, o que el investigado utiliza su comunicación.</p> |
| <p>COLOMBIA</p> | <p>Artículo 15° de la Ley N° 1142 de 2007 sobre medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana⁶⁰</p> | <p>La ley faculta al fiscal a ordenar las escuchas o interceptaciones cuando, a su juicio, sean necesarias para el desarrollo de la investigación.</p> <p>Sin embargo, la Corte Constitucional⁶¹ ha impuesto que, en todo caso, la orden del fiscal debe estar sometida al control previo de legalidad por parte del juez de control de garantías.</p> |

⁶⁰ Véase en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2007/ley_1142_2007.html

⁶¹ Sentencia Corte Constitucional de Colombia, C-131/09. Véase en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/2009/c-131_2009.html#1

CAPITULO III

LA EJECUCIÓN DE LA MEDIDA DE INTERCEPTACIÓN TELEFÓNICA Y LA VALORACIÓN DE LOS HALLAZGOS Y SU REPERCUSIÓN EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL TEMA.

Si bien en los capítulos anteriores hemos desarrollado el marco teórico en torno a las intervenciones telefónicas, el concepto y alcance del derecho a la intimidad y privacidad, en el presente capítulo veremos desarrollar el punto controvertido de nuestra investigación, el mismo que parte de la valoración legal que tiene el uso de los hallazgos en las investigaciones que tienen como herramienta una interceptación telefónica.

Y es justamente este punto el que la doctrina ha desarrollado diversas posiciones denominando a los hallazgos o “descubrimientos casuales” el hecho de obtener resultados probatorios de la comisión de un delito dentro de la investigación por un delito diferente al investigado o que pueda afectar a un tercero que no es investigado inicialmente.

Si bien la lógica subjetiva nos podría llevar a concluir que el cumplimiento de la función penal e investigativa, permitiría el uso de todo tipo de medio probatorio o elemento en la sanción de delitos cometidos, ello, no debe percibirse como un mandato automático de cumplir, como bien lo describimos en nuestro proyecto de investigación, nuestro marco constitucional vigente nos pone al frente parámetros al actuar en situaciones de restricción al Derecho a la intimidad, que si bien para algunos puedan ser claras, a nuestro entender no están exentas de ser interpretadas y desarrolladas a mayor profundidad, a efecto que el juez pueda considerar con mayor objetividad la valoración.

Al revisar el texto Constitucional encontramos el artículo 2° inciso 10, el mismo que señala:

Artículo 2.- Derechos Fundamentales

Toda persona tiene derecho
(...)

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos **por mandamiento motivado del juez**, con las garantías previstas en la ley. **Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.**

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.
(...) (Subrayado, resaltado nuestro)

Sobre dicho precepto constitucional podemos entender que se debe guardar secreto de asuntos ajenos al hecho que motiva la restricción, es decir, si producto de la intervención telefónica se detecta “una comunicación” sobre un hecho delictivo distinto al investigado, en tal situación: ¿el fiscal deberá guardar secreto sobre el mismo? o por otro lado ¿el fiscal deberá formular denuncia? en cumplimiento al Inc. 4 del artículo 159° de la Constitución y de ser el caso ¿el juez deberá valorar las transcripciones presentadas por el fiscal? o en consideración al precepto constitucional, tanto el juez como el fiscal, “no deben considerar” la transcripción de la comunicación, como medio probatorio o indicio para una investigación diferente.

En el presente capítulo buscaremos responder las interrogantes planteadas en este punto, si bien, en el ámbito penal muchas cosas pueden darse por claras o pueden ser consideradas ya resueltas por la práctica judicial, esta no puede ser exenta del razonamiento constitucional, no solo al tratarse de la restricción de derechos fundamentales afectados por la restricción al derecho a la intimidad, sino también por la posible valoración de medios probatorios que puedan incidir en otro derecho fundamental que es el debido proceso.

II. LOS HALLAZGOS CASUALES EN LAS INTERCEPTACIONES TELEFONICAS

Cuando se ejecuta el mandato judicial que autoriza la intervención telefónica uno de los efectos que este puede generar, es que de las conversaciones interceptadas se encuentre indicios de la comisión de otro delito, se conozca la participación de terceras personas relacionadas con el fondo de la investigación o se derive a un delito consecuente del delito investigado.

Por “*hallazgo*” debemos entender la aparición de hechos delictivos nuevos en el curso de la investigación de un ilícito penal, que no han sido incluidos en la resolución judicial que da origen a la medida restrictiva de derechos (puede ser una intervención telefónica u otra similar), o de personas no investigadas inicialmente y que aparecen a razón de la medida restrictiva.

Es allí donde se generan los descubrimientos casuales o más conocidos como “*hallazgos casuales*”, los mismos que pueden definirse como aquellos instrumentos probatorios obtenidos de la realización de una diligencia en la investigación de un determinado delito, pero de las cuales, se obtienen elementos que sirven para acreditar la existencia de otro delito distinto al inicialmente investigado⁶².

La relevancia de los hallazgos es la *aparición de hechos delictivos nuevos* o la *aparición de sujetos no investigados*, que se dan en el curso de una investigación diferente, esta inclusión de hechos y personas no incluidos en la resolución judicial que autorizó la medida de restricción es un elemento que merece una tratativa especial por parte no sólo del fiscal investigador, sino también del juez del proceso.

La doctrina tiene diversas posiciones sobre este punto, para los alemanes los hallazgos son “elementos adquiridos mediante una intervención telefónica legítimamente ordenada y ejecutada que no guarda relación con el fin inmediato de la investigación para la cual se ordenó dicha medida y que afecta a personas que no son pasibles de dicha intervención”⁶³. En tal sentido se diferencia hasta cinco clases de hallazgos:

- a) Advertencia de nuevos hechos delictivos del imputado que no son objeto de la investigación principal, es decir, indicios de la comisión de un delito diferente.
- b) La identificación e implicación de una tercera persona a la investigación principal, ello, a razón de su relación directa con el hecho delictivo investigado.

⁶² **ALVAREZ DE NEYRA, Kappler**, Los descubrimientos causales en el marco de una investigación penal Con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio, en Revista internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, N° 2, Madrid, setiembre, 2011, p. 138.

⁶³ *Ibíd*em, p. 145

- c) La identificación e implicación de una tercera persona a un delito distinto al investigado.
- d) Obtención de información brindada por un tercero y que guarde relación con la investigación.
- e) Obtención de información brindada por un tercero relacionada a un delito distinto a la investigación.

En las diversas modalidades descritas, podemos advertir dos componentes: uno objetivo (al descubrirse hechos presuntamente delictivos que no fueron incluidos en la resolución judicial que admite la intervención) y otro subjetivo (al tener noticia de la intervención de una tercera persona). En ambos casos el problema a considerar, es el determinar el valor de dicho hallazgo casualmente descubierto.

III. EL VALOR PROBATORIO DE LOS HALLAZGOS

En la doctrina existe ciertas discrepancias en torno a la validez probatoria de los hallazgos, en el presente acápite analizaremos las diversas posiciones doctrinales y jurisprudenciales.

El origen del debate a razón del uso de la prueba prohibida no obliga a remontarnos a la conocida doctrina del “fruto del árbol prohibido”, mediante la cual la prueba se obtiene violando garantías constitucionales, la misma que pese a la certeza que ofrezca no puede ser considerada como válida al estar viciada desde su origen.

Esta postura encuentra su fundamento en Estados Unidos donde se aplica por primera vez en el caso *Silverthorne Co. Vs. United State* (251 US 385-1920), cuando la Corte Federal resolvió que el Estado no podía coaccionar a un ciudadano para que entregue cierta documentación que había sido descubierta por la policía mediante un allanamiento ilegal. Por otro lado, en el caso *Nardote Vs. United State* (308 US 338-1939) utilizó la expresión de “fruto del árbol prohibido” al momento de excluir grabaciones de las conversaciones del procesado efectuadas sin orden judicial, sino que también otras evidencias a las que se había llegado a consecuencia del contenido de la información extraída de las grabaciones.

El profesor López-Fragoso⁶⁴ señala que a la hora de valorar los hallazgos en el proceso, debe tenerse en cuenta el criterio de conexidad, es decir, debe considerarse dos factores uno “*objetivo*” y otro “*subjetivo*”, ello, sobre el hallazgo encontrado, es decir, deberá determinarse si lo encontrado guarda relación o no con el hecho que fundamentó la medida restrictiva, considerando siempre al sujeto pasivo de la misma, siendo este factor de “conexidad” el que permitiría la valoración positiva del hallazgo encontrado. Sin perjuicio de ello, estos nuevos elementos de prueba siempre serán obtenidos como *notitia criminis*, debiendo ponerse de conocimiento del Juez, para que los valore y de considerarlo pertinente apertura nueva investigación distinta de la ya desarrollada.

Para el profesor español, es necesario realizar una interpretación restrictiva en razón a la utilización de los hallazgos, considerando que no procedería utilizar un hallazgo de un acto delictivo totalmente ajeno al investigado al proceso investigado o que involucre la participación de un sujeto distinto al pasivo de la medida. En tal sentido si los hechos descubiertos guardan relación con la investigación, dichos hallazgos podrán formar parte de la investigación, pero de ser lo contrario y no configurar la necesidad de una nueva interceptación telefónica, tendrá carácter de *notitia criminis* y deberá llevarse un nuevo proceso e investigación.

Por otra parte, recogemos la posición del profesor DIAZ CABIALE⁶⁵, quien señala:

“cada vez que aparecen nuevos hechos es evidente que respecto de los mismos no se realizó (...) la correspondiente ponderación de la proporcionalidad de la medida restrictiva, aunque haya mediado resolución habilitante. (...). Pero no todo hallazgo casual supone necesariamente la ruptura de los principios constitucionales (...), sino que es preciso examinar la relación entre los hechos investigados y aquellos que se descubren. Dichos principios no quiebran cuando homogeneidad”⁶⁶.

Una parte de la doctrina (minoritaria) sostiene que sólo se puede dar como prueba válida los hallazgos que guarden relación conexa con el delito investigado y su descubrimiento fuera fortuito, manteniendo así una posición más hermética en

⁶⁴ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., Las intervenciones telefónicas en el proceso penal, Editorial Colex, Madrid, 1991, p. 174.

⁶⁵ Cfr. DIAZ CABIALE, J.A., y Martín MORALES, La garantía constitucional de la inadmisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida, Ed. Civitas, 1993, p. 190.

⁶⁶ Ibídem, p., 192

razón a la anteriormente descrita⁶⁷. Para el profesor López-Fragoso, es necesario diferenciar los hallazgos casuales, los mismos que pueden diferenciarse entre una función probatoria y una función investigadora. Para el primer caso, los hallazgos no podrán utilizarse como fuente de prueba en un proceso distinto de aquél en que se obtienen, quedando limitada su eficiencia a su valoración en el proceso principal. En el segundo supuesto, los hallazgos podrán actuar como *notitia criminis*, que daría lugar a un proceso diferente para determinar la culpabilidad del nuevo hecho delictivo.

Si bien es cierto la doctrina y la jurisprudencia nos ayuda a conocer la tratativa de diversas instituciones en el derecho comparado, en nuestro país, la medida de interceptación se fortaleció en su contenido con la dación del nuevo código procesal penal, pero la redacción del articulado original, artículos 230° y 231° no sólo sufrió la crítica académica, sino que tuvo múltiples modificaciones, pues tuvo ausencias básicas de contenido, de control y utilización posterior de la información obtenida. Del texto original y hasta la actualidad -de alguna forma- no se estableció los límites para la realización de las intervenciones en razón a la naturaleza de los posibles delitos o las personas investigadas, considerando para tal caso -sólo para determinados delitos y por tiempo prudente- la idoneidad de la medida, sino existe un catálogo cerrado de delitos, el juez debe proceder a una interpretación restrictiva en amparo de los derechos fundamentales posiblemente lesionados.

⁶⁷ Esta misma solución es la que propone LOPEZ-FRAGOSO, al sostener que ello es consecuencia de la deficiente regulación de este tema en nuestro ordenamiento jurídico. Cfr., **LOPEZ FRAGOSO-ALVAREZ, T.**, en *Los descubrimientos casuales en las intervenciones telefónicas como medidas coercitivas en el proceso penal*, Ed. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 1994, p. 81 y ss. Las SSTs de 2 de julio de 1993 y de 21 de enero de 1994, ofrecen como solución, en el supuesto de descubrimiento de delitos distintos a los investigados, que el juez decida si existe o no conexión, y si procede, en consecuencia, ampliar el objeto del mandamiento, con la adopción en este caso de cuantas prevenciones fueren aconsejables en derecho, para intentar aunar “el derecho de la inviolabilidad domiciliaria con la justicia eficaz”.

3.1. Consideraciones para examinar la validez de los hallazgos.

Para determinar el valor de los hallazgos es importante tomar en consideración la diversidad de criterios manifiestos en la jurisprudencia, en tal caso, de orden nacional e internacional, recogiendo de la misma los requisitos de validez. Para efectos de la presente investigación podemos recurrir a la jurisprudencia de orden nacional e internacional, de donde consideramos:

3.1.1. Jurisprudencia internacional relevante - España

a) El caso Naseiro

La resolución del **caso Naseiro**⁶⁸ emitido por el Tribunal Supremo de España, debido a la condición del diputado Ángel Sanchis Perales y Pedro Agramunt, este último presidente del PPCV, quedando archivado el proceso a casusa de diversas irregularidades en el proceso. El TS consideró que las escuchas telefónicas se habían ordenado para investigar únicamente el caso de narcotráfico y, por tanto, su utilización en el presunto delito de financiación ilegal no gozaba de autorización judicial. El TS ordenó la destrucción de las cintas inculpatorias donde estaban registradas las conversaciones de los implicados. Lo anecdótico de dicho caso es

⁶⁸ La trama se inició el 28 de noviembre de 1988 cuando miembros de la Brigada de Estupefacientes de la Jefatura Superior de Policía de Valencia procedieron a investigar por orden judicial un supuesto tráfico de drogas, mediante el "pinchazo" de la línea telefónica de Palop. Sin embargo, el contenido de las cintas grabadas descubrió asuntos distintos a los esperados, puesto que recogían conversaciones mantenidas entre importantes miembros del Partido Popular referentes a negocios fraudulentos de carácter inmobiliario, cuyos beneficios, según se pudo conocer con posterioridad, irían destinados en último término a financiar al partido.

En el transcurso de la investigación, que se extendió después de varias prórrogas hasta el 11 de abril de 1990, la Policía escuchó 5.240 llamadas, una media de 40 diarias, de las que se recogieron en el sumario del caso una cincuentena de cintas. El 9 de abril de 1990, el entonces titular del juzgado de instrucción número dos de Valencia, el magistrado Luis Manglano, ordenó la detención de Rosendo Naseiro y Salvador Palop. También ordenó la detención del director general de la empresa "Dragados y Construcciones", Luis Janini, el arquitecto municipal de Cullera, Luis Latorre, y los empresarios Balaguer y Bonet.

El juez Manglano ordeno estas detenciones por su presunta implicación en la concesión de licencias a empresas constructoras a cambio de comisiones que sirvieron para la financiación del PP, según las acusaciones. Tras tres días de declaraciones, en los que los detenidos estuvieron incomunicados el juez puso en libertad a los detenidos y el 16 de abril se inhibió del caso en favor del Supremo, porque descubrió que podía estar implicada una persona aforada, que resultó ser el diputado del PP Ángel Sanchís. El fiscal del Supremo consideró los hechos constitutivos de un delito de cohecho en grado de conspiración por los que pidió para los tres políticos populares un total de nueve meses de prisión y 31,5 millones de pesetas de multa. El 18 de junio de ese mismo año el Tribunal Supremo estimó la petición de los abogados defensores de que se anulara como prueba de cargo las conversaciones telefónicas que habían mantenido los tres políticos y el empresario, al considerar que estas habían vulnerado derechos fundamentales. En concreto, el Supremo señaló que tales intervenciones telefónicas habían violado el derecho a la intimidad de los cuatro acusados.

Finalmente, el día 9 de Julio el fiscal y las acusaciones retiraron todas las acusaciones, ya que una vez anulada la principal prueba de cargo les era imposible mantener los cargos. El 15 de Julio el Tribunal Supremo dicta una sentencia dictada en la se señala que solo puede absolver a los acusados y no sobreeser la causa, tal y como pidieron las acusaciones, ya que una vez abierto el juicio oral no queda otra solución que la de dictar sentencia.

Véase: www.losnoveves.net

que las transcripciones de los audios se pueden leer en las hemerotecas dado su valor histórico, pero en el ámbito jurídico carecen de valor probatorio.

b) Caso TC Casas Baamonde

Sentencia emitida por el TC Español en la que se anula la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 29 de diciembre de 1999, la misma que condeno por delito de cohecho y falsedad mercantil a unos funcionarios en casos de “cobros ilegales”, hecho que fue descubierto por unas escuchas telefónicas autorizadas por sede judicial. Sobre ello el TC español considera, revisada la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y verificar la ausencia de la legislación nacional sobre la materia, consideró que “no puede sostenerse que en el momento en que se acordaron las primeras intervenciones telefónicas existiera una base real exteriorizada en la resolución judicial, la solicitud policial o incluso en el escrito de denuncia anónima, a partir de cual se iniciaron las diligencias preliminares”

Para el TC el indicio no puede reputarse suficiente para sustentar la concurrencia de presupuestos habilitantes y en consecuencia la proporcionalidad de la intervención telefónica, en consecuencia decide anular las posteriores grabaciones telefónicas en las que se obtuvieron indicios delictivos por “existir una concatenación temporal y lógica” entre las acciones indebidas y de resultado de la investigación, la misma que parte contaminada desde el inicio.

c) Caso Gürtel: Intervención de comunicación con abogado defensor.

