

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
SEMINARIO DE GRADUACIÓN AÑO 2010
PLAN DE ESTUDIO 1993



EL DERECHO A LA INTIMIDAD, SU LIMITABILIDAD Y PROTECCIÓN EN EL
MARCO NORMATIVO DE LA LEY ESPECIAL PARA LA INTERVENCIÓN DE LAS
TELECOMUNICACIONES.

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO DE:
LICENCIADO (A) EN CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTAN:

VERÓNICA BEATRIZ MIRANDA CHICAS
FRANCIS ARISTIDES MOLINA GONZALEZ
AURORA ELIZABETH RODAS AYALA

LICENCIADO JOSÉ DAVID CAMPOS VENTURA
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, MARZO DE 2011

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

INGENIERO RUFINO ANTONIO QUEZADA SANCHEZ

RECTOR

ARQUITECTO MIGUEL ANGEL LOPEZ RAMOS

VICERRECTOR ACADEMICO

LICENCIADO OSCAR NOE NAVARRETE ROMERO

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

LICENCIADO DOUGLAS VLADIMIR ALFARO CHAVEZ

SECRETARÍA GENERAL

DOCTOR RENÉ MADECADEL PERLA JIMENEZ

FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JOSÉ HUMBERTO MORALES

DECANO

LICENCIADO OSCAR ARMANDO DUARTE GRANADOS

VICEDECANO

LICENCIADO FRANCISCO ALBERTO GRANADOS

SECRETARIO

DOCTOR JULIO ALFREDO OLIVO GRANADINO

DIRECTOR ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

LICENCIADO JOSÉ DAVID CAMPOS VENTURA

DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

AGRADECIMIENTOS

A Dios Padre, Hijo y Espíritu Santo y a María Madre por acompañarnos siempre en el camino de nuestras vidas, agradecemos por este logro que no hubiésemos conseguido sin tu ayuda.

A Nuestros Queridos Padres y Familiares por instruirnos en el camino del bien y apoyarnos en forma incondicional a lo largo de nuestra Carrera y en esta investigación.

Al Licenciado José David Campos Ventura quien como asesor de la presente investigación dedicó su tiempo, conocimiento, experiencia, responsabilidad y amabilidad para desarrollar este trabajo.

A los Funcionarios del Órgano Judicial y del Ministerio Público por brindarnos su tiempo, atendernos amablemente y transmitirnos parte de su conocimiento respecto del tema investigado.

A Nuestros Amigos y Amigas por su Colaboración y Comprensión durante la Ejecución de esta investigación.