En dicho caso, se contó con la participación del polémico Juez Baltasar Garzón, quién sobrepaso los límites de su función al ordenar la intervención de todas las comunicaciones entre los abogados defensores y sus clientes. Lo extraño de la decisión, es la falta de motivación de dicha decisión, ello, al considerar que dicha medida afectó a procesos por delitos comunes y no por de delitos graves en los cuales, si podría estar justificada tal intervención, lo que a todas luces conlleva una vulneración al derecho a la defensa.

Sobre dicho caso, al llegar a la instancia constitucional, conllevó que el TC resolviera señalando:

“La razón resulta clara y explícita por este colegiado: la intervención de una conversación de un interno con su abogado defensor (o el abogado llamado por aquél) realizada por autoridad administrativa “es totalmente incompatible con el más intenso grado de protección que la norma legal confiere al derecho de defensa en los procesos penales”. Por eso la legislación penitenciaria exige no como alternativa, sino como acumulativas para tal restricción el “supuesto terrorismo” y la “orden de la autoridad judicial”.

Como puede verse para el TC español, queda dicho a este respecto, que debe considerarse ambos requisitos como acumulativos y no como alternativos para una intervención de comunicaciones frente al caso citado.

3.1.2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el Perú

Como bien hemos mencionado en puntos precedentes, la regulación de las interceptaciones telefónicas es de reciente data en nuestro país, ello no ha sido óbice para que no exista pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre ello, para lo cual consideramos los siguientes casos:

a) Caso: Correo electrónico y relaciones laboral⁶⁹

Este caso, se general con el despido de un trabajador de la empresa Serpost, ello, a razón a que se descubrió que dicho trabajador remitía correos electrónicos con contenido pornográfico, siendo el agravante del despido, que dicho contenido pornográfico era enviado desde el correo institucional. Lo relevante a considerar por el Tribunal Constitucional fue la forma como se consiguió la información, pues fue el personal de la Subgerencia de Recursos Humanos de Serpost quien ingresó al correo del trabajador sin su autorización y descubrió tal hecho.

Interpuesto el amparo por parte del trabajador, el Tribunal Constitucional, indistintamente del derecho laboral afectado, se pronunció sobre lo siguiente:

La demandada, por otra parte, tampoco ha tenido en cuenta que en la forma como ha obtenido los elementos presuntamente incriminatorios, no solo ha vulnerado la reserva de las comunicaciones y la garantía de judicialidad, sino que ha convertido en inválidos dichos elementos. En efecto, conforme lo establece la última parte del artículo 2º, inciso 10) de la Constitución, los documentos privados obtenidos con violación de los preceptos anteriormente señalados, no tienen efecto legal. Ello, de momento, supone que por la forma como se han recabado los mensajes que han sido utilizados en el cuestionado proceso administrativo, su valor probatorio carece de todo efecto jurídico,

⁶⁹ Sentencia TC Exp. N° 1058-2004-AA/TC, del 18 de agosto de 2004 y la sentencia N° 4224-2009-PA/TC del 19 de julio de 2012.

siendo, por tanto, nulo el acto de despido en el que dicho proceso ha culminado⁷⁰.

Sobre lo dicho por el propio TC, indistintamente del acto cometido por el trabajador de la empresa Serpost, el órgano constitucional reconoció el secreto a las comunicaciones en el ámbito de las relaciones laborales, determinando nulo el despido sobre la utilización de una prueba ilícita. Este no ha sido el único caso resuelto por el TC, similar situación se dio en la STC N° 04224-2009-PA/TC, donde el TC consideró que:

“De la carta de despido se desprende que la emplazada utilizó correos electrónicos de cuentas privada para imputar falta grave, los mismos que, según la Constitución, carecerían de validez si se obtuvieron vulnerando el procedimiento respectivo, por ser medios de prueba que habrían sido obtenidos ilícitamente”.

b) Caso: Comunicación sentimental en recinto militar⁷¹.

Dicho caso se presentó cuando la alumna de la Escuela Militar de Chorrillos interpone una demanda de amparo contra la Resolución administrativa que la separa de forma definitiva de dicha entidad, al verificar la comisión de una supuesta falta disciplinaria que consistía en haber sostenido relaciones amorosas y sexuales con otro cadete de la Escuela fuera de las instalaciones.

En tal entendido, el TC al analizar el caso en concreto considero fundada la demanda y dispuso la reincorporación de la demandante a la Escuela a considerar la forma como se obtuvo la información, considerando que la información se obtuvo del celular de la cadete, al momento de haber sido requisado al existir norma interna que prohibía portar celulares en la Escuela militar. Se descubrió la información cuando el capitán que requisó el equipo celular se percató del ingreso de “un mensaje de texto” que decidió leer, lo cual permitió que pudiera acceder a otros mensajes de texto existentes en el equipo que conllevó a corroborar la relación sentimental de la cadete con otro estudiante de la Escuela, siendo utilizados dichos mensajes como “prueba” de la falta imputada. En tal sentido el TC considero lo siguiente:

⁷⁰ Fundamento N° 22 sentencia Epx. N° 1058-2004-AA/TC.

⁷¹ Sentencia TC Exp. N° 3901-2007-AA/TC, del 28 de setiembre de 2009.

“En el presente caso, el inicio de la investigación disciplinaria a la que fue sometida la recurrente, se ha basado en una indebida invasión de su correspondencia, donde no ha mediado el mandato proveniente de autoridad judicial y donde incluso se ha ido más allá de la supuesta prohibición alegada por la demandada, que aún en el caso de aceptarse como cierta, sólo autorizaba a la retención (no a la incautación) del aparato celular, mas no así a la revisión de sus contenidos. El efecto práctico de tal situación es el haber convertido en irremediablemente nulos los presuntos elementos probatorios en los que tal investigación pretendió sustentarse”.

En la misma línea jurisprudencial el TC no reconoció el valor de la “prueba” obtenida ilícitamente y dispuso que la alumna retorne a la Escuela Militar.

c) Caso: Petroaudios⁷²

Este caso tiene gran relevancia en el contexto de nuestra investigación en la medida repercutió también en los medios de comunicación. Se desarrolla en un proceso de habeas corpus iniciado por la esposa de Alberto Quimper contra la resolución del juez que inició el proceso penal contra los implicados en el caso “petroaudios”. La demanda presentada tuvo como finalidad anular la resolución que dio origen al inicio del proceso penal sobre la base de comunicaciones interceptadas.

En el análisis desarrollado por el TC, en su parte resolutive consideró “improcedente” la demanda al considerar que era prematuro resolver el cuestionamiento formulado al considerar que el proceso penal se encontraba en trámite, pero lo resaltante de la presente sentencia, es la prohibición que hace el TC a los medios de comunicación a difundir el audio de interceptaciones telefónicas, salvo que cuenten con la autorización de los interlocutores grabados u orden judicial que permita ello, pajo apercibimiento de ser denunciados penalmente.

“En concordancia con ello, debe recordarse que el inciso 10) del artículo 2° de la Constitución dispone que las “comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandato motivado del juez, con las garantías previstas en la Ley”.

Por esta razón, los medios de comunicación social se encuentran prohibidos de divulgar o difundir interceptaciones y grabaciones de conversaciones telefónicas, salvo que exista la autorización de los interlocutores grabados para que sea conocida por terceros o un mandato judicial motivado que permita su

⁷² Sentencia TC Exp. N° 0655-2010-PHC/TC, del 27 de octubre de 2010.

difusión por ser de interés público, bajo responsabilidad de ser denunciados penalmente”⁷³.

Sobre dicho argumento, consideramos que el TC se extralimito en la prohibición dada, considerando que los medios de comunicación no habían intervenido en el caso concreto, pudiendo considerar la prohibición del TC como una “censura previa” disfrazada en protección a un derecho fundamental, olvidando que la controversia se remota a un proceso penal de carácter público, ex tramitándose también al establecer la responsabilidad penal por la difusión de los audios, desconociendo que el Código Penal no sanciona penalmente a los periodistas que divulguen una información de interés público, como es el caso de los “petroaudios”.

Consideramos que el Código Penal sanciona a aquellos que interceptan comunicaciones (artículo 162°) pero no la difusión de información de carácter público como lo fue el tema de la licitación de los pozos petroleros de propiedad del Estado Peruano. Inicialmente la sentencia se sostuvo con la votación de cinco magistrados de siete, siendo dos magistrados quienes se opusieron a la prohibición señalada, luego de la crítica pública, en resolución aclaratoria dos magistrados más cambiaron su posición en contra de la prohibición, obligando al TC a reformular su decisión, en la forma siguiente:

Que, en la relación a la interceptación de las telecomunicaciones y su divulgación por los medios de comunicación, está prohibido la difusión de información que afecte la intimidad personal o familiar, o la vida privada del interceptado o terceras personas, salvo que ella sea de interés o relevancia pública, lo que debe ser determinado en cada caso por el propio medio de comunicación. En caso de exceso tanto el periodista, como los editores y/p los propietarios de los medios de comunicación, serán responsables por tales excesos, según lo determine la autoridad competente.

Que los medios de comunicación social han entendido el fundamento 23 de la sentencia de autos como si se tratara de una censura previa. Con la finalidad de que dicho fundamento no sea malinterpretado, corresponde precisar, de oficio, que lo que debe ser sancionable es la conducta de quienes promueven, instigan o participan en la interceptación de las telecomunicaciones, aun cuando sean periodistas, medios o empresas dedicadas a las telecomunicaciones. No debe olvidarse que la propia Constitución establece en el artículo 2.10° que “las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamientos motivado del juez, con las garantías previstas en la Ley”.

⁷³ Sentencia TC Exp. N° 0655-2010-PHC/TC, fundamento 23.

IV. LAS ESCUCHAS TELEFONICAS Y LOS HALLAZGOS “CASUALES”

Para poder definir el concepto de hallazgos casuales, se hace necesario recurrir a la doctrina donde Echarri Casi sostiene: “se producen en aquella situación en la que habiéndose obtenido la correspondiente habilitación judicial para la práctica de una diligencia que afecta a los derechos fundamentales del sujeto investigado (entrada y registro en domicilio, intervención de las comunicaciones), con motivo de la persecución de una serie de conductas delictivas concretas y determinadas, aparecen fuentes de prueba relativas a otro u otros delitos distintos, de los cuales no se tenían noticias con anterioridad, cuando menos por los agentes intervinientes en aquella”⁷⁴.

Considerando los antecedentes jurisprudenciales y doctrinales señalados, partimos del supuesto de la ejecución de un mandato de intervención (interceptación telefónica) donde encontramos una escucha que no guarda relación con la investigación. Ante la aparición de hallazgos causales, será el juez quien deba decidir si los nuevos hechos son conexos o no y si procede la extensión de la medida (objeto de la investigación, números telefónicos intervenidos, personas intervenidas por la medida, plazo de duración de la intervención, etc.).

El profesor español López-Fragoso Álvarez señala que en consideración al mandato judicial que permite la medida de intervención telefónica “*el uso de dicho hallazgos fortuitos*” solo podrán darse en aquellos casos donde “*el grado de conexión objetivo/subjetivo entre el hecho descubierto y el investigado pueda ser determinado*”, dejando de lado toda interpretación extensiva o analógica que vaya encaminada a la restricción de derechos fundamentales. Por otra parte, el profesor español recalca que “*la limitación de utilidad de los descubrimientos casuales ha de ser en función de investigación más no de prueba documental*”.

En ese orden de ideas, para el profesor español, los hallazgos casuales no podrán utilizarse como fuente de prueba de un proceso distinto de aquel en que se obtuvo, salvo para casos de delitos conexos, en tal sentido, recogiendo la doctrina alemana al respecto, “que la adquisición de estos descubrimientos no pueda tener

⁷⁴ ECHARRI CASI, F., Prueba ilícita: conexión de antijuricidad y hallazgos casuales, Revista del Poder Judicial, N° 69, 2003, p.286.

ninguna consecuencia jurídica. Podrá tenerla, pero (...) tendrá que limitarse a la valoración de una *notitia criminis*”, generando ello el inicio de un nuevo proceso penal.

El problema que podemos ver en la doctrina es el determinar el valor de las evidencias probatorias obtenidas, ello, a efecto de poderlas incorporar al proceso o ser usadas en un proceso distinto, conllevando ello a que dicho hallazgo tenga un valor probatorio o de ser el caso pueda ser rechazado.

En nuestra posición no queda duda que de encontrarse hallazgos casuales en una investigación y estos reflejen nuevos tipos delictivos en las escuchas telefónicas, estos deben ser puestos de conocimiento en forma inmediata al juez que autorizo la intervención, a efecto que amplíe la resolución que autoriza la restricción *en caso de existir conexidad*, pero ello, en la realidad de nuestro país no se realiza. A nuestro entender, cuando no se da esa conexidad entre el hallazgo casual delictivo y el hecho investigado, es cuando se puede cuestionar la valides del descubrimiento fortuito, siendo en este caso, tarea del juez el determinar según criterios de valoración y reserva de amparo constitucional, la solución más correcta, ello, para darle el valor de *notitia criminis* sin efecto probatorio para una nueva investigación o darle valor probatorio considerando para tal caso la transgresión al derecho a la intimidad en salvaguarda de la consecución del delito, en tal caso, la intromisión ilegal queda salvada por la inicial autorización judicial.

Siguiendo al profesor Díaz Cabiale, debe considerarse que:

“cada vez que aparecen nuevos hechos es evidente que respecto de los mismos no se realizó (...) la correspondiente ponderación de la proporcionalidad de la medida restrictiva, aunque haya mediado resolución judicial habilitante (...). Pero no todo hallazgo casual supone necesariamente la ruptura de los principios constitucionales (...), sino que es preciso examinar la relación entre los hechos investigados y aquellos que se descubren. Dichos principios no se quiebran cuando existe homogeneidad”⁷⁵.

En nuestro país no existe jurisprudencia expresa frente al uso de “*hallazgos casuales*” cuestionados, en muchos de los casos es unísono la posición de ser utilizados como *notitia criminis* al igual que en diversos países, pero a nuestro

⁷⁵ DIAZ CABIALE, J. y Martín MORALES, La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida, Ed. Civitas, p. 190

entender el precepto constitucional descrito en líneas iniciales -que encontramos en el artículo 2° inciso 10 de la Constitución-, el mismo que puede ser utilizado como criterio de interpretación y desechar los hallazgos casuales, siendo relevante el mandato constitucional frente al mandato legal, ello, en la medida que en la práctica es el fiscal quién determina el valor del hallazgo casual y determina el uso del mismo, desconociendo el juez de ello y siendo el fiscal de turno o especializado quien de trámite procesal a lo encontrado.

Si recurrimos a la legislación comparada, podríamos obtener una solución al conflicto planteado en nuestra hipótesis de investigación y consideraciones expuestas en el inicio del presente capítulo, recurriendo a principios constitucionales como al debido proceso, tutela judicial efectiva creemos importante la exigencia que la resolución judicial se otorgue para una investigación específica y determinada. Al respecto podemos recurrir al principio de especialidad reconocido en la Sentencia del Tribunal Supremo Español del 18 de febrero de 2002, la misma que señala:

“también es preciso tener en cuenta que no es posible exigir en la fase de comprobación de una sospecha una descripción exacta del hecho, dado que no es posible excluir que quienes preparan una operación de cierta envergadura procuren despistar a sus posibles perseguidores o, inclusive, a sus posibles competidores dentro de la escena de la droga. Este requisito sólo tendría un valor absoluto si se excluyera completamente el valor de los hallazgos casuales. Pero como hemos sostenido en otros precedentes (SST 1313/2000, 1898/200, 16/2001), aquellas pruebas casualmente descubiertas en una investigación judicial no carecen de valor cuando han sido halladas por medio de diligencias procesales legalmente admisibles para la investigación del delito de que se trate”.

Complementando lo resuelto por el Tribunal Supremo Español recogemos lo señalado por Echarri Casi⁷⁶, quien señala:

“puede suceder que el delito investigado es de mayor gravedad que el delito encontrado en el hallazgo judicial, en tal sentido, el principio de proporcionalidad permitirá que la autorización judicial quedará implícitamente ampliada sobre la investigación a realizarse, si en ésta se concedió la autorización para investigar lo más grave, se podrá investigar lo menos grave, considerando que será proporcional la medida. El detalle está en que el juez deberá de ponderar frente a un nuevo delito, si este es lo suficientemente grave para no lesionar el principio de proporcionalidad y que no lleve a realizar diversas valoraciones que afecten a otros principios constitucionales, entre los cuales se encuentra el principio de intervención indiciaria.

⁷⁶ **ECHARRI CASI, F.**, Prueba ilícita: conexión de antijuricidad y hallazgos casuales, Ob. Cit., p. 287 y 288.

El principio de intervención indiciaria tiene mayor preponderancia que el principio de especialidad, pues se refiere tanto a las intervenciones necesarias y previas de autorización judicial como a la que no, mientras que el de especialidad viene referido al alcance de la resolución judicial habilitadora, siendo este uno de sus requisitos. En tal sentido, la negativa a investigar un hallazgo casual puede partir no sólo del hecho de la no justificación de ponderación de la gravedad del nuevo delito encontrado como hallazgo casual, el mismo que no justifica la medida de intervención, sino también por no haberse producido una adecuada valoración indiciaria del mismo”.

En base a tales consideraciones, podemos señalar que es indispensable aplicar los principios de especialidad y proporcionalidad, los mismos que servirán a resolver el conflicto que tenga que resolver el juez, donde éste deba considerar el principio de proporcionalidad como elemento esencial para evitar todo exceso y, mediante los principios de idoneidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto pueda tomar una decisión razonable. Para tal ejercicio, deberá el juez graduar la naturaleza del delito, su gravedad, la posibilidad de su descubrimiento por medio de otros medios menos lesivos a derechos fundamentales y que puedan ser considerados, debiéndose también valorar las circunstancias concurrentes. Para dicha tarea, se deberá exigir al juez una ponderación del conflicto de derechos que se generan en el proceso penal, el derecho a la defensa del imputado y el derecho del Estado a la persecución del delito, siendo el trabajo del juez determinar el interés que debe prevalecer en cada caso, especialmente el interés social el mismo que es el fundamento de la persecución de la infracción penal.

Si bien hemos comentado la doctrina y jurisprudencia en base a la tratativa de los hallazgos casuales en razón a ser considerados en base al principio de especialidad, también podemos recoger algunos pronunciamientos jurisprudenciales que abordan el tema, pero considerando la violación al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, al momento de utilizar los hallazgos casuales durante la interceptación telefónica.

En términos de hallazgo casual la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 y 18 de febrero de 1994, consideró que:

“si las pruebas que se hallaron en forma casual hubieran podido ser encontradas mediante procedimiento distinto al que se les encontró, estas no podrían ser valoradas”. Dicha posición es cuestionada por la doctrina al señalar que “dicha

postura no resuelve el tema planteado al considerar que de existir los presupuestos constitucionales y legales resulta procedente la restricción de cualquier derecho fundamental, pero con la salvedad, que en caso de los objetos o efectos hallados casualmente no concurrirían a priori tales supuestos, por lo cual, el seguimiento de la intervención en tal sentido, no deberían realizarse ni surtir efectos⁷⁷.

Más directamente en razón a los hallazgos causales en materia de intervenciones telefónicas, encontramos el Auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992, donde se hace la diferencia entre investigación y autorización, señalando que:

(...) existe vulneración al derecho a la intimidad si durante el periodo de interceptación telefónica aparece indicios de la comisión de un delito nuevo y la policía no pone ello de conocimiento del juez que ordenó la intervención, a efecto de examinar su propia competencia y la exigencia de la proporcionalidad, de no ser así, la autorización se convierte en una prospección del comportamiento del comportamiento común y general de una persona a través de las conversaciones telefónicas, siendo ello inaceptable.

En la misma línea está el profesor Álvarez De Neyra Kappler quien señala:

“es incuestionable que, desde la aparición de nuevos tipos delictivos en el curso de una intervención telefónica, esta se deba poner de conocimiento del juez que autorizó la misma para que amplíe el auto habilitante en caso de conexidad. Pero cuando se da esa conexidad, es cuando realmente se cuestiona la validez del hallazgo casual valorando frente al derecho fundamental lesionado, debiendo resolver el juez la disposición del mismo, bien darle valor de *nottia criminis* sin efectos probatorios o con tales efectos, considerando que la lesión al derecho a la intimidad queda justificada con la autorización inicial, la misma que se amplía para el hallazgo casual”.

Por otra parte, podemos encontrar otra sentencia que hace referencia a hallazgos en interceptaciones telefónicas en la Sentencia del Tribunal Supremo 864/2013, referida a hallazgos casuales obtenidos en la interceptación del número celular utilizado por un investigado, cuya intervención fue autorizada por el juez en la investigación por el delito de tráfico de drogas, siendo grabadas una serie de conversaciones que relacionaban a diversas personas con la comisión de un delito distinto, no haciendo de conocimiento de dicho hallazgo al juez, quien no dictó resolución alguna ampliando la intervención de las escuchas telefónicas con el fin de obtener información del nuevo delito. Sobre dicho panorama, la sentencia referida resuelve:

⁷⁷ MARTÍN GARCÍA, P., Hallazgos casuales en la diligencia de entrada y registro. Prueba ilícita, en TSJ y AP; Sentencia de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencia Provinciales y otros Tribunales, Ed. Aranzadi, Tomo V, Volumen V: Estudios e índices, 1ra ed., Madrid, 2000, p. 395.

“que la validez de la pluralidad de conversaciones telefónicas obtenidas sería válida en la medida que la primera conversación obtenida hubiese sido validada por el juez (es decir el hallazgo casual), ello, a efecto de emitirse nueva resolución que permita legitimar las nuevas conversaciones relacionadas al delito de revelación de secretos de Estado, el mismo que no está inmerso en la autorización inicial. Considerando lo dicho y no existiendo otras pruebas que acrediten la participación de los acusados en el delito de revelación de secretos de Estado, el Tribunal Supremo decide confirmar la sentencia absolutoria denegada”.

V. UN VISTAZO AL MARCO NORMATIVO COMPARADO Y NACIONAL SOBRE LOS HALLAZGOS CASUALES.

Los datos obtenidos fortuitamente “hallazgos casuales” es uno de los problemas que más llama la atención en la doctrina y la jurisprudencia del Derecho comparado, y sobre lo cual no parece llegar a un punto en común generalmente aceptada, aunque se advierte que se intenta restringir la posibilidad de su utilización, contrariamente a nuestro país, como podemos ver:

- a) **En el Derecho Argentino**, si bien no existe una norma expresa al tema, la jurisprudencia asumió dicha responsabilidad admitiendo su utilización en algunos procesos. Para establecer criterios de valoración de los hallazgos fortuitos se ha trazado un paralelismo con lo que ocurre en materia análoga en casos de allanamientos en supuestos de resultados que hubieran excedido el objeto original de la orden. Su valoración estará condicionada a la legalidad de la primera intervención, accidentalidad del descubrimiento, comunicación de la *notitia criminis* a la autoridad judicial competente y la expedición de una nueva autorización jurisdiccional para el caso que se desee seguir conociendo información sobre el nuevo delito y en éste fuera competente un magistrado distinto.
- b) **En el Derecho italiano**, el artículo 270° del Código de Procedimientos Penales dispone “los resultados de las interceptaciones no pueden ser utilizados en procedimientos diversos de aquel en el que han sido dispuestos”. Sin embargo, contempla una excepción en relación a los delitos flagrantes para los que se prevé el arresto obligatorio. (artículo 389° CPP italiano).
- c) **En el Derecho Alemán**, el tema se encuentra regulado con relación a las diligencias que se llevan a cabo en los domicilios, previstas en el §100c de

StPO. Específicamente el &100 d(5) de la StPO dispone que los datos de una vigilancia acústica de domicilio referidos a la persona podrán ser empleados para otros fines, entre los cuales se alude a la posibilidad de que sean aprovechados en otros procesos penales sin consentimiento de la persona vigilada sólo para el esclarecimiento de un delito en virtud del cual la medida podría ser ordenada, o para la averiguación del paradero de la persona acusada de tal delito.

- d) **En el Derecho Español**, indistintamente de la jurisprudencia que hemos reseñado en la presente investigación, cuenta con un Circula 1/2013 sobre “Pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas”, el mismo que establece ciertas garantías como:

En primer lugar, conforme al principio de especialidad, no es admisible decretar una intervención para tratar de descubrir, en general, sin la adecuada precisión actos delictivos, ni extender autorización prácticamente en blanco, siendo exigible concretar el fin del objeto de la intervención y que éste no sea rebasado (vid. SSTS N° 818/2011, de 21 de julio y 372/210, de 29 de abril).

Segundo, la Constitución no prevé que el funcionario que investiga cierre los ojos ante los indicios de delito que se presentaren a su vista, aunque los hallados casualmente sean distintos a los hechos comprendidos en su investigación oficial, siempre que no sean utilizados en forma fraudulenta el lesión a derechos fundamentales.

- e) **En el Derecho Peruano**, mediante Resolución Ministerial N° 1217-2014-IN y la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 4933-2014-MP-FN, se aprueba en forma conjunta el “Protocolo para la Intervención o grabación de registro de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación” el mismo que detalla el extenso el procedimiento para hacer efectivo la medida restrictiva contemplada en el artículo 231° del Código Procesal Penal, el mismo que contiene las siguientes observaciones a nuestro parecer:

En el Informe Policial remitido al Fiscal.

- El protocolo señala que el policía a cargo cursará un informe al Fiscal solicitando la obtención del mandato de intervención (...), cuando existan indicios de sospecha inicial simple o suficientes elementos de convicción y sea necesario para el esclarecimiento de los hechos. Es decir, que no se requiere el agotamiento de medidas previas y/o alternativas por parte de la policía, para

fundamentar el pedido de intervención, bastando sólo una “*sospecha*”, lo cual, desnaturaliza la investigación criminal.

En la solicitud o requerimiento Fiscal.

- Los delitos sobre los que recae la medida de intervención requiere una sanción penal superior a los cuatro (4) años de privación de libertad, si el pedido es conforme al Código Procesal Penal. En tal condición, la medida restrictiva está abierta a todos los tipos penales existentes en el Código Penal.
- Presencia de indicios delictivos suficientes, es decir, tampoco exige el agotamiento de medidas previas y/o alternativas para formular el pedido de intervención, siendo suficiente la acreditación de la presunta existencia de la comisión de un delito.

En la Resolución Judicial (Control Jurisdiccional)

- El juez debe evaluar el requerimiento conforme a los principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad, lo cual, nos parece acorde como criterios preliminares de filtro.
- La Resolución debe determinar el hecho delictivo que se investiga, lo cual, de no cumplirse puede ser lesivo al convertirse en una restricción prospectiva a la conducta humana.
- El juez debe exponer las razones que avalan la necesidad, idoneidad, proporcionalidad y finalidad de la medida, requiriéndose además, de una motivación y argumentación adecuada que justifique la restricción de derechos fundamentales.

En la ejecución de la medida.

- Si en el desarrollo de la labor de recolección se descubriera “hallazgos casuales”, el Fiscal comunicará al Juez competente, para que disponga la pertinencia o no de su utilización en la investigación (en vía de ampliación) o para que el Ministerio Público evalúe si hay mérito para iniciar investigación sobre el tema descubierto. Sobre ello, se sigue con el procedimiento regular

establecido en diversas legislaciones comparadas, siendo el juez quién determina la valoración de la relevancia del hallazgo encontrado.

En el Código Procesal Penal

Respecto al marco positivo nacional, el vigente Código Procesal Penal, reconoce en su artículo 230°, la procedencia de la intervención de las comunicaciones, señalando lo siguiente:

Artículo 230. Intervención, grabación o registro de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación y geolocalización de teléfonos móviles.

1. El Fiscal, cuando existan suficientes elementos de convicción para considerar la comisión de un delito sancionado con pena superior a los cuatro años de privación de libertad y la intervención sea absolutamente necesaria para proseguir las investigaciones, podrá solicitar al Juez de la Investigación Preparatoria la intervención y grabación de comunicaciones telefónicas, radiales o de otras formas de comunicación. Rige lo dispuesto en el numeral 4) del artículo 226.
2. La orden judicial puede dirigirse contra el investigado o contra personas de las que cabe estimar fundadamente, en mérito a datos objetivos determinados que reciben o tramitan por cuenta del investigado determinadas comunicaciones, o que el investigado utiliza su comunicación.
3. El requerimiento del Fiscal y, en su caso, la resolución judicial que la autorice, deberá indicar el nombre y dirección del afectado por la medida si se conociera, así como, de ser posible, la identidad del teléfono u otro medio de comunicación o telecomunicación a intervenir, grabar o registrar. También indicará la forma de la interceptación, su alcance y su duración, al igual que la dependencia policial o Fiscalía que se encargará de la diligencia de intervención y grabación o registro.

El Juez comunicará al Fiscal que solicitó la medida el mandato judicial de levantamiento del secreto de las comunicaciones. La comunicación a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones, a efectos de cautelar la reserva del caso, será mediante oficio y en dicho documento se transcribirá la parte concerniente.

4. Los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones deben facilitar, en forma inmediata, la geolocalización de teléfonos móviles y la diligencia de intervención, grabación o registro de las comunicaciones que haya sido dispuesta mediante resolución judicial, en tiempo real y en forma ininterrumpida, las 24 horas de los 365 días del año, bajo apercibimiento de ser pasible de las responsabilidades de Ley en caso de incumplimiento. Los servidores de las indicadas empresas deben guardar secreto acerca de las mismas, salvo que se les citare como testigo al procedimiento.

Dichos concesionarios otorgarán el acceso, la compatibilidad y conexión de su tecnología con el Sistema de Intervención y Control de las Comunicaciones de la Policía Nacional del Perú. Asimismo, cuando por razones de innovación tecnológica los concesionarios renueven sus equipos y software, se

encontrarán obligados a mantener la compatibilidad con el sistema de intervención y control de las comunicaciones de la Policía Nacional del Perú."

5. Si los elementos de convicción tenidos en consideración para ordenar la medida desaparecen o hubiere transcurrido el plazo de duración fijado para la misma, ella deberá ser interrumpida inmediatamente.
6. La interceptación no puede durar más de sesenta días. Excepcionalmente podrá prorrogarse por plazos sucesivos, previo requerimiento sustentado del Fiscal y decisión motivada del Juez de la Investigación Preparatoria.

Por otra parte el artículo 231° de mismo cuerpo legal, desarrolla la parte procedimental de la medida de intervención.

Artículo 231 Registro de la intervención de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación.

(...)

2. Durante la ejecución del mandato judicial de los actos de recolección y control de las comunicaciones se dejará constancia en el Acta respectiva de dichos actos. Posteriormente, el Fiscal o el Juez podrán disponer la transcripción de las partes relevantes de las comunicaciones, levantándose el acta correspondiente, sin perjuicio de conservar la grabación completa de la comunicación. Las grabaciones serán conservadas hasta la culminación del proceso penal correspondiente, ocasión en la cual la autoridad judicial competente dispondrá la eliminación de las comunicaciones irrelevantes. Igual procedimiento adoptará el Fiscal en caso la investigación no se judicialice, previa autorización del Juez competente.

Respecto a las grabaciones en las que se aprecie la comisión de presuntos delitos ajenos a los que son materia de la investigación, el Fiscal comunicará estos hechos al Juez que autorizó la medida, con la celeridad e inmediatez que el caso amerita.

(...)

4. La audiencia judicial de reexamen de la intervención se realizará en el más breve plazo. Estará dirigida a verificar sus resultados y que el afectado haga valer sus derechos y, en su caso, impugnar las decisiones dictadas en ese acto.
5. Si durante la ejecución del mandato judicial de intervención y control de las comunicaciones en tiempo real, a través de nuevos números telefónicos o de identificación de comunicaciones, se tomará conocimiento de la comisión de delitos que atenten contra la vida e integridad de las personas, y cuando se trate de los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas y secuestro, a cometerse en las próximas horas, el Fiscal, excepcionalmente y dando cuenta en forma inmediata al Juez competente para su convalidación, podrá disponer la incorporación de dicho número al procedimiento de intervención de las comunicaciones ya existente, siempre y cuando el Juez en el mandato judicial prevenga esta eventualidad.

VI. CONSIDERACIONES GENERALES EN RAZÓN A LA INVESTIGACIÓN REALIZADA Y SU CONTRASTE CON LA PRÁCTICA DE LA REALIDAD.

La presente investigación, si bien partió de cuestionar una supuesta antinomia de la Constitución en la medida de la protección del Derecho a la intimidad y privacidad del ciudadano frente a la potestad otorgada al Fiscal en su tarea de defensor de la legalidad, nos ha llevado a revisar la doctrina sobre el tema, más aún, jurisprudencia que han desarrollado consideraciones que en muchos Estados, como el nuestro se encuentran ausentes en marco positivo expreso, considerando la complejidad del tema.

La constante que se presenta entre el perseguir el delito y sancionarlo y el respeto de los derechos fundamentales del investigado se hace una tarea compleja cuando existen márgenes estrechos entre la legalidad y la lesión a un derecho fundamental, cuando no hay una prohibición absoluta sino una relativa que se circunscribe a determinados requisitos fijados en la norma o de diversas circunstancias que deberán ser merituadas por el juez. La diversidad de situaciones que se pueden generar a razón de la implementación de una medida restrictiva y los efectos que esta genere, hace difícil una valoración unitaria de la misma, desde los límites hasta donde pueda llegar o el valor del hallazgo casual que pueda encontrarse y su relevancia en la investigación, lo cual, dificulta una valoración a priori del alcance de la restricción y la no lesividad del contenido esencial del derecho fundamental.

Existen diversas posturas manifiestan en la jurisprudencia de los países consultados, en el caso peruano, consideramos que el derecho a la intimidad no puede ser vulnerado simplemente en base a conjeturas o sospechas de conducta delictiva, si bien existe el filtro del juez al momento de autorizar la intervención, es preocupante el inicio del procedimiento tal cual lo reseña el protocolo existente y como lo hemos resaltado en su oportunidad, si bien existe la proporcionalidad como principio aplicable por el juez, debe exigirse también la obligación del agotamiento de vías alternativas o requerimiento de verdaderos “indicios” del acto delictivo a seguir, basándose la investigación en algo más que en simples “sospechas”.