Los Autores.-

ÍNDICE

	PÁGINA
INTRODUCCIÓN.....	i
CAPÍTULO I. MARCO DE REFERENCIA	1
I.1 Aspectos Generales de la Situación Problemática	1
I.1.1 Marco histórico	4
I.1.1.1 Orígenes históricos	4
I.1.1.2 Derecho Comparado.....	4
I.1.1.2.1 Constituciones que reconocen el Derecho a la intimidad	4
I.1.1.2.2 Legislación Procesal Comparada	7
I.1.1.2.3 Reconocimiento del Derecho a la Privacidad y al Secreto a las comunicaciones en el Derecho Internacional.....	12
I.1.1.2.4 Jurisprudencia Universal e Interamericana sobre el Derecho a la intimidad.....	14
I.1.1.2.4.1 La Doctrina del Comité de Derechos Humanos.....	14
I.1.1.3 Referencias históricas en nuestro país	15
I.1.1.3.1 Constituciones Federales	15
I.1.1.3.2 Constituciones unitarias.....	16
I.1.1.3.3 Constituciones contemporáneas.....	17
I.1.2 Marco doctrinario – jurídico.....	17
I.1.2.1 Antecedentes jurídicos.....	17
I.1.2.1.1 En los Tratados Internacionales	25
I.1.2.1.2 En la Jurisprudencia constitucional.....	26
I.1.2.1.2.1 Sentencia del Proceso de Habeas Corpus, referencia 255-2000	27
I.1.2.1.2.2 Sentencia del Proceso de Habeas Corpus, referencia 249-2002	27
I.1.2.1.2.3 Sentencia del Proceso Constitucional de Amparo, referencia 118-2002	27
I.1.2.1.2.4 Sentencia del Proceso Constitucional de Habeas Corpus, referencia 135 – 2005/32 – 2007:.....	28
CAPITULO II. MARCO TEORICO CONCEPTUAL.....	29
II.1 La restricción de los Derechos Fundamentales	29
II.1.1 Fines y principios del Proceso Penal	29
II.1.2 Límites al poder del Estado	40
II.2 Breve Reseña Histórica de los Derechos Fundamentales.....	41
II.3 Concepto de los Derechos Fundamentales	42
II.4 Limitabilidad de los Derechos Fundamentales	44
II.4.1 Reserva Jurisdiccional.....	44
II.4.2 Principio de proporcionalidad, este principio involucra las siguientes exigencias:	45
II.4.2.1 Principio de legalidad.....	47
II.4.2.1.1 Requisitos extrínsecos.....	49
II.4.2.1.2 Requisitos intrínsecos.....	52
II.4.2.2 Justificación Teleológica	55
II.4.3 Garantías en la Ejecución de la Suspensión del Derecho	57
II.5 Garantía del Debido Proceso.....	58
II.6 Principios Rectores de las medidas restrictivas.....	66
II.7 La restricción del Derecho a la intimidad	68
II.7.1 Origen y desarrollo del Derecho a la intimidad	68
II.7.2 Esbozo histórico del derecho a la intimidad.....	69
II.7.3 Teorías de la intimidad.....	85
II.7.4 Clases de intimidad.....	87
II.7.5 Nociones doctrinarias del Derecho a la intimidad	89
II.7.5.1 Definiciones y delimitaciones conceptuales.....	89
II.7.5.2 Naturaleza Jurídica.....	94
II.7.5.3 La Dignidad de la persona como fundamento del Derecho a la intimidad	100
II.7.5.4 Objeto	102
II.7.5.5 Características.....	103
II.7.5.6 Sujetos o titulares	104

II.7.5.7	La Intimidad como Bien Jurídico	108
II.7.6	Manifestaciones del Derecho a la intimidad.....	112
II.7.7	Límites al Derecho a la intimidad.....	116
II.8	Consideraciones sobre el Secreto de las Comunicaciones	120
II.8.1	Generalidades	120
II.8.2	Concepto de Comunicaciones	122
II.8.3	La Garantía Constitucional del Secreto de las Comunicaciones	123
II.8.4	El Secreto como elemento esencial del Derecho a la Inviolabilidad de las comunicaciones	124
II.8.5	Sobre los delitos contra el Secreto de las comunicaciones	127
II.8.5.1	Antecedentes	127
II.8.5.2	Bien jurídico protegido	128
II.9	Consideraciones sobre las intervenciones telefónicas.....	129
II.9.1	Definición de la Intervención Telefónica	129
II.9.2	Objeto de la intervención telefónica	135
II.9.3	Clases.....	136
II.9.4	Naturaleza de la intervención telefónica	137
II.9.4.1	Como medio de prueba	137
II.9.4.2	Como una medida coercitiva accesoria	138
II.9.4.3	Como acto de investigación y de los medios de prueba	138
II.9.4.4	Como medida de sujeción procesal.....	143
II.9.5	La Garantía Constitucional de la Intervención de las comunicaciones	147
II.9.6	Principios Generales para adoptar la medida	148
II.9.6.1	Forma de las resoluciones.....	148
II.9.6.2	Competencia para dictarlas	149
II.10	Las intervenciones telefónicas en el Proceso Penal.....	150
II.10.1	El Derecho Fundamental afectado.....	150
II.10.2	Principios aplicables a la medida de intervención telefónica	153
II.10.2.1	Principio de legalidad.....	153
II.10.2.2	Principio de Jurisdiccionalidad	154
II.10.2.3	Principio de necesidad.....	154
II.10.2.4	Principio de proporcionalidad.....	154
II.10.2.5	Principio de motivación	155
II.10.2.6	Principio de temporalidad	155
II.10.2.7	Oportunidad	155
II.11	Requisitos de la intervención telefónica.....	156
II.11.1	Requisitos para la adopción de la medida	156
II.11.2	Requisitos objetivos de la intervención	157
II.11.2.1	Secreto	157
II.11.2.2	Comunicación	158
II.11.3	Requisitos subjetivos de la intervención	160
II.11.3.1	Sujeto pasivo	160
II.11.3.2	La autoridad judicial	161
II.11.3.2.1	El ente encargado de solicitar la intervención ante el Órgano Judicial	161
II.11.4	Requisitos Procesales de la intervención	162
II.11.4.1	Requisitos Sustantivos.....	162
II.11.4.1.1	Principio de Legalidad o reserva de ley	162
II.11.4.1.2	Principio de Exclusividad jurisdiccional.....	163
II.11.4.1.3	Principio de Proporcionalidad	167
II.11.4.1.4	Excepcionalidad de la medida	172
II.11.4.1.5	La existencia previa –objetiva– de indicios de la comisión de un delito y no meras sospechas irracionales o conjeturas	173
II.11.4.1.6	Limitación temporal.....	173
II.11.4.1.7	Especialidad del hecho delictivo investigado	174
II.11.4.1.8	Control judicial	175
II.11.4.2	Requisitos Formales	176
II.11.4.2.1	Resolución judicial motivada.....	176
II.11.4.2.2	La existencia previa –objetiva– de indicios de la comisión de un delito.....	178
II.11.4.2.3	Declaración de secreto	179