La inconstancia en la valoración de las intervenciones telefónicas es interesante en alguna forma, nos lleva a reflexionar su aporte, tal es el caso de la jurisprudencia alemana, que considera la proporcionalidad como un elemento ambivalente en su dimensión y alcance al momento de ser aplicada como bien reflexiona Roxin⁷⁸ al señalar el caso de una persona intervenida por el delito de tráfico de drogas pasible de una restricción, pero cuya intervención sólo prueba un robo o estafa cometida por el sospechoso, dicho hallazgo no puede ser utilizado en su contra. En esa misma línea va la decisión del Tribunal Supremo Federal alemán⁷⁹ que también cita Roxin, que prohibió usar como prueba la grabación de una conversación privada de una pareja de esposos mientras cenaba y en la cual el esposo contaba a su esposa su ilícito negocio; dicha conversación se registró porque el teléfono no había sido bien colgado y la autorización judicial se refería a las conversaciones telefónicas pasibles de ser registradas y no a la conversación privada de un matrimonio que se grabó por casualidad. Esta última situación reseñada por Roxin no la encontramos regulada en forma expresa, dependiendo del juez valorar tal conducta. En tal sentido, la valoración de los hallazgos casuales en la jurisprudencia suele ser bastante dispersa, siendo en todo caso el principio de proporcionalidad un límite material adicional a los requisitos procedimentales con los cuales debe realizarse y posteriormente ejecutarse las grabaciones telefónicas.

Si bien, nuestra investigación partió también con la propuesta de implementar una normatividad más precisa al desarrollo de las intervenciones telefónicas, encontramos la limitante de la casuística como principal elemento distorsionador, la diversidad de situaciones que se pueden presentar al momento de ejecutar una intervención telefónica, las mismas que sumadas a las técnicas de investigación aplicables en la lucha contra la delincuencia, impiden crear parámetros normativos delimitadores de las medidas restrictivas, siendo los principios constitucionales que aplica el juez los encargados de delimitar el alcance de la restricción acotada.

Si bien formular un marco normativo que regule las intervenciones, grabaciones de registro de comunicaciones telefónicas es necesario, pero complejo desde el

⁷⁸ **ROXIN**, La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal, traducción de Gómez Rivero y García Cantizano, Valencia, 2000, p. 147.

⁷⁹ Ídem, P. 149

punto de vista teórico como lo es la presente investigación, ello, no es óbice para que desde los actores involucrados en la lucha contra el crimen organizado (Poder Judicial, Ministerio Público, Ministerio del Interior y Ministerio de Justicia) se pueda revisar y fortalecer el contenido del Protocolo de actuación conjunta que mencionamos en la presente investigación, con el objeto de incorporar en el mismo criterios y principios contemplados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tribunales de países afines y aquellas directrices que se dan en los tribunales supranacionales, considerando que debe precisarse con mayor incidencia aquellos delitos que son pasibles de tal restricción, no establecer un universo de alcance a aquellos delitos con pena mayor a cuatro (4) años, considerando que tal rango vulnera el principio de proporcionalidad tan necesario en el respeto de los derechos en el proceso penal.

A lo largo de la presente investigación, más aún, al materializar las presentes páginas he buscado analizar una de las diligencias más frecuentes, útiles y de actualidad en los procesos de lucha contra el crimen organizado, considerando que la interceptación de comunicaciones (en cualquiera de sus formas) se hace necesario dado el sin número de mecanismos existentes, los mismos que no se reducen sólo a la comunicación telefónica, sino también a mecanismos electrónicos que cada vez evolucionan como el whatsapp, instragram, etc., que son canales alternos a la comunicación telefónica y que también recaudan comunicaciones orales.

Si bien lo dicho se funda en la realidad, también es cierto que la medida de interceptación telefónica afecta ciertos derechos fundamentales, tales como el secreto de comunicaciones, la intimidad y el derecho a la presunción de inocencia. En tal sentido la autorización, ejecución y posterior utilización de los hallazgos casuales en el proceso, debe estar sometido a un estricto control judicial, evitando en toda forma extralimitaciones e injerencias en los derechos fundamentales que están en juego. Tales medida de control no sólo van a proteger los derechos del investigado, sino también a los derechos de terceras personas que mantengan comunicación con el investigado o intercambien mensajes, que pueden ser sujetos de interceptación por los agentes competentes. Es en este punto donde paramos a reflexionar, en la medida que el órgano judicial, el agente fiscal y policial, debe tener sutil cuidado sobre los derechos de terceros, a efecto que la medida de

intervención de comunicaciones no se concierne en una intrusión indiscriminada en la intimidad de todo aquél que se relacione de algún modo con el sujeto investigado.



CONCLUSIONES

PRIMERA.- Si bien la intervención telefónica conlleva la intromisión en derechos fundamentales esta se justifica por la exclusividad jurisdiccional, pues el juez debe motivar la autorización de la medida, considerando los principios de especialidad, proporcionalidad y necesidad, debiendo considerar como fundamento principal el objeto de la investigación y la finalidad constitucional que legitima la medida.

SEGUNDA.- Negar la relevancia del hallazgo fortuito en las investigaciones resulta absurdo en la medida que sería negar la existencia de la posible comisión de un nuevo ilícito penal, siendo tarea del Estado no sólo perseguir dichas conductas sino también sancionarlas. Llama nuestra atención la diversidad de criterios doctrinales y jurisprudenciales en la medida de valorar y considerar los mismos en la tratativa procesal penal, no existiendo un cuerpo normativo sólido que regule en forma expresa el alcance y uso de los hallazgos casuales.

TERCERA.- Queda evidente que debe rechazarse todo tipo de norma prospectiva o pre-delictuales, lo que conllevaría a una “cacería de delincuentes” por encima de fin sancionar del Estado, por ello, el legislador debe exigirse concreción y precisión al abrir el ámbito de restricción frente a determinados delitos. Ello no solo en salvaguarde de los derechos del intervenido sino también de terceros que sean pasibles de la medida interventora.

CUARTA.- Sobre la permeabilidad de las intervenciones telefónicas también debemos considerar necesario establecer límites a los hallazgos casuales, al considerar que los mismos permitieron la ampliación de la restricción original, no impidiendo que otro hallazgo casual (hallazgo de hallazgo) amplíe la investigación y así sucesivamente, donde ya la restricción no se convierte en algo restringido sino amplio en la medida que llegue a peligrar la intimidad del intervenido y hasta se extinga en la investigación.

QUINTA.- La jurisprudencia constitucional en nuestro país todavía no se ha pronunciado en forma similar como la jurisprudencia comparada acotada en la investigación, ello, no sólo a la complejidad de los procesos que utilizan las interceptaciones como cause de prueba, ello, porque no es la única prueba válida

utilizada en el proceso penal, sino también, por el propio desconocimiento de los abogados en la impugnación interpuestas del contenido constitucional y fundamento de derechos fundamentales de sus derechos lesionados.



SUGERENCIAS

PRIMERA.- Es necesaria e importante la formulación de una propuesta legislativa “ley especial”, ello, a efecto de recoger los aportes doctrinarios y jurisprudenciales existentes, incorporando también principios a seguir por tales actores, delimitando la medida restrictiva y frente a la ausencias normativas, tenga que recurrirse a la proporcionalidad y la ponderación, donde el resultado terminen siempre a favor del Estado, convirtiendo toda medida restrictiva en inquisidora.

SEGUNDA.- Sobre el punto anterior, la sensibilidad del tema conlleve a considerar que en la formulación de un marco positivo este deba considerar un “cierre de puertas a las más mínima vulneración de derechos fundamentales y que se elimine cualquier forma de indefensión y, por otra parte, que se haga posible la investigación que conduzca al descubrimiento y posterior juzgamiento de delitos en caso de corresponder.

TERCERA.- Si bien el fin sancionador del Estado se convierte en una garantía social de seguridad y paz pública, ello, no siempre puede ser el fundamento de toda restricción, considerando que todos los derechos fundamentales merecen protección. Información obtenida en la conversación privada de esposos, padres e hijos o frente a terceros, deben tener un margen de discrecionalidad por parte del juez al incluirlo en su investigación, dado que de no hacerlo no sería una restricción sino una invasión total del derecho fundamental.

CUARTA.- Consideramos importante también equiparar el proceso penal, en la medida que si bien existe la posibilidad de la restricción telefónica este debe ser igual al del derecho de defensa del sujeto pasivo de la restricción, debiéndose de notificar de la medida una vez finalizada la misma, sin distinción del resultado de la medida, a efecto que el procesado pueda ejercer su derecho de defensa e interponga los recursos que crea conveniente a efecto de desvirtuar las mismas y no extender su ámbito de responsabilidad.

QUINTA.- Debe quedar claro en todo instrumento legal o administrativo que en tanto nuestra propia Constitución reconozca la restricción al derecho a la privacidad de las telecomunicaciones, que dicha limitación tiene que ser aplicada

únicamente cuando sea necesaria para cumplir el objeto legítimo de la restricción. Es decir, que en tanto se limita un derecho fundamental, tal medida debe ser ponderada al momento de su aplicación frente al fin que se busca proteger, dado que sería irrazonable que la afectación sea más gravosa (vulneración del derecho) que el fin o metido que se persigue (recolección de información).



BIBLIOGRAFÍA

ABAD YUPANQUI, Samuel, El derecho al secreto de las comunicaciones, alcances, límites y desarrollo jurisprudencial, Pensamiento Constitucional, Año XVI N° 16, Lima, 2001.

ALVAREZ DE NEYRA, Kappler, Los descubrimientos causales en el marco de una investigación penal Con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio, en Revista internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, N° 2, Madrid, setiembre, 2011.

BENGER, Vincent, Jurisprudencia de la Cour Européenne des Droit de L'Homme, 5ta edición, Sirey, Francia, 1996.

BERNAL PULIDO, Carlos, La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales, Materiales de enseñanza Derecho Constitucional de la Academia de la Magistratura. X Curso de Capacitación para el Ascenso 2do nivel.

BIDART CAMPOS, Germán, Manual de la Constitución reformada, Tomo I, Editar, Buenos Aires, 1998, p. 348.

CARMONA SALGADO, Luís, Libertad de Expresión e información, Ed. Tirant the blank, Cataluña, 1991.

DIAZ CABIALE, J.A., y Martín MORALES, La garantía constitucional de la inadmisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida, Ed. Civitas, 1993.

DIBAN, Michel. Las nuevas técnicas de investigación criminal en la ley N° 19.366, en Gran Criminalidad Organizada y Tráfico Ilícito de Estupefacientes". Santiago, Chile: Editorial Jurídica Conosur Ltda., 2000.

ECHARRI CASI, F., Prueba ilícita: conexión de antijuricidad y hallazgos casuales, Revista del Poder Judicial, N° 69, 2003.

GONZALES GAITANO, Norberto, La trascendencia jurídica de la intimidad, revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de Derechos humanos, N° 1, Buenos Aires, 1991.

JIMENEZ, Eduardo Pablo, Derecho Constitucional Argentino, tomo III, Buenos Aires, 2000.

LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., Las intervenciones telefónicas en el proceso penal, Editorial Colex, Madrid, 1991.

LOPEZ FRAGOSO-ALVAREZ, T., Los descubrimientos casuales en las intervenciones telefónicas como medidas coercitivas en el proceso penal, Ed. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 1994.

MARCO URGELL, Anna, La intervención de las comunicaciones telefónicas: grabación de las conversaciones propias, hallazgos casuales y consecuencias jurídicas derivadas de la ilicitud de la injerencia, Facultad de Derecho Departamento de Ciencia Política y de Derecho Público, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2010.

MARTÍN GARCÍA, P., Hallazgos casuales en la diligencia de entrada y registro. Prueba ilícita, en TSJ y AP; Sentencia de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencia Provinciales y otros Tribunales, Ed. Aranzadi, Tomo V, Volumen V: Estudios e índices, 1ra ed., Madrid, 2000.

MARTIN MORALES, Ricardo, El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones, Ed. Civitas, Madrid, 1995.

NOGUEIRA ALCALA, Humberto, La interpretación constitucional de los derechos humanos. Ediciones Legales. Lima, 2009.

MUÑOZ CONDE, Francisco, De las prohibiciones probatorias al derecho procesal del enemigo, Madrid, 2008.

PAZ RUBIO, José María, MENDOZA MUÑOZ; Julio y otros, en: La prueba en el proceso penal, su práctica ante los Tribunales, ED. Colex 1999.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio, Curso de Derechos Fundamentales, Universidad Carlos III, Boletín del Estado, Madrid, 1995.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto, Constitución de la Nación Argentina Comentada Segunda Edición Actualizada, Zavalia, Buenos Aires, 1997.

- Derecho a la intimidad y objeción de conciencia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.

RIVESSEVA, Antonio, La intervención de las comunicaciones en la jurisprudencia penal, Ed. Civitas, Madrid, 1993.

ROXIN, La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal, traducción de Gómez Rivero y García Cantizano, Valencia, 2000.

ROXIN, La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias, Madrid, Iteinsa, 2008

- Entrada y registro, interceptaciones de comunicaciones postales, telefónicas, etc., en: Medidas restrictivas de los derechos fundamentales, CDJud, Madrid, 1996.

RUIZ MIGUEL, Carlos, La configuración constitucional del derecho a la intimidad, Madrid, Tecnos, 1995.

VASQUEZ, Aldo, Conflicto entre intimidad y libertad de información, la experiencia europea, Perú, Universidad San Martín de Porres, 1998.

VILLANUEVA, Ernesto, Derecho de la información, CIESPAL, Quito, 2003.

TESIS

RAMÍREZ BUSTAMANTE, Juan Ezequiel, El Sistema Constelación. Aportes a la lucha contra el crimen desde una perspectiva comparada, Tesis para optar el grado de Magíster en Ciencia Política y Gobierno, con mención en Gestión Pública y Políticas Públicas, PUCP, Lima, 2015.

JURISPRUDENCIA

CIDH

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-696 del 5 de diciembre de 1996, T-169 de 2000, T-1233 de 2001 y T-437 de 2004.

TEDH

- Caso Kruslin v. Francia TEDH, 24/04/90.
- Caso "Malone v. Gran Bretaña, TEDH, 24/04/90.

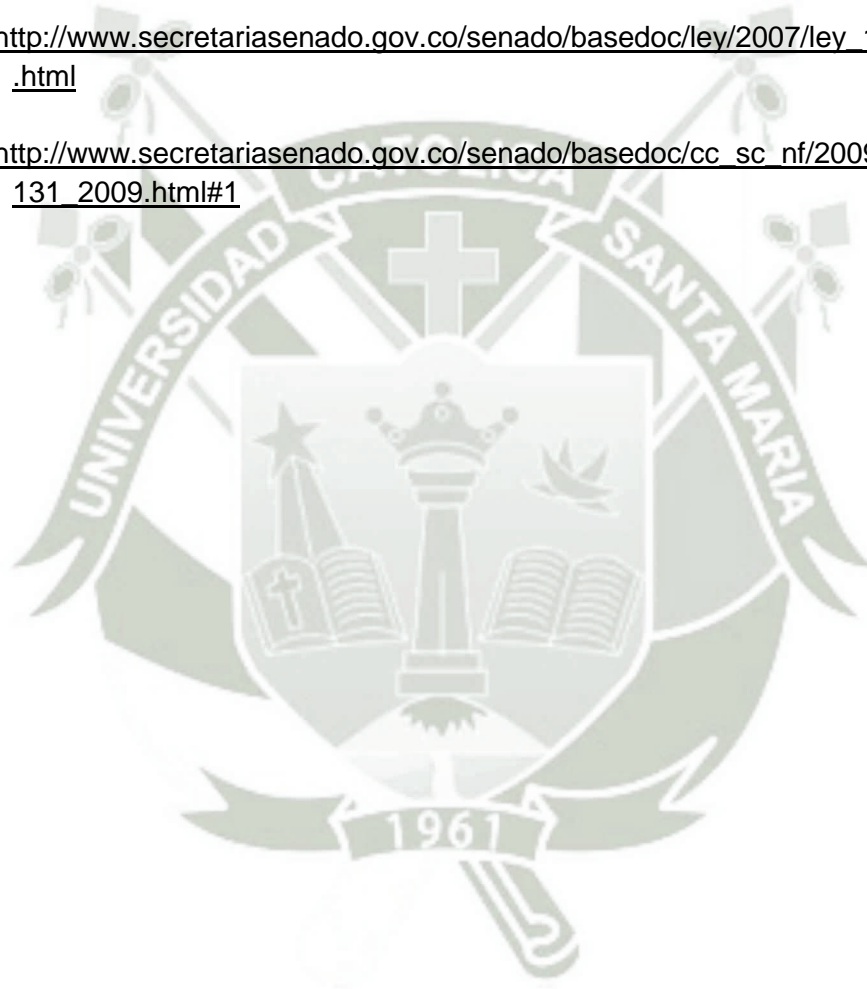
Tribunal Constitucional

- Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 6712-2005-HC/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 1417-2005-PA /TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 014-2002-AI/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 07060-2006-PA/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 08125-2005-HC/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 7289-2005-AA/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 1230-2002-HC/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 2863-2002-AA/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 2345-2006-AA/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 1058-2004-AA/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 4224-2009-PA/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 2345-2006-AA/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 3901-2007-AA/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 0655-2010-PHC/TC.

- Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 2345-2006-AA/TC.

INFOMATOGRAFIA

- http://bundesrecht.juris.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html#StPO_000P100a
- http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lecr.l2t8.html.
- <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=defaultnuevocodprocpenal.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>
- http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2007/ley_1142_2007.html
- http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/2009/c-131_2009.html#1







Anexo N° 1
Proyecto de Ley



CONGRESO DE LA REPÚBLICA

PROYECTO DE LEY N°

Proyecto de Ley que “regula la intervención o grabación de registro de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación”

Los congresistas del grupo Parlamentario **XXXXXX** que suscriben la presente iniciativa legislativa del Congresista **YYYYYY**, al amparo de lo previsto en el artículo 107° de la Constitución Política del Perú y, cumpliendo con los requisitos previstos en el artículo 74° y 75° del Reglamento del Congreso de la República, presentan el Proyecto de Ley siguiente:

El Congreso de la República
Ha dado la ley Siguiente:

I. FORMULA LEGAL

PROYECTO DE LEY QUE “REGULA LA INTERVENCIÓN O GRABACIÓN DE REGISTRO DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS O DE OTRAS FORMAS DE COMUNICACIÓN”

TITULO I

ASPECTOS GENERALES

Artículo 1.- Objeto

La presente Ley, regula la actuación conjunta a seguir por la Policía Nacional del Perú, el Ministerio Público y los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, a partir de un tratamiento legal conjunto en la lucha eficaz contra la delincuencia y el crimen organizado

Artículo 2.- Intervención telefónica

La intervención telefónica es un instrumento procesal penal de naturaleza compleja que constituye la restricción al derecho fundamental a la confidencialidad de las comunicaciones telefónicas privadas, no consentida por los interesados y desconocida por ellos. Como medida se adopta en el curso de una investigación (generalmente en sus momentos iniciales o diligencias preliminares) por necesidad de la averiguación adelantada, para investigar hechos presuntos pero fundadamente constitutivos en graves delitos; recabar las fuentes de prueba y asegurar tales fuentes para el juicio oral.

Artículo 3.- Ámbito de aplicación

Todo funcionario jurisdiccional, fiscal, policial, peritos y procuradores, o cualquier persona autorizada para conocer de estas medidas en el trascurso de una investigación penal, deberán guardar reserva sobre la información que se

obtenga. Su incumplimiento acarrea determinación de sanciones y responsabilidades administrativas, civiles y penales.

Artículo 4.- Presupuesto de restricción

Los presupuestos para su restricción son: a) la legalidad de la injerencia - que sea una decisión de un órgano jurisdiccional independiente y que se adopte en el curso de un proceso penal-, b) persecución de un fin legítimo; y c) que la medida sea idónea, necesaria y proporcional.

Artículo 5.- Principios

Al momento de autorizar una medida restrictiva, el juez deberá motivar su resolución en base a los siguientes principios

- a) **Principio de exclusividad jurisdiccional**, que conlleva a que sólo la autoridad judicial tiene la competencia para autorizar la intervención de las comunicaciones.
- b) **Principio de exclusividad probatoria**, lo que conlleva, a que todo lo hallado sirve como prueba irrefutable para establecer la existencia del delito y determinar la responsabilidad del autor del mismo (intervenido).
- c) **Principio de excepcionalidad**, el mismo que busca limitar el contenido de la medida de intervención como último medio de investigación a implementar, ello, en salvaguarda de los derechos fundamentales a ser afectados por la misma.
- d) **Principio de limitación temporal**, el mismo que obliga al juez a determinar un periodo de tiempo que dure la medida, pudiendo existir prorrogas debidamente motivadas, no pudiendo convertirse la prorroga en desmedida e ilimitada, sino por el tiempo razonable para culminar la investigación, caso contrario la medida devendría en desproporcionada e ilegal. El juez debe verificar que el pedido de ampliación del fiscal este inmerso en los principios de razonabilidad y racionalidad.
- e) **Principio de especialidad**, conlleva a que debe delimitarse en marco positivo, hechos delictivos sobre los cuales recaiga la medida de intervención, no pudiendo ser esta una medida de carácter general e indiscriminada a todos los actos delictivos.
- f) La medida de intervención debe ser aplicada a delitos graves, considerando para tal caso las circunstancias y la trascendencia social de los mismos, los mismos que justifiquen la medida y que legitimidad de la misma.
- g) **Principio de limitación subjetiva**, la medida otorgada recaerá sólo sobre los números telefónicos y personas solicitados por el Fiscal, no pudiendo extenderse la medida a terceras personas que no hayan sido parte del pedido inicial, lo cual, requerirá un nuevo pedido.
- h) **Principio de limitación objetiva**, conlleva a que debe existir indicios confiables de la comisión de delito más no meras sospechas o supuestos al momento de solicitar la medida, a efecto que la autorización de la misma no devenga en ilícita o desproporcionada. Dicho principio va de la mano con el principio de excepcionalidad.

- i) La tarea valorativa de los indicios presentados tiene un doble filtro, el inicial que realiza el fiscal al momento de recibir la información por parte de la policía y valora la formulación del pedido ante el juez respectivo y, la valoración que realiza el Juez al momento de calificar el pedido fiscal y otorgar la medida solicitada.
- j) **Principio de procedibilidad**, conlleva a la existencia de un procedimiento previo al pedido de la medida de intervención, conllevando a que la medida a otorgarse no devenga en el primer acto a realizar dentro del proceso instaurado. Este principio, conlleva a que la medida de intervención debe responder a situaciones excepcionales pero justificadas y que forman parte de un proceso estructurado, donde la medida de intervención solo sea parte del mismo y no el todo.
- k) **Principio de fundamentación**, el mismo que se enmarca dentro del derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce nuestra Constitución y que se extiende en el debido proceso. Se reconoce el derecho a obtener una resolución debidamente motivada y fundada, debiendo el fiscal y el juez parte del proceso motivar de forma suficiente, con razones fácticas y jurídicas el contenido de su pedido o resolución en todas las fases del proceso, garantizando así un proceso lógico jurídico que conlleve a un fallo con las mismas características.
- l) **Principio de dualidad valorativa**, el mismo que conlleva a que la fundamentación de la medida tiene que ser entendida en el doble sentido de su proporcionalidad y motivación.
- m) **Principio de control judicial en la ordenación, desarrollo y cese de la medida de intervención**, debe considerarse que toda intervención telefónica conlleva intervenir e interferir en el secreto de las comunicaciones e intimidad en todo momento, no solo al momento que se autoriza la intervención, sino que se desarrolla en todo el tiempo que dura su desarrollo, en tal sentido, debe existir un control riguroso de la medida en garantía de los derechos constitucionales del afectado, en salvaguarda de sus derechos futuros.
- n) Ello, obliga a que los agentes que realizan la intervención deben dar cuenta al Fiscal de las incidencias de la intervención, más aún, de darse hallazgos casuales los mismos que deben ser valorados por el Fiscal –desarrollaremos dicho punto en el capítulo siguientes- para su conservación o destrucción.

TITULO II

ETAPA PRELIMINAR DE INVESTIGACIÓN

Artículo 6.- Recolección de datos de investigación

El policía a cargo de una investigación criminal, podrá obtener los números telefónicos, SIM, IMSI, IMEI, dirección IP, correos electrónicos y otros datos de identificación de las personas involucradas, a través de acciones de inteligencia y de cualquier otra fuente legítima

Artículo 7.- Verificación de identidad

El policía o el Fiscal de la investigación - cuando le corresponda - verificará entre otros datos: el abonado, el número a qué empresa está suscrito, si el número está activo, si lo utiliza la persona investigada; además de valorar su necesidad. La exigencia de la verificación debe regirse a partir de criterios de razonabilidad del caso concreto.

Están exceptuados de verificación los datos obtenidos en la ejecución de los mandatos judiciales de intervención de las comunicaciones.

Artículo 8.- Informe de confirmación de indicios

El policía a cargo de la investigación, cursará un informe al Fiscal solicitando la obtención del mandato de intervención o grabación de registros de comunicación y/o incautación de instrumentos de comunicación, cuando existan indicios de sospecha inicial simple o suficientes elementos de convicción, y sean las necesarias para el esclarecimiento de los hechos.

Artículo 9.- Contenido del informe

El informe Policial deberá contener los siguientes datos:

- a. El hecho y delito investigado
- b. Las razones de su necesidad
- c. Los indicios que acompañan el pedido
- d. La identidad del sujeto sobre los que ha de recaer la intervención (personas afectadas). En el supuesto de imposibilidad explicarán sus razones.
- e. El dato de identificación (ej. Número de teléfono) e instrumento de comunicación, por el cual se realiza o realizará las comunicaciones.
- f. Puede ser una determinada o todas las que se mantengan durante un periodo de tiempo concreto.
- g. El tiempo de duración de la medida. [6 meses (Ley 27697) y 30 días (NCFP)].
- h. Se indicará a la Oficina de Apoyo Técnico Judicial de la Policía Nacional del Perú que apoyará en la ejecución de la medida.

Igual procedimiento se debe observar para la correspondencia, documentos privados o instrumentos de comunicación.

TITULO III

ETAPA DE EVALUACIÓN FISCAL

Artículo 10.- Solicitud o Requerimiento Fiscal

Recibido el Informe Policial el Fiscal evaluará si la misma está debidamente fundamentada y contiene los datos necesarios. De considerarse ello, el Fiscal procederá a solicitar y/o requerir ante el Juez Penal competente la medida de intervención o grabación de registros de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación, debiendo anexar los elementos indiciarios que justifiquen la autorización de la restricción del derecho.

Artículo 11.- Requisitos de la solicitud Fiscal

La solicitud y/o requerimiento Fiscal contendrá lo siguiente:

- a. El hecho delictivo investigado.
- b. El delito investigado [Sancionado con pena superior a los cuatro (4) años de privación de libertad si el pedido es conforme al Código Procesal Penal de 2004; o los delitos previstos en el artículo 1° de la Ley N° 27697, si el

ordenamiento procesal penal aplicable es el Código de Procedimientos Penales de 1940].

- c. La presencia de indicios delictivos suficientes.
- d. La finalidad y necesidad de la medida.
- e. La identidad del sujeto sobre los que recaerá la intervención (personas afectadas). De no ser posible se explicará las razones de dicha imposibilidad.
- f. El dato de identificación (ej. el número de teléfono) e instrumento de comunicación, por el cual se realiza o realizara las conversaciones.
- g. La forma de interceptación - la modalidad puede consistir en: escucha directa de las conversaciones, el grabado, la transcripción de lo grabado o incautación de instrumentos de comunicación-, su alcance y duración.

TITULO IV

ETAPA DE CONTROL JURISDICCIONAL

Artículo 12.- Control de contenidos

El Juez por su parte examinará el contenido de la solicitud y/o requerimiento Fiscal y evaluará si la misma está debidamente sustentada y contiene los datos necesarios que justifique el requerimiento conforme a los principios de intervención indiciaria y proporcionalidad.

Artículo 13.- Contenido de la resolución autoritativa

El trámite es reservado e inmediato. La resolución observará el siguiente contenido:

- a. La identidad del solicitante o requirente.
- b. El hecho delictivo que se investiga.
- c. El delito investigado conforme el artículo 1° de la Ley 27697
- d. Los indicios con que cuenta y justifican el pedido.
- e. Expondrá las razones de su necesidad, idoneidad y proporcionalidad y la finalidad de la misma.
- f. La determinación de la identidad del sujeto sobre los que ha de recaer la intervención.
- g. El dato de identificación e instrumento de comunicación, por el cual se realiza o realizara las conversaciones. Puede ser una determinada o todas las que se mantengan durante un periodo de tiempo concreto.
- h. El plazo de duración para las medidas solicitadas conforme a la Ley N° 27697.
- i. Se determinará quién ejecutará la medida.
- j. Indicara que concluida la ejecución de la medida se dará cuenta de los resultados obtenidos a la autoridad judicial, para que realice el control respectivo.
- k. Especificará la necesidad de entregar al órgano jurisdiccional la información grabada conforme la Ley N° 27697.
- l. Se deberá establecer la obligación de los encargados de la ejecución de la medida, así como la redacción del Acta de Recolección y Control de las comunicaciones con las incidencias que se hayan producido en su desarrollo.
- m. Resolverá sobre la forma de interceptación - la modalidad, para obtener datos.

Artículo 14.- Notificación de la resolución

El auto será notificado al Fiscal que solicitó o requirió la medida, con las debidas medidas de seguridad y reserva. Asimismo, la comunicación a las empresas de

telecomunicaciones, será mediante oficio. En el oficio se transcribirá la parte resolutive del auto por el cual se autoriza la realización de la medida, y comprenderá la parte pertinente a la empresa (el número o dato intervenido).

La comunicación de la decisión del Juez, según la Ley N° 27697, será en el plazo de 24 horas. Con el Código Procesal Penal de 2004 será de forma inmediata.

TITULO V

EJECUCIÓN DE LA MEDIDA

Artículo 15.- Ejecución de medida

La ejecución de la medida la realizará el Ministerio Público una vez notificada, con el apoyo de la Policía Nacional del Perú, concretamente la Oficina de Apoyo Técnico Judicial. El Fiscal es el responsable de supervisar la intervención y control de las comunicaciones.

El Fiscal (recolector) dispondrá al pesquisa las acciones necesarias para verificar y perennizar los hechos, a mérito de las informaciones obtenidas de las comunicaciones intervenidas.

Si en el desarrollo de la labor de recolección se descubriera indicios de otros delitos que no tuvieran que ver con la organización criminal materia de la intervención y control de las comunicaciones, el Fiscal (recolector) comunicará al Juez penal competente, para que disponga la pertinencia o no de su utilización en la investigación (en vía de ampliación) o para que el Ministerio Público evalúe si hay mérito para iniciar investigación sobre el tema descubierto.

Artículo 16.- Colaboración de operadores de telecomunicaciones

Las empresas de comunicaciones una vez recibida la orden judicial (de oficio), sin trámite previo y de forma ininterrumpida, durante las 24 horas y los 365 días del año, facilitará en tiempo real el control y recolección de las comunicaciones.

Conforme a la orden judicial se puede observar tres procedimientos: a) Intervención en tiempo real; b) Intervención de las comunicaciones históricas; y, c) Intervención o incautación de correspondencia o instrumentos de comunicación.

Artículo 17.- Intervención en tiempo real

La ejecución de la intervención en tiempo real estará a cargo de la Fiscalía Superior Coordinadora de las Fiscalías Especializadas en Criminalidad Organizada conjuntamente con el apoyo de la Oficina de Apoyo Técnico Judicial de la Policía. Estas entidades cuentan con un Sistema de Intervención de Comunicaciones en Tiempo Real administrado de forma independiente que a su vez se complementan con las empresas de comunicación, para ejecutar los mandatos judiciales. El Fiscal coordinador es quien designa al Fiscal Recolector para la escucha.

CAPITULO I

PROCEDIMIENTO DE INTERVENCIÓN EN TIEMPO REAL

Artículo 18.- Intervención en tiempo real

La ejecución de la intervención en tiempo real, se desarrollará de la forma siguiente:

- a) El Fiscal comunicará la parte pertinente del mandato judicial directamente al Departamento Legal de los concesionarios de los servicios públicos de telecomunicaciones y a la Oficina de Apoyo Técnico Judicial de la Policía Nacional del Perú.
- b) El Fiscal registrara en la Consola de Gestión de Números, el número o números telefónicos, SIM, IMSI, IMEI, dirección IP, correos electrónicos o cualquier otro dato de identificación, autorizados en el mandato judicial. Dicha tarea será de exclusiva responsabilidad del Fiscal, debiendo dejarse constancia de ello.
- c) El Fiscal coordinará y entregará directamente a la Oficina de Apoyo Técnico Judicial, la solicitud de Intervención de las Comunicaciones y copia del mandato judicial.
- d) El Fiscal coordinará con el Jefe de la Oficina de Apoyo Técnico Judicial y el Administrador del Sistema, la asignación del caso al Grupo correspondiente, brindándoles los datos de contacto del Fiscal a cargo de la investigación.
- e) El Fiscal responsable de la investigación, de estimarlo necesario, dispondrá por escrito que la información obtenida en la Oficina de Apoyo Técnico Judicial, sea brindada directamente a un pesquisa integrante de la Unidad Policial a cargo de la investigación, sólo las comunicaciones relevantes para la investigación.
- f) El Jefe de la Oficina de Apoyo Técnico Judicial, luego de recibir la solicitud de intervención de las comunicaciones y documentos privados y copia de la resolución judicial, dispondrá que el administrador del sistema configure los servidores y las estaciones de monitoreo del personal a cargo de la Policía Nacional del Perú (Grupo asignado), a fin de que se proceda a registrar automáticamente las llamadas o mensajes de las comunicaciones intervenidas.
- g) En los servidores se recibirán en forma automática los datos y el contenido de las comunicaciones intervenidas, los cuales serán transmitidos a las Estaciones de Monitoreo del personal del grupo asignado.
- h) El Fiscal Recolector y los monitores asignados de la Oficina de Apoyo Técnico Judicial luego de haberse registrado y controlado las primeras comunicaciones, determinarán la correspondencia de las mismas con lo dispuesto en el mandato judicial (juicio de comparación). De no existir información relevante, el Fiscal a cargo de la investigación podrá proceder a disponer su desactivación levantando el acta respectiva, con cargo de dar cuenta al Juez penal competente.
- i) Ante el inicio de un nuevo caso, el Fiscal responsable de la investigación gestionará una reunión con el pesquisa y el personal designado de la Oficina de Apoyo Técnico Judicial, a efectos de exponer los hechos y definir los objetivos del mismo.
- j) El Fiscal recolector programará reuniones periódicas, al menos una vez al mes, con el pesquisa y el personal de la Oficina de Apoyo Técnico Judicial, a fin de evaluar el estado y avance de la investigación.
- k) El personal del Grupo designado para la intervención de las comunicaciones, bajo la supervisión del Fiscal Recolector, procederán a verificar el registro de

la comunicación, formulará el resumen de la comunicación de las partes relevantes para la investigación, la misma que se hará de conocimiento del Policía [pesquisa] asignado, previa autorización del Fiscal.