II.11.5	Requisitos para la Ejecución de la medida	179
II.11.5.1	Duración de la medida	180
II.11.5.2	Hallazgo casual	181
II.11.5.3	El control judicial de su ejecución	183
II.12	Reproducción de la grabación en el Juicio Oral.....	194
II.13	Finalidad exclusivamente probatoria de las interceptaciones	196
II.14	Actos de investigación y Actos de Prueba	197
II.15	Efectos probatorios de la medida de Intervención telefónica.....	200
II.15.1	Prueba ilícita y prueba lícita	200
II.15.1.1	Prueba ilícita	200
II.15.1.2	Prueba lícita	202
II.15.2	Valoración de la prueba	203
II.15.2.1	Exclusión física de la prueba	205
II.15.2.2	Abstención o recusación del Juez	205
II.15.3	Control posterior: una vez cesada la medida	205
II.15.4	Derecho de Defensa	206
CAPITULO III. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA LEY ESPECIAL PARA LA INTERVENCIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES CON RELACIÓN A LA LIMITABILIDAD Y PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD Y EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES		207
CAPÍTULO IV. PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS		241
CAPITULO V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES		252
CONCLUSIONES		252
RECOMENDACIONES.....		255
BIBLIOGRAFÍA.....		257
ANEXO N° 1		266

INTRODUCCIÓN

El Presente Trabajo de investigación tiene como título “El Derecho a la Intimidad, su Limitabilidad y Protección en el Marco Normativo de la Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones”, se realizó para cumplir con uno de los requisitos formales exigidos por la Escuela de Ciencias Jurídicas para obtener el Título de Licenciados en Ciencias Jurídicas.

A continuación se detalla la Estructura de esta investigación: el Primer Capítulo se denomina Marco de Referencia, el cual está constituido por los Aspectos Generales de la Situación Problemática, éste consiste en un Bosquejo General del fenómeno estudiado, el siguiente apartado se denomina Marco Histórico y versa sobre los diferentes cuerpos normativos que en el Derecho Internacional y Derecho Comparado reconocen el Derecho al secreto a las comunicaciones y a la intimidad, así se presentan Constituciones, Legislación Procesal y Jurisprudencia; posteriormente se presenta el Marco Jurídico - Doctrinario el cual hace referencia a toda Ley Primaria y Secundaria, Doctrina Legal y Jurisprudencia que en nuestro país existe sobre el tema investigado; seguidamente se presenta el Capítulo II que tiene por título Marco Teórico Conceptual, en el se exponen los diferentes aportes teóricos que diferentes autores han desarrollado acerca de temas relacionados con nuestro Trabajo de investigación, tales como: la Restricción de los Derechos Fundamentales, el Derecho a la intimidad y su posible Limitabilidad por parte del Estado con arreglo a los Principios Constitucionales del Debido Proceso, el Derecho al secreto a las comunicaciones, finalmente se alude a la Medida de intervención sus generalidades, Naturaleza jurídica, Requisitos Sustantivos y Formales para solicitar, ejecutar y controlar la misma; dicho lo anterior se presenta el