- l) El personal del Grupo asignado a la intervención de las comunicaciones, bajo la supervisión y control del Fiscal, procederá a formular el Acta de Recolección y Control correspondiente, en cumplimiento a la resolución judicial, de acuerdo a los periodos de control que se establezca coordinadamente con el Fiscal.
- m) El acta se formulará en dos ejemplares, una será entregada al Fiscal para los fines correspondientes y la otra obrará en los archivos de la Oficina de Apoyo Técnico Judicial.
- n) Si durante la ejecución de un mandato judicial, se obtuviera un nuevo número telefónico, SIM, IMSI, dirección IP, correo electrónico y otros, y si el Fiscal considera necesario, dada su importancia, se elaborará un Acta de Recolección y Control, e inmediatamente procederá a solicitar al Juez pertinente el levantamiento del secreto de las comunicaciones.
- o) Si el Fiscal a cargo de la Consola de Gestión de Números o el Jefe de la Oficina de Apoyo Técnico Judicial, durante la ejecución del mandato judicial, se percata que un número está involucrado en otros hechos presuntamente delictivos, hará de conocimiento a los fiscales y oficiales del caso a fin de que evalúen y unifiquen esfuerzos, evitando su duplicidad. Los fiscales y oficiales del caso se reunirán y definirán la integración de los hechos o no, debiendo dar cuenta por escrito a sus superiores sobre el resultado de la misma.
- p) Si durante la ejecución de un mandato judicial, al intervenir alguna comunicación, los interlocutores hablan en un idioma o lengua que no sea el español, el Fiscal, con la debida reserva gestionará su traducción oficial a fin de determinar la relevancia de la información.
- q) El Fiscal a cargo de la investigación y el oficial del caso diligenciarán oportunamente la desactivación de los números irrelevantes para la investigación del Sistema de Intervención de las Comunicaciones. Para el cual elaboraran un acta al respecto.
- r) Cuando lo solicite el Fiscal o al concluir la investigación, la Oficina de Apoyo Técnico Judicial, procederá a entregar el soporte de almacenamiento digital con la evidencia digital (archivos de audios y archivos Hash) de las comunicaciones relevantes o totales, adoptando las medidas de seguridad que garanticen la cadena de custodia. Dicha entrega se efectuará directamente al Fiscal recolector o al Juez penal competente.
- s) Al término del plazo establecido en la resolución judicial del levantamiento del secreto de las comunicaciones, o dentro del plazo, cuando carece de objeto continuar con dicha medida limitativa, el Fiscal procederá a disponer la desactivación de los números y a informar dentro de las 24 horas al Juez, dando por culminado dicho procedimiento.
- t) Recibida el Acta de Recolección y Control, el Fiscal podrá disponer la transcripción de las partes relevantes de la comunicación intervenida al personal pertinente.

CAPITULO II

PROCEDIMIENTO DE LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES HISTÓRICAS

Artículo 18.- Intervención de comunicaciones históricas

La ejecución de la intervención de comunicaciones históricas, se desarrollará de la forma siguiente:

- a) El requerimiento y el auto judicial deberán establecer que los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones remitan a la autoridad solicitante:
- b) Datos de filiación
- c) Registros de datos de las comunicaciones: número telefónico, IMSI e IMEI del objetivo; fecha, hora y duración de la comunicación; número telefónico, IMSI e IMEI del interlocutor; tipo y dirección de la comunicación; Modem/Router o BTS inicial y final (código, nombre, dirección, latitud, longitud, y sector), desde donde se comunicó el objetivo y todo aquel otro dato de comunicación que registre.
- d) Datos de localización /Geo localización real y/o actual, y otros del mismo tipo.
- e) Datos de dispositivos móviles registrados en un Modem/Router o BTS, en un rango de fecha y hora determinada.
- f) Modem/Router o BTS ubicados alrededor de una dirección, BTS o ubicación determinada.
- g) El Fiscal [responsable de la investigación] comunicará sobre la expedición de la resolución judicial al Departamento Legal de los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones y al pesquisa.
- h) Los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones pondrán a disposición del Ministerio Público y de la Policía Nacional del Perú, en forma inmediata (no mayor de 24 horas) en archivo digital o sistema en línea, de haber sido notificado los datos dispuestos en el mandato judicial.
- i) El Fiscal recolector con apoyo del pesquisa procederá al análisis de los reportes, y a la formulación del informe respectivo.
- j) Si durante la ejecución de un mandato judicial, se obtuviera un nuevo número telefónico, SIM, IMSI, IMEI, dirección IP, correo electrónico y otros, y si el Fiscal considera necesario, dada su importancia, se elaborará un acta de recolección y control, e inmediatamente procederá a solicitar al Juez el levantamiento del secreto de las comunicaciones.

TITULO VI

PROCEDIMIENTO DE INTERVENCIÓN E INCAUTACIÓN DE CORRESPONDENCIA O INSTRUMENTOS DE COMUNICACIÓN.

Artículo 19.- Intervención de comunicaciones históricas

La ejecución de la intervención de comunicaciones históricas, se desarrollará de la forma siguiente:

- a) El requerimiento, intervención e incautación de documentos privados (físicos, virtuales y otros), correspondencia o instrumentos de comunicación se efectuará, además de los requisitos establecidos anteriormente, cuando existan suficientes motivos para estimar que una persona tiene

- correspondencia, documentos privados o instrumentos de comunicación útiles para la investigación.
- b) Si el Policía o el Fiscal en un registro, allanamiento, inspección o cualquier otra intervención, encuentran en poder del intervenido o en el lugar inspeccionado o allanado una correspondencia, documento privado o instrumento de comunicación y no se ha recabado previamente la orden de incautación y levantamiento del secreto de las comunicaciones, procederá a su aseguramiento. La ejecución del aseguramiento tiene como fin la preservación de la correspondencia, documentos privados o instrumentos de comunicación, no se examina su contenido. El Fiscal los pone a disposición del Juez, antes de las 24 horas, con un informe razonado y requiriendo orden de incautación y levantamiento del secreto de las comunicaciones. El Juez resuelve dentro de un día de recibida la comunicación.
 - c) El mandato judicial de incautación del instrumento de comunicación será emitida de inmediato y sin trámite alguno, debiendo el Juez precisar al responsable de la medida, el objeto de la intervención y/o tipo de documento, correspondencia o instrumento de comunicación objeto de incautación.
 - d) La ejecución de la incautación y levantamiento del secreto de las comunicaciones la realiza el Fiscal conjuntamente con el Policía [pesquisa] y de ser necesario con el auxilio de un experto, levantándose el acta, en el que se indicará el desarrollo de la diligencia.
 - e) El Fiscal [responsable de la investigación] con el apoyo del Policía [pesquisa] procederá al análisis de la correspondencia o documento privado, procediendo a la formulación de la documentación respectiva.

TITULO VII

MATERIALIZACIÓN DE ESCUCHAS TELEFÓNICAS

Artículo 20.- Transcripción de las grabaciones

Es el Fiscal quien dispone la transcripción de la grabación, para tal efecto, levantará el acta correspondiente. La transcripción de las comunicaciones realizadas estará a cargo del personal pertinente, después de concluida la investigación.

El Fiscal es el único que está facultado para apartar las comunicaciones irrelevantes.

Artículo 21.- Control o reexamen

De acuerdo a lo dispuesto en el nuevo ordenamiento procesal penal, ejecutada la medida se pondrá en conocimiento del afectado todo lo actuado por el mandato judicial, quien podría solicitar el reexamen judicial, dentro de los 3 días de notificado. El reexamen se realizará en una audiencia convocada a dicho efecto.

Se observará lo siguiente:

- a. La concurrencia a la audiencia
- b. Deberá concurrir el Fiscal, los afectados directos e indirectos, estos últimos con sus respectivos abogados defensores.
- c. La audiencia es para verificar resultados o impugnar las decisiones dictadas en ese acto y que el afectado haga valer sus derechos.

- d. En caso de que el imputado no reconozca como propia la voz grabada se dispondrá la realización de una pericia (análisis aural y espectro gráfico). Cuya realización en modo alguno significa una lesión al derecho a la autoincriminación y al silencio por tratarse de una modalidad de prueba. Si no hay objeción, se incorpora el resultado de la intervención a la investigación.

II. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Con la expedición del Nuevo Código Procesal Penal (NCP), se incorporó en forma orgánica dentro del corpus juris acotado, la posibilidad de las intervenciones de comunicaciones y telecomunicaciones, como un mecanismo de lucha contra el crimen organizado. Si bien dicha restricción se ha establecido como parte del proceso de investigación, también es cierto, que la misma debe realizarse con estricto respeto de los derechos fundamentales de las personas investigadas, considerando para ello, que los derechos fundamentales no son absolutos y admiten limitaciones como las que legítimamente puede adoptar el juez en aras de un fin superior como es el esclarecimiento de un hecho delictivo que pone en riesgo la convivencia en sociedad.

Si bien se ha establecido diversas medidas para la lucha contra el crimen en el NCP, en esta oportunidad nos centraremos en los alcances de la intervención de comunicaciones y telecomunicaciones, medida que a nuestro entender, al momento de ser aplicada, requiere extremar precauciones para poder equilibrar entre la actividad de investigación y respeto de los derechos fundamentales de la persona.

Si bien es cierto la intervención de comunicaciones y telecomunicaciones es necesaria en muchos casos, dado la gravedad y complejidad de la investigación, esta debe enmarcarse sistemáticamente en nuestro ordenamiento jurídico nacional. Es en ese sentido, cabe recordar que nuestro sistema normativo ha consagrado el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, elevándolo a rango constitucional, contemplado en el inciso 10 del artículo 2° de la Constitución. El derecho al secreto de las comunicaciones cede por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley, así lo señala la misma Constitución. Los artículos 230° y 231° del NCP, regula el procedimiento y ejecución de la medida de intervención de las comunicaciones, sin embargo esta regulación de carácter general ha de ser complementada con la producción jurisprudencial, dado que la actuación de los mencionados artículos en muchos casos es infructuosa.

Lo antes acotado encuentra razón, al considerar que no en todos los casos la restricción al derecho de secreto de comunicaciones tiene los fines esperados, dado que el NCP no considera los aspectos operativos de la aplicación de lo estipulado, siendo ello, una limitante, que en muchos de los casos se convierte en un medio de transgresión de derechos fundamentales, siendo ello nuestra principal motivación para legislar.

Para la determinación del marco conceptual se debe partir del hecho que es incuestionable el avance tecnológico en razón a los mecanismos de comunicación, siendo la telefonía móvil la que ha tenido mayor avance dada su necesidad y utilidad. Pero dicho desarrollo tecnológico también conlleva a nuevas

vías de ataque o de injerencia en los derechos fundamentales, por lo que resulta necesario tomar en cuenta si dichas trasgresiones corresponden a la necesidad y utilidad que su amparo legal sostiene, siendo la más delicada la temática de las escuchas telefónicas, así como la de ser un tema *actual y novedoso* frente a la cotidianidad que conlleva el uso de tecnología móvil en actos delictivos.

Sin lugar a duda, una de las medidas que el NCPP prevé para limitar el derecho fundamental del secreto a las comunicaciones y telecomunicaciones dentro de la investigación criminal es la intervención de las comunicaciones, medida que ha resultado eficaz en la lucha contra la criminalidad organizada y otras formas de delincuencia grave. En ese sentido, debe tomarse las medidas necesarias para equilibrar entre la actividad de investigación y respeto de los derechos fundamentales de la persona.

Si bien los artículos 230° y 231° del Nuevo Código Procesal Penal (NCP) establecen la posibilidad de aplicar la intervención de comunicaciones y telecomunicaciones como un mecanismo de prevención e investigación en la comisión de delitos, el NCPP no establece un procedimiento pragmático efectivo de aplicación "paso a paso", reduciendo su regulación a enunciados que si bien son pautas de dirección, no son suficientes para las diversas dificultades de campo que se presentan al Fiscal en su tarea de investigación, lo cual, se ve reflejado en las diversas decisiones que toma y materializado al momento de formular su denuncia penal, dejando así lo estipulado en el NCPP y tomando medidas que en muchos de los casos desampara los derechos fundamentales, siendo ello un elemento fundamental que le da relevancia a la presente investigación.

Lo señalado anteriormente encuentra su fundamento en la materialización de las interceptaciones de las telecomunicaciones en primer orden y en específico a la presente investigación. Sobre ello, podemos señalar algunas dificultades en el procedimiento que hemos venido encontrando a medida de formular la presente investigación, ello, lo podemos elucidar en determinados momentos del proceso de intervención telefónica aplicables a los casos de tráfico de drogas y lavado de activos, en la forma siguiente:

- a) El NCPP no establece un plazo exacto al juez para autorizar la medida de intervención, la misma que de no darse a la brevedad, generaría que el trabajo policial de campo devenga en nulo.
- b) Al momento de solicitar la intervención del número, el policía brinda al fiscal sólo los dígitos del mismo y un apelativo del usuario sin identificarlo en forma expresa. Dicho acto, dificulta la identificación de la persona intervenida, puesto que debe denunciarse con un seudónimo en la mayoría de los casos, dado que es usual que los intervenidos no seas titulares de los equipos y de las líneas intervenidas.
- c) El NCPP establece un plazo de intervención telefónica, la misma que es de 30 días, pero dicho plazo se ve reducido por la demora que tienen las empresas telefónicas para brindar el acceso a sus canales de telecomunicación, reduciendo así el periodo de escucha. Por otra parte, existe un vacío en razón a la posibilidad que el intervenido sea un funcionario de la empresa telefónica a la cual se recurre, en dicha situación ¿cómo debe actuarse?
- d) Durante las escuchas puede darse el caso que no se consiga expresiones que incriminen al intervenido, dado que, el lenguaje utilizado siempre es

indirecto, en ese sentido la intervención iría más allá de su finalidad y violentando de esta forma la intimidad del intervenido.

- e) Al momento de grabarse la comunicación, el intervenido puede negar su voz, pese al proceso de homologación de la misma, sumando a ello que al momento de la intervención en algunos casos no se encuentra en posesión del aparato telefónico intervenido o en posesión de chip de la línea intervenida, lo cual complica la individualización del intervenido y por ende la responsabilidad penal del mismo, al momento de formalizar la denuncia penal respectiva.

En base a los puntos descritos, que sólo recoge algunos de los muchos problemas operacionales que se tiene al momento de intervenir las telecomunicaciones por parte del fiscal, pone a éste, en situación de imprevisibilidad normativa frente a los mismos, generando en muchos casos que las investigaciones se dilaten o en el peor de los casos se archiven. En ese sentido cabe preguntarnos si frente a las deficiencias operacionales en el proceso de intervención de telecomunicaciones del NCPP y los resultados complejos de la misma ¿no se incurre en un exceso de la permisibilidad Estatal y se lesiona en forma indirecta los derechos fundamentales del intervenido? Nuestro cuestionamiento se funda en la legitimidad de la intervención, considerando necesario, para que la intervención en las telecomunicaciones del afectado sea conforme a Derecho, deben existir indicios bastantes (no sólo suficientes) de la comisión pasada, contemporánea o inminente de un hecho delictivo y así debe ser justificado, es decir, motivado, en la resolución que establezca tan grave medida.

Si las grabaciones obtenidas son útiles para un juicio, las transcripciones y los informes se incorporan como evidencias, pudiendo ser reproducidas en el juicio oral, siendo que dicha etapa los imputados ya están debidamente identificados. Pero una interrogante que se presenta es ¿Por cuántas manos pasan las grabaciones y transcripciones desde que se interfiere un teléfono y hasta que termina un juicio?, si bien es cierto deben ser un número mínimo en la práctica puede ser un número de personas indeterminado.

Otro elemento que nos llama la atención surge a razón de la lectura del artículo 231° del NCPP, el mismo que señala: *“aquellas comunicaciones que fueren irrelevantes para el procedimiento serán entregadas, en su oportunidad, a las personas afectadas con la medida, y se destruirá toda transcripción o copia de ellas por el Ministerio Público”. En NCPP establece una diferencia entre las escuchas “irrelevantes” y “relevantes”: aquellas grabaciones que “contuvieron informaciones relevantes para otros procedimientos en tanto pudieren constituir un hecho punible”. En ese sentido, quien determinará el valor de la comunicación, será el fiscal interventor, quien determina qué grabaciones son o no “relevantes”, quien en un afán inquisidor puede reservar la información, dado que, siempre sale información residual que sirve para otro caso. En ese razonamiento el fundamento que originó una restricción inicial a un derecho fundamental, se ve desnaturalizado para dar inicio a una “posterior y no segura” investigación, ampliando así el espíritu de la norma y por ende de la restricción.*

El destino de las grabaciones “relevantes” no parece preocupar mucho en el NCPP, a nuestro entender “hay un vacío con el destino final de las grabaciones”, como también no existe un mecanismo disuasivo y sancionador para impedir que en el curso el procedimiento alguien haga una copia “extra” de una interferencia

que contiene datos íntimos de un sospechoso o lo más grave, de un tercero que se comunicó con la persona investigada.

Otro elemento importante que nos hemos percatado durante el análisis del tema a investigar, es la diferente normatividad aplicable a las interceptaciones telefónicas, ello dado el ámbito de aplicación del NCPP en las diversas regiones de nuestro país. En Lima y Callao que no se aplica el NCPP los fiscales se remiten a la Ley N° 27697, norma que encuentra los mismos problemas que el NCPP en torno a la falta de regulación sobre determinadas cuestiones propias de la investigación de campo, que involucra el disponer de un derecho fundamental como es el derecho a la intimidad.

Todos los puntos descritos anteriormente, son insumos que conlleva a demostrar la utilidad de la presente investigación, dado que al ser el NCPP un cuerpo normativo de reciente data, convierte a nuestra investigación en actual en su desarrollo. La presente investigación se convierte en relevante al desarrollar la temática de ponderación entre el derecho a la intimidad y el derecho a la seguridad nacional y orden público; actual en cuanto la aplicación del NCPP no es uniforme en nuestro país y hasta la fecha no existe sentencia alguna utilizando como medio de prueba las intervenciones telefónicas obtenidas, se convierte en original, dado que los cuestionamientos realizados al proceso de intervención telefónica no se ha desarrollado mínimamente en la doctrina y jurisprudencia, conllevando así, que nuestra investigación termine con un proyecto de ley que busque regular de alguna forma algunas etapas de actuación de las intervenciones telefónicas, acto de gran relevancia, al tratarse de la disposición de derechos fundamentales.

III.

EFFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LEGISLACIÓN NACIONAL

La presente iniciativa legislativa establece un marco normativo con rango de ley que regula en forma expresa el procedimiento para la medida de intervención de comunicaciones telefónicas, siendo dicha medida necesaria en razón a la existencia de un protocolo de rango administrativo que cumple dicho fin, pero que, su rango normativo no es el apropiado para limitar derechos fundamentales, más aún cuando se restringen los mismos. Es por ello, que la presente iniciativa legislativa no sólo busca reformular el marco administrativo existente, sino que incorpora principios elementales de actuación jurisdiccional en una forma correcta y acorde a los instrumentos de orden internacional, sino que también, establece condiciones que deben ser valoradas para que el mismo pueda aplicarse en forma correcta frente a situaciones concretas.

IV.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La necesidad de restringir el secreto de comunicaciones es necesario para poder contrarrestar el crimen organizado, el mismo que se sirve de medios de comunicación cada vez más modernos, medidas limitativas como la señalada en el presente proyecto ayudan no sólo a establecer un orden fundamental de principios sino que también establece garantías para evitar excesos, La presente

iniciativa legislativa no generando ningún gasto para el Estado, al no modificar ningún artículo de la Ley de Presupuesto ni el erario nacional.





UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ESCUELA DE POST GRADO

Doctorado en Derecho



PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

**REPERCUSIONES JURÍDICAS POR LA INTERVENCIÓN DE
COMUNICACIONES Y TELECOMUNICACIONES REGULADAS
POR EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL EN LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES DE PERSONAS INVESTIGADAS**

Presentado para optar el Grado
Académico de Doctora en
Derecho, por la Magíster

**KATERINE SALAZAR
CALDERON SAMALVIDES**

Arequipa – Perú
2016

PREÁMBULO

Con la expedición del Nuevo Código Procesal Penal (NCP), se incorporó en forma orgánica dentro del corpus juris acotado, la posibilidad de las intervenciones de comunicaciones y telecomunicaciones, como un mecanismo de lucha contra el crimen organizado. Si bien dicha restricción se ha establecido como parte del proceso de investigación, también es cierto, que la misma debe realizarse con estricto respeto de los derechos fundamentales de las personas investigadas, considerando para ello, que los derechos fundamentales no son absolutos y admiten limitaciones como las que legítimamente puede adoptar el juez en aras de un fin superior como es el esclarecimiento de un hecho delictivo que pone en riesgo la convivencia en sociedad.

Si bien se ha establecido diversas medidas para la lucha contra el crimen en el NCP, en esta oportunidad nos centraremos en los alcances de la intervención de comunicaciones y telecomunicaciones, medida que a nuestro entender, al momento de ser aplicada, requiere extremar precauciones para poder equilibrar entre la actividad de investigación y respeto de los derechos fundamentales de la persona.

Si bien es cierto la intervención de comunicaciones y telecomunicaciones es necesaria en muchos casos, dado la gravedad y complejidad de la investigación, esta debe enmarcarse sistemáticamente en nuestro ordenamiento jurídico nacional. Es en ese sentido, cabe recordar que nuestro sistema normativo ha consagrado el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, elevándolo a rango constitucional, contemplado en el inciso 10 del artículo 2° de la Constitución. El derecho al secreto de las comunicaciones cede por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley, así lo señala la misma Constitución. Los artículos 230° y 231° del NCP, regula el procedimiento y ejecución de la medida de intervención de las comunicaciones, sin embargo esta regulación de carácter general ha de ser complementada con la producción jurisprudencial, dado que la actuación de los mencionados artículos en muchos casos es infructuosa.

Lo antes acotado encuentra razón, al considerar que no en todos los casos la restricción al derecho de secreto de comunicaciones tiene los fines esperados, dado que el NCPP no considera los aspectos operativos de la aplicación de lo estipulado, siendo ello, una limitante, que en muchos de los casos se convierte en un medio de transgresión de derechos fundamentales, siendo ello nuestra principal motivación a investigar



PLANTEAMIENTO TEÓRICO

1. Problema de Investigación

1.1 Enunciado

Repercusiones jurídicas por la intervención de comunicaciones y telecomunicaciones reguladas por el Nuevo Código Procesal Penal en los derechos fundamentales de personas investigadas.

1.2 Descripción del problema

1.2.1 Campo y Área

Campo : Ciencias Jurídicas
Área : Derecho Penal / Constitucional
Línea : Derecho Fundamentales

1.2.2 Análisis de Variables

Primera Independiente

La intervención de comunicaciones y telecomunicaciones en el Nuevo Código Procesal Penal.

a.1 Indicadores y Sub-Indicadores

- Límites de la potestad estatal
 - Nivel de operatividad
- Objeto y finalidad
 - Nivel de eficacia
- Mecanismos de prevención y sanción
 - El proceso de intervención telefónica en el ordenamiento jurídico

Variable Dependiente

Repercusión jurídica en los derechos fundamentales de personas investigadas

a.1 Indicadores y Sub-Indicadores

- Debido Proceso
 - Grado de Protección
- Derecho de Defensa
 - Grado de Protección
- Derecho a la intimidad
 - Grado de Protección

1.2.3 Interrogantes Básicas

- ¿De qué manera, la intervención de comunicaciones y telecomunicaciones repercute jurídicamente en el derecho al debido proceso de las personas investigadas?
- ¿De qué manera, la intervención de comunicaciones y telecomunicaciones repercute jurídicamente en el derecho de defensa de las personas investigadas?
- ¿De qué manera, la intervención de comunicaciones y telecomunicaciones repercute jurídicamente en el derecho a la intimidad de las personas investigadas?

1.2.4 TIPO Y NIVEL DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación ha sido considerada por el nivel:

- Por su Finalidad : Aplicada
- Por el Tiempo : Longitudinal o Diacrónica
- Por el Nivel de Profundización : Descriptiva - Explicativa
- Por el Ámbito : De Campo y Documental
- Tipo : Es un trabajo de campo

1.3 JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

La presente investigación ha sido considerada como:

Útil, porque con sus resultados se va a determinar los límites y alcances de la intervención de comunicaciones y telecomunicaciones a los derechos fundamentales de las personas investigadas, de tal manera que dichos derechos no se vean afectados.

Conveniente, porque con los resultados de la investigación se va a favorecer la función fiscal así como las personas investigadas, al establecerse procedimientos pragmáticos de aplicación, dando de esta manera pautas para que los despachos fiscales tomen decisiones que no afecten derechos constitucionales de los investigados.

Necesario, porque si bien es cierto la norma procesal penal ha establecido la intervención de comunicaciones y telecomunicaciones al órgano jurisdiccional investigador, a efecto de poder prevenir los diferentes actos delictivos que generalmente se dan por bandas organizadas entre otros. La aplicación de esta norma está generando cuestionamientos en su aplicación al considerarse que se estarían afectando derechos constitucionales de las personas investigadas, por lo que se considera pertinente establecer un reglamento que regule el número de personas que tendrán conocimiento de dichos audios, así como determinar el destino final de dichas grabaciones, las sanciones a imponerse a personas que adquieran copia y/o escucha sin autorización, entre otros.

Relevante, porque al reglamentarse la escucha de audios por intervención de comunicaciones y/o telecomunicaciones ya no va a afectarse derechos constitucionales de las personas investigadas, y así mismo va a establecer un patrón de correlación armónica entre el derecho a la seguridad nacional y el orden público, y los derechos constitucionales de las personas investigadas por algún determinado hecho ilícito.

2. MARCO CONCEPTUAL

Para la determinación del marco conceptual se debe partir del hecho que es incuestionable el avance tecnológico en razón a los mecanismos de comunicación, siendo la telefonía móvil la que ha tenido mayor avance dada su necesidad y utilidad. Pero dicho desarrollo tecnológico también conlleva a nuevas vías de ataque o de injerencia en los derechos fundamentales, por lo que resulta necesario tomar en cuenta si dichas trasgresiones corresponden a la necesidad y utilidad que su amparo legal sostiene, siendo la más delicada la temática de las escuchas telefónicas, así como la de ser un tema *actual y novedoso* frente a la cotidianidad que conlleva el uso de tecnología móvil en actos delictivos.

Sin lugar a duda, una de las medidas que el NCPP prevé para limitar el derecho fundamental del secreto a las comunicaciones y telecomunicaciones dentro de la investigación criminal es la intervención de las comunicaciones, medida que ha resultado eficaz en la lucha contra la criminalidad organizada y otras formas de delincuencia grave. En ese sentido, debe tomarse las medidas necesarias para equilibrar entre la actividad de investigación y respeto de los derechos fundamentales de la persona.

Si bien los artículos 230° y 231° del Nuevo Código Procesal Penal (NCPP) establecen la posibilidad de aplicar la intervención de comunicaciones y telecomunicaciones como un mecanismo de prevención e investigación en la comisión de delitos, el NCPP no establece un procedimiento pragmático efectivo de aplicación "paso a paso", reduciendo su regulación a enunciados que si bien son pautas de dirección, no son suficientes para las diversas dificultades de campo que se presentan al Fiscal en su tarea de investigación, lo cual, se ve reflejado en las diversas decisiones que toma y materializado al momento de formular su denuncia penal, dejando así lo estipulado en el NCPP y tomando medidas que en muchos de los casos desampara los derechos fundamentales, siendo ello un elemento fundamental que le da relevancia a la presente investigación.

Lo señalado anteriormente encuentra su fundamento en la materialización de las interceptaciones de las telecomunicaciones en primer orden y en específico a la presente investigación. Sobre ello, podemos señalar algunas dificultades en el procedimiento que hemos venido encontrando a medida de formular la presente

investigación, ello, lo podemos elucidar en determinados momentos del proceso de intervención telefónica aplicables a los casos de tráfico de drogas y lavado de activos, en la forma siguiente:

- f) El NCPP no establece un plazo exacto al juez para autorizar la medida de intervención, la misma que de no darse a la brevedad, generaría que el trabajo policial de campo devenga en nulo.
- g) Al momento de solicitar la intervención del número, el policía brinda al fiscal sólo los dígitos del mismo y un apelativo del usuario sin identificarlo en forma expresa. Dicho acto, dificulta la identificación de la persona intervenida, puesto que debe denunciarse con un seudónimo en la mayoría de los casos, dado que es usual que los intervenidos no seas titulares de los equipos y de las líneas intervenidas.
- h) El NCPP establece un plazo de intervención telefónica, la misma que es de 30 días, pero dicho plazo se ve reducido por la demora que tienen las empresas telefónicas para brindar el acceso a sus canales de telecomunicación, reduciendo así el periodo de escucha. Por otra parte, existe un vacío en razón a la posibilidad que el intervenido sea un funcionario de la empresa telefónica a la cual se recurre, en dicha situación ¿cómo debe actuarse?
- i) Durante las escuchas puede darse el caso que no se consiga expresiones que incriminen al intervenido, dado que, el lenguaje utilizado siempre es indirecto, en ese sentido la intervención iría más allá de su finalidad y violentando de esta forma la intimidad del intervenido.
- j) Al momento de grabarse la comunicación, el intervenido puede negar su voz, pese al proceso de homologación de la misma, sumando a ello que al momento de la intervención en algunos casos no se encuentra en posesión del aparato telefónico intervenido o en posesión de chip de la línea intervenida, lo cual complica la individualización del intervenido y por ende la responsabilidad penal del mismo, al momento de formalizar la denuncia penal respectiva.

En base a los puntos descritos, que sólo recoge algunos de los muchos problemas operacionales que se tiene al momento de intervenir las telecomunicaciones por parte del fiscal, pone a éste, en situación de imprevisibilidad normativa frente a los

mismos, generando en muchos casos que las investigaciones se dilaten o en el peor de los casos se archiven. En ese sentido cabe preguntarnos si frente a las deficiencias operacionales en el proceso de intervención de telecomunicaciones del NCPP y los resultados complejos de la misma ¿no se incurre en un exceso de la permisibilidad Estatal y se lesiona en forma indirecta los derechos fundamentales del intervenido? Nuestro cuestionamiento se funda en la legitimidad de la intervención, considerando necesario, para que la intervención en las telecomunicaciones del afectado sea conforme a Derecho, deben existir indicios bastantes (no sólo suficientes) de la comisión pasada, contemporánea o inminente de un hecho delictivo y así debe ser justificado, es decir, motivado, en la resolución que establezca tan grave medida.

Si las grabaciones obtenidas son útiles para un juicio, las transcripciones y los informes se incorporan como evidencias, pudiendo ser reproducidas en el juicio oral, siendo que dicha etapa los imputados ya están debidamente identificados. Pero una interrogante que se presenta es ¿Por cuántas manos pasan las grabaciones y transcripciones desde que se interfiere un teléfono y hasta que termina un juicio?, si bien es cierto deben ser un número mínimo en la práctica puede ser un número de personas indeterminado.

Otro elemento que nos llama la atención surge a razón de la lectura del artículo 231° del NCPP, el mismo que señala: *“aquellas comunicaciones que fueren irrelevantes para el procedimiento serán entregadas, en su oportunidad, a las personas afectadas con la medida, y se destruirá toda transcripción o copia de ellas por el Ministerio Público”*. En NCPP establece una diferencia entre las escuchas “irrelevantes” y “relevantes”: aquellas grabaciones que “contuvieren informaciones relevantes para otros procedimientos en tanto pudieren constituir un hecho punible”. En ese sentido, quien determinará el valor de la comunicación, será el fiscal interventor, quien determina qué grabaciones son o no “relevantes”, quien en un afán inquisidor puede reservar la información, dado que, siempre sale información residual que sirve para otro caso. En ese razonamiento el fundamento que originó una restricción inicial a un derecho fundamental, se ve desnaturalizado para dar inicio a una "posterior y no segura" investigación, ampliando así el espíritu de la norma y por ende de la restricción.

El destino de las grabaciones “relevantes” no parece preocupar mucho en el NCPP, a nuestro entender “hay un vacío con el destino final de las grabaciones”, como también no existe un mecanismo disuasivo y sancionador para impedir que en el curso el procedimiento alguien haga una copia “extra” de una interferencia que contiene datos íntimos de un sospechoso o lo más grave, de un tercero que se comunicó con la persona investigada.

Otro elemento importante que nos hemos percatado durante el análisis del tema a investigar, es la diferente normatividad aplicable a las interceptaciones telefónicas, ello dado el ámbito de aplicación del NCPP en las diversas regiones de nuestro país. En Lima y Callao que no se aplica el NCPP los fiscales se remiten a la Ley N° 27697, norma que encuentra los mismos problemas que el NCPP en torno a la falta de regulación sobre determinadas cuestiones propias de la investigación de campo, que involucra el disponer de un derecho fundamental como es el derecho a la intimidad.

Todos los puntos descritos anteriormente, son insumos que conlleva a demostrar la utilidad de la presente investigación, dado que al ser el NCPP un cuerpo normativo de reciente data, convierte a nuestra investigación en actual en su desarrollo. La presente investigación se convierte en relevante al desarrollar la temática de ponderación entre el derecho a la intimidad y el derecho a la seguridad nacional y orden público; actual en cuanto la aplicación del NCPP no es uniforme en nuestro país y hasta la fecha no existe sentencia alguna utilizando como medio de prueba las intervenciones telefónicas obtenidas, se convierte en original, dado que los cuestionamientos realizados al proceso de intervención telefónica no se ha desarrollado mínimamente en la doctrina y jurisprudencia, conllevando así, que nuestra investigación termine con un proyecto de Ley que busque regular de alguna forma algunas etapas de actuación de las intervenciones telefónicas, acto de gran relevancia, al tratarse de la disposición de derechos fundamentales.