Capítulo III el cual esta compuesto por el Análisis Jurídico de la Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones en el que se determinaron los Supuestos de Limitabilidad y de Protección del Secreto a las Comunicaciones en el ámbito del Derecho a la Intimidad en relación a su estructura normativa; en el Capítulo IV se presentan los Resultados obtenidos en la Investigación de Campo, producto de la Entrevista realizada a los Funcionarios del Órgano Judicial y del Ministerio Público; dentro del Capítulo V se presentan las Conclusiones respecto de la investigación realizada y se elaboran una serie de Recomendaciones a los diferentes sectores de la sociedad que en alguna medida son parte de la aplicación de la figura de intervención a las telecomunicaciones; finalizando ésta con la Bibliografía y Anexos que facilitaron la realización de este Trabajo de Investigación.

CAPÍTULO I. MARCO DE REFERENCIA

I.1 Aspectos Generales de la Situación Problemática

A lo largo de la historia de la humanidad, las sociedades han buscado garantizar la Protección y Resguardo de aquellos valores que consideran más preciados, así podemos constatar diversidad de ordenamientos jurídicos en los cuales se protegen la Vida, la Libertad, la Integridad Física y Moral, la Salud y la Seguridad del conglomerado social. La Sociedad Salvadoreña no es la excepción puesto que en la Constitución de la República se elevan a la Categoría de Derechos Fundamentales una gama de valores a través del reconocimiento de éstos en su cuerpo normativo, entre ellos se encuentra el Derecho a la Intimidad, el cual ha sido motivo de debate en éstos últimos meses, debido a la situación que se vive en nuestro país en relación a los altos índices de comisión de delitos por criminalidad organizada.

Así, el Estado a través de su facultad de crear mecanismos o herramientas de persecución penal en la lucha contra la Delincuencia grave, organizada y transnacional es que a iniciativa de un grupo de Diputados de la Asamblea Legislativa decretó el día dieciocho de febrero del año dos mil diez la *“Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones”*, éste cuerpo normativo consta de cincuenta y tres Artículos, dividido en seis capítulos denominados: Capítulo I: Disposiciones Generales (Artículos 1 al 4), Capítulo II: Del Procedimiento (Artículos 5 al 23), Capítulo III: Incorporación al Proceso Judicial (Artículos 24 al 28); Capítulo IV: Centro de Intervención de las Telecomunicaciones (Artículos 29 al 33); Capítulo V: Infracciones Punibles (Artículos 34 al 42) y Capítulo VI: Disposiciones Finales, Transitorias y Vigencia (Artículos 43 al 53); la Ley Especial permite limitar el Derecho al secreto de las telecomunicaciones en relación al Derecho a la intimidad como solución a la problemática antes referida, ya que el Derecho a la Intimidad al igual que otros Derechos Fundamentales no es

absoluto, sino que es susceptible de ser restringido a través del Poder Punitivo del Estado, así se necesitan determinados presupuestos y principios Constitucionales, en los que el mismo Estado adquiera la obligación de Garantizar su Protección; por lo que fue indispensable incorporar al Artículo 24 de nuestra Carta Magna, mediante Reforma Constitucional¹, la posibilidad de intervenir las telecomunicaciones como limitación legítima, necesaria, proporcionada y razonable, en sus incisos segundo y cuarto lo siguiente:

“...De manera excepcional podrá autorizarse judicialmente, de forma escrita y motivada, la intervención temporal de cualquier tipo de telecomunicaciones, preservándose en todo caso el secreto de lo privado que no guarde relación con el proceso. La información proveniente de una intervención ilegal carecerá de valor...”, inc. 2º “...Una ley especial determinará los delitos en cuya investigación podrá concederse esta autorización...”.

De lo anterior se infiere que en cuanto a la Limitabilidad del Derecho afectado con una intervención telefónica fue necesario someter a un análisis exhaustivo el Contenido de la Ley Especial objeto de la presente investigación, debiendo para ello examinar los Requisitos previstos en sus Artículos 1, 2, 5, 6, 7 y 8 que establecen respectivamente, la excepcionalidad de la medida, los Principios para que sea efectiva la Intervención, los Delitos contra los cuales es procedente utilizar la medida, las Condiciones Previas de aplicación y finalmente las Autoridades o Funcionarios que se encuentran facultados para solicitar y ejecutar la intervención, atribuyéndole la facultad de solicitud a la Fiscalía General de la República y la Facultad de autorización al Juez competente; lo anterior para cumplir con lo preceptuado en el Art. 24 de la Constitución a fin de determinar la Legalidad de la Intervención y su validez dentro del Proceso Penal, o bien para Sancionar las posibles afectaciones al Derecho Fundamental a la Intimidad.