➤ **Derechos Fundamentales**

Un derecho fundamental es una facultad o poder reconocido a una persona por ley suprema vigente que le permite realizar o no ciertos actos. Por ejemplo el derecho a la propiedad, le permite utilizar una cosa en su provecho. Gozan de un derecho fundamental las personas individuales o colectivas. Un derecho

fundamental está protegido por medios jurisdiccionales respecto del Poder público del Estado y de las demás personas.

“(…) el reconocimiento de los derechos fundamentales (comúnmente en la norma fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado como el fin supremo de la sociedad y del Estado, artículo 1° de la Constitución”⁸⁰.

➤ **Contenido esencial**

“(…) en efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere de un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho dignidad humana, al que se reconduce, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona”⁸¹.

En consecuencia el contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, es la concreción de valores superiores que son extraídas de la realidad histórica que se encuentran ordenadas y sistematizadas ya que tienen un fundamento propio, pues tienen como origen dos raíces: la liberal (libertad) y la socialista (igualdad), y la incorporación de esos valores en el ordenamiento jurídico es a través de los derechos y libertades fundamentales.

➤ **Límites a los Derechos Fundamentales**

“(…) una cosa en efecto, es limitar o restringir el ejercicio de un derecho constitucional, y otra, muy distinta, disminuirlo o suprimirlo. La limitación de un derecho no comporta su disminución o supresión, sino sólo el establecimiento de las condiciones dentro de las cuales deberá realizarse su ejercicio. De allí que el Tribunal Constitucional haya sido enfático en señalar que no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, acaso, suprimirlo, pues la validez de tales limitaciones depende que ellas respeten el contenido esencial de los derechos sobre los cuales se práctica la restricción”⁸².

⁸⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 1417-2005-PA /TC, FJ 2.

⁸¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 1417-2005-PA /TC, FJ 21.

⁸² Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 014-2002-AI/TC.

Los derechos fundamentales, no tiene la calidad de absolutos, más si en nuestro constitucionalismo histórico el derecho a la vida, a la propiedad, a la libertad, entre otros, tampoco la han tenido, por lo que “Toda restricción o limitación de un derecho constitucional debe respetar el principio de legalidad y sustentarse en un procedimiento administrativo, donde el administrado tenga garantizado el derecho a un debido proceso (artículo 139, inciso 3, Constitución); y con ello, la posibilidad de ejercer su derecho de defensa, controvirtiendo la medida y alegando lo que convenga a su derecho”⁸³.

➤ Fuentes de la limitación de los derechos fundamentales

Humberto Nogueira⁸⁴ señala:

“Solo la Constitución y la ley pueden ser consideradas fuentes de limitación de los derechos fundamentales, ya que ese carácter de derechos fundamentales deriva de su aseguramiento constitucional expreso o implícito, como así mismo, por el hecho de que su regulación está reservada únicamente al legislador. Ninguna norma constitucional habilita a ningún otro órgano o autoridad para introducir válidamente limitaciones- restricciones de los derechos fundamentales (...) El derecho supranacional no podría restringir el alcance de los derechos fundamentales en el ámbito ya asegurado por la Carta Fundamental.”

La tesis de Nogueira resulta de suma utilidad para nuestro trabajo, pues apunta a graficar las fuentes de limitación de los derechos fundamentales. En suma, si la restricción a los derechos fundamentales no proviene de la Constitución y la ley, digamos una norma administrativa o cualquier otra norma subordinada, no debe considerarse válida la delimitación en razón del nivel del derecho que se pretende restringir. La propuesta tiene mucha coherencia con el grado de defensa que les asiste a los derechos fundamentales, los cuales constituyen supervalores del ordenamiento y por ende, no pueden ser restringidos por normas de menor jerarquía.

➤ La ponderación

La ponderación, como método de resolución de controversias en sede constitucional, presupone un conflicto o una colisión entre derechos

⁸³ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 07060-2006-PA/TC, FJ3.

⁸⁴ **NOGUEIRA ALCALA, Humberto**, La interpretación constitucional de los derechos humanos. *Ediciones Legales*. Lima, 2009. Pág. 62.

fundamentales. Al respecto debemos precisar, conforme señala Carlos Bernal Pulido⁸⁵: “Que los ordenamientos jurídicos no están compuestos exclusivamente por reglas, como señalaba Kelsen, para quien la única manera de aplicar el derecho era la subsunción (...) A partir de las investigaciones de Dworkin en el mundo anglosajón y de Alexy en el germánico, se suman los principios y la ponderación. La ponderación es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que pueden presentarse entre ellos y los principios o razones que jueguen en sentido contrario.”

➤ **Derecho a la intimidad**

Al respecto, a través de su jurisprudencia este Tribunal Constitucional ha determinado los alcances del derecho a la intimidad⁸⁶:

“Con respecto al bien jurídico tutelado en la Constitución, no cabe duda que la vida privada refleja uno de muy difícil comprensión, tanto así que algunos consideran que se trata de un concepto jurídico indeterminado. No obstante ello, juzgamos que es necesario plantearse sobre él un concepto inicial y preliminar. Son diversas las posturas para explicar el significado de la vida privada. Algunas la conciben como aquella zona de la persona que no es pública, por lo que nadie debe tener acceso a ella. Sin embargo, más correcto es tratar de otorgar un sentido positivo. Así (...) se ha estimado apropiado afirmar que es el ámbito personal en el cual un ser humano tiene la capacidad de desarrollar y fomentar libremente su personalidad. Por ende, se considera que está constituida por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño”.

3. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

Realizada la revisión bibliográfica en las bibliotecas de la Universidad Católica de Santa María y Universidad Nacional de San Agustín, como también en el Registro de Tesis de la Asamblea Nacional de Rectores del Perú, no se encontró ningún antecedente investigativo, que guarden relación directa con el problema planteado, dado que la figura de la intervención telefónica como medio de prueba en el proceso penal se ha implementado en reciente data, es por ello, que no se ha encontrado algún tema de investigación que sirva de antecedente al presente trabajo, en las diferentes Universidades de la Ciudad de Arequipa.

⁸⁵ **BERNAL PULIDO, Carlos.** “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”. Materiales de enseñanza Derecho Constitucional de la Academia de la Magistratura. X Curso de Capacitación para el Ascenso 2do nivel. Pág. 87.

⁸⁶ Cfr. STC N.º 06712-2005-HC, caso Magaly Medina, fundamento 38.

4. OBJETIVOS

4.1 Objetivos Específicos

- Determinar, de qué manera la intervención de comunicaciones y telecomunicaciones repercute jurídicamente en el derecho al debido proceso de las personas investigadas.
- Determinar, de qué manera la intervención de comunicaciones y telecomunicaciones repercute jurídicamente en el derecho de defensa de las personas investigadas.
- Determinar, de qué manera la intervención de comunicaciones y telecomunicaciones repercute jurídicamente en el derecho a la intimidad de las personas investigadas.

5. HIPOTESIS DE INVESTIGACIÓN

5.1 Hipótesis Específicas

Dado que:

Los artículos 230 y 231 del Código Procesal Penal, establecen la intervención de comunicaciones y telecomunicaciones como mecanismo de control preventivo de actos delictivos.

Es probable que:

La intervención de comunicaciones y telecomunicaciones repercute jurídicamente en los derechos fundamentales de las personas investigadas, tales como al derecho de defensa, debido proceso y intimidad

II. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

Cuadro de sistematización de técnicas e instrumentos.

| Variable | Indicadores | Técnicas de Verificación | INSTRUMENTOS |
|--|------------------------------------|--|---|
| La intervención de comunicaciones y telecomunicaciones en el Nuevo Código Procesal Penal | Límites de la potestad estatal | Análisis conceptual Observación de fuentes bibliográficas | Fichas bibliográficas Fichas documentales Fichas de Observación |
| | Objeto y finalidad | Análisis conceptual Observación de fuentes bibliográficas | Fichas bibliográficas Fichas documentales Fichas de Observación |
| | Mecanismos de prevención y sanción | Análisis conceptual Observación de fuentes bibliográficas | Fichas bibliográficas Fichas documentales Fichas de Observación |
| Repercusión jurídica en los derechos fundamentales de personas investigadas | Debido Proceso | Análisis conceptual Observación de fuentes bibliográficas | Fichas bibliográficas Fichas documentales Fichas de Observación |
| | Derecho de Defensa | Análisis conceptual Observación de fuentes bibliográficas | Fichas bibliográficas Fichas documentales Fichas de Observación |
| | Derecho a la intimidad | Análisis conceptual Observación de fuentes bibliográficas | Fichas bibliográficas Fichas documentales Fichas de Observación |

1. CAMPO DE VERIFICACIÓN

1.1 UBICACIÓN ESPACIAL

Se encuentra determinado por la afectación de derechos fundamentales de las personas investigadas en las sentencias del Poder Judicial

1.2 UBICACIÓN TEMPORAL

La presente investigación abarcará desde la promulgación del Nuevo Código Procesal Penal, que data del mes de octubre del año 2008 a la actualidad.

1.3 UNIDADES DE ESTUDIO, UNIVERSO Y MUESTRA

Para la investigación documental se ha considerado como unidades de estudio a los derechos fundamentales de las personas investigadas, la intervención de comunicaciones y telecomunicaciones, el derecho a la seguridad nacional y el orden público, para lo cual se ha visto pertinente revisar las diferentes normas establecidas en el derecho procesal penal, así como los diferentes principios y garantías que inspiran los derechos constitucionales de las personas investigadas; así como las sentencias de los diferentes juzgados penales del Poder Judicial, Tribunal Constitucional y Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para la investigación de campo consideramos como unidades de estudio, a todas las sentencias emitidas por los diferentes órganos jurisdiccionales, y dado que las sentencias son pocas, es que se va tomar en consideración a cada una de ellas, motivo por lo cual se prescindirá de la respectiva muestra.

2. ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

2.1 MODO

- Se realizará, por el propio investigador, la búsqueda de material bibliográfico de las diferentes bibliotecas especializadas, a efecto de consignar en fichas bibliográficas, documentales y legislativas.
- Se recogerá con el apoyo de personal auxiliar los datos de las diferentes sentencias en donde se haya valorado las escuchas de audios por intervención de comunicaciones y telecomunicaciones, los cuales serán asignados en sus diferentes fichas para proceder a un análisis estadístico en una ficha matriz y consiguientemente tener los resultados esperados.
- El propio investigador revisará y analizará la información recabada en las diferentes fichas bibliográficas, documentales y de observación.

2.2 MEDIOS

A. RECURSOS HUMANOS

| DENOMINACIÓN | Nº | COSTO DIARIO | DIAS | CTO TOTAL |
|-------------------------------------|----------|--------------|------------|-----------------|
| Dirección de Proyecto y Ejecución | 1 | 10.00 | 180 | 1,800.00 |
| Colaboradores | 2 | 5.00 | 90 | 900.00 |
| Digitador / Diagramador de Gráficos | 1 | 10.00 | 10 | 100.00 |
| TOTAL | 4 | 25.00 | 280 | 2,800.00 |

B. RECURSOS MATERIALES, BIENES Y SERVICIOS

| DENOMINACION | CANTIDAD | COSTO TOTAL |
|--|----------|---------------|
| Papel Bond | 2000 | 50.00 |
| Fichas Bibliográficas, Documentales y Legislativas | 1200 | 120.00 |
| Cartucho de Tinta de Impresora | 02 | 150.00 |
| Copias Fotostáticas | 300 | 30.00 |
| Empastado | 05 | 25.00 |
| Movilidad | ----- | 200.00 |
| TOTAL | | 570.00 |

C. COSTO TOTAL DEL PROYECTO Y EJECUCION

| DENOMINACION | COSTO TOTAL |
|---|-----------------|
| Recursos Humanos | 2,800.00 |
| Recursos Materiales, Bienes y Servicios | 570.00 |
| COSTO TOTAL GENERAL | 3,370.00 |

2.3 CRONOGRAMA DE TRABAJO

| ACTIVIDADES TIEMPO | Mayo | | | | Junio | | | | Julio | | | | Agosto | | | | Septiembre | | | |
|---|------|---|---|---|-------|---|---|---|-------|---|---|---|--------|---|---|---|------------|---|---|---|
| | 1 | 2 | 3 | 4 | 1 | 2 | 3 | 4 | 1 | 2 | 3 | 4 | 1 | 2 | 3 | 4 | 1 | 2 | 3 | 4 |
| Elaboración del Plan | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X |
| Aprobación del Plan de Tesis | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X |
| Recolección de datos | | | | | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X |
| Análisis y Sistematización de Datos | | | | | | | | | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X |
| Estructuración de Resultados y Conclusiones | | | | | | | | | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X |
| Presentación y Aprobación | | | | | | | | | | | | | | | X | X | X | X | X | X |
| Sustentación | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | X |

3. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- **ALEXY, Robert**, Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- **BACHOF, Otto**, *Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre Derecho y política*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Año XIX, núm. 57, UNAM- Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1986.
- **CARBONE, Carlos**, Grabaciones, escuchas telefónicas y filmaciones como medios de prueba, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006.
- **DE LANGHE, Marcela**, Escuchas telefónicas, límites a la intervención del Estado en la privacidad e intimidad de las personas, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
- **GARCIA, Luís**, La intervención de las comunicaciones telefónicas y otras telecomunicaciones en el Código Procesal Penal de la Nación: un cheque en blanco para espiar nuestra vida privada, en "cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Buenos Aires, 1997.
- **MUÑOZ CONDE, Francisco**, De las prohibiciones probatorias al Derecho Procesal del enemigo, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
- **NOGUEIRA ALCALA, Humberto**, *La interpretación constitucional de los derechos humanos*. Ediciones Legales. Lima, 2009.
- **RAMOS NUÑEZ, Carlos**, Como hacer una tesis en Derecho y no morir en el Intento, Editorial PUCP, Lima, 1998.
- **ROXIN, Claus**, Derecho Procesal Penal, Del Puerto, Buenos Aires, 2000.

INFORMATOLOGIA

- <http://reformaprocesal.blogspot.com/2009/05/la-intervencion-de-comunicaciones-y.html>
- <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/200307-2855922610322021.html>
- <http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho%20Procesal%20Penal/200711-20202058458757.html>
- http://www.elderecho.com/penal/Derecho-intervencion-comunicaciones-limites-derecho_11_353305001.html
- <http://derecho-normas-jurisprudencias.blogspot.com/2012/03/intervencion-de-las-comunicaciones.html>
- <http://www.monografias.com/trabajos90/intervencion-comunicaciones-y-telecomunicaciones/intervencion-comunicaciones-y-telecomunicaciones.shtml>
- <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00655-2010-HC.html>



ANEXOS

FICHA BIBLIOGRÁFICA

| | | |
|---------------------------------|---|--|
| NOMBRE DEL AUTOR | : | |
| TÍTULO DEL LIBRO | : | |
| EDITORIAL, LUGAR Y AÑO | : | |
| NOMBRE DE LA BIBLIOTECA: | | |
| Código | : | |

FICHA DOCUMENTAL

| | | |
|-------------------------------------|---|--|
| NOMBRE DEL AUTOR | : | |
| INDICADOR | : | |
| TÍTULO | : | |
| IDENTIFICACIÓN DEL DOCUMENTO | : | |
| FECHA | : | |
| RESUMEN | : | |
| COMENTARIO | : | |
| LOCALIZACIÓN | : | |

FICHA MATRIZ DOCUMENTAL

| | | | |
|-------------------------|-------------|------------------|-----------------------|
| INDICADOR: | | | |
| CONCEPTO DE..... | | | |
| AUTOR | OBRA | CONCEPTOS | IDEA PRINCIPAL |
| | | | |
| | | | |
| COMENTARIO | | | |
| • | | | |

ÍNDICE

EPÍGRAFE

DEDICATORIA

INTRODUCCIÓN

ABSTRACT

CAPITULO I

SECRETO DE LAS COMUNICACIONES E INTERVENCIÓN TELEFÓNICA

1. Consideraciones generales
2. Concepto de intervención telefónica.
3. La concordancia constitucional de la interceptación telefónica
5. Fundamentos para la procedencia de la interceptación telefónica.
6. Requisitos de la licitud en la adopción de una medida de intervención telefónica.
7. Límites de la intervención telefónica

CAPITULO II

**ALCANCES DEL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y
LAS RESTRICCIONES AL MISMO**

- 1.- Consideraciones generales
- 2.- Elementos del derecho a las comunicaciones
3. Conceptos generales al derecho a la intimidad
4. El derecho a la intimidad
5. Del derecho a la intimidad y el derecho a la vida privada
6. Implementación de Principios que resguarden el derecho fundamental a la intimidad y proteja la vida privada
7. Alcances de nuestra jurisprudencia supranacional
8. Regulación internacional en razón a escuchas telefónica

CAPITULO III

LA EJECUCIÓN DE LA MEDIDA DE INTERCEPTACIÓN TELEFÓNICA Y LA VALORACIÓN DE LOS HALLAZGOS Y SU REPERCUSIÓN EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Consideraciones generales.
2. Los hallazgos casuales en las interceptaciones telefónicas
3. El valor probatorio de los hallazgos
4. Las escuchas telefónicas y los hallazgos “casuales”
5. Un vistazo al marco normativo comparado y nacional sobre los hallazgos “casuales”.
6. Consideraciones generales en razón a la investigación realizada y su contraste con la práctica de la realidad

CONCLUSIONES

SUGERENCIAS

PROPUESTAS

BIBLIOGRAFÍA

ANEXOS

Arequipa, agosto 2016.