¹ Ver Acuerdo Legislativo N° 5 de Reforma Constitucional de fecha: 29/04/2009; Publicado en el Diario Oficial Número 88, Tomo 383, del 15/05/2009.

La anterior aseveración nos lleva a concluir que toda actuación contraria a los supuestos arriba referidos, es Arbitraria e Ilegal. A partir del contexto descrito ut supra, el Problema de Investigación en relación a la Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones, se formula dentro de los parámetros siguientes:

¿Cómo se limita y cómo se protege el Derecho a la Intimidad en el Marco de la Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones?

I.1.1 Marco histórico

I.1.1.1 Orígenes históricos

I.1.1.2 Derecho Comparado

I.1.1.2.1 Constituciones que reconocen el Derecho a la intimidad

El Derecho a la intimidad es reconocido en las Constituciones de diversos Estados, entre ellos se encuentra: Estados Unidos de América o Argentina, y en otros como España, Perú, Grecia, Países Bajos, Austria, Finlandia, Bolivia, Costa Rica, en otros países como Portugal y Brasil se garantiza también el secreto a las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas².

En la Constitución de Estados Unidos de América, del 17 de septiembre de 1787, la Enmienda IV establece el derecho del pueblo a "estar seguro en sus personas, casas, papeles y efectos contra inquisiciones o apoderamientos injustos, no se violará y no se darán órdenes sino en causas probables, sostenidas por un juramento y señalando particularmente el lugar que hay de inquirirse y los efectos que deban tomarse".

Su antecedente es la Sección 10 de la Declaración de Derechos de Virginia (12/06/1776). El derecho al secreto a las comunicaciones en Estados Unidos no es reconocido como derecho independiente en su Constitución Federal, sino como un aspecto más del derecho a la intimidad. Sin embargo la Corte Suprema de Estados Unidos ha realizado desde principios del S. XX, una intensa labor de interpretación de diversas Enmiendas de su Constitución hasta reconocer que el derecho al secreto de las comunicaciones, se haya reconocido por la IV Enmienda de la Constitución

² SOSA, María Julia; "Intervenciones y escuchas telefónicas. Requisitos que deberían tenerse en cuenta en nuestra legislación para ser aplicadas por nuestros tribunales en consonancia con la constitución nacional, tratados internacionales y jurisprudencia internacional", extraído el 20 Julio 2010, de <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/escuchas.htm>; página vinculada a <http://www.terragnijurista.com.ar/index.htm>, la cual es propiedad de Marco Antonio Terragni, Profesor de Derecho Penal; Argentina.

Federal³, no obstante y ello, el Congreso de los Estados Unidos tras los Atentados del 11 – S, en Nueva York, aprobó una ley conocida como la Patriot Act –firmada por el Presidente de los Estados Unidos George W. Bush, el 26/10/01-, enmarcada dentro del Proyecto “Guerra contra el Terrorismo”, la cual recorta considerablemente los Derechos y Libertades civiles de los Ciudadanos Norteamericanos, al permitir entre otras medidas, la intervención de las comunicaciones telefónicas y por correo electrónico de los Estadounidenses sin autorización judicial previa. Representantes de numerosas Organizaciones Civiles y expertos en Derecho consideran que muchos preceptos de la Patriot Act, son anticonstitucionales y constituyen un grave ataque a los derechos fundamentales y a las libertades civiles dentro y fuera de Estados Unidos, bajo el pretexto de garantizar la “seguridad nacional”⁴.

En Centroamérica la Constitución de Costa Rica en su Artículo 24, ya reformado prescribe que:

“Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier tipo de los habitantes de la república”.

Sin embargo la Ley de cuya aprobación y Reforma requerirá de los votos de los 2/3 de los Diputados que formen la Asamblea Legislativa fijará los casos en que los Tribunales de Justicia podrán ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados cuando ello sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento.

³ *Ibíd.*

⁴ MARCO Urgell, Anna; “Análisis Jurisprudencial del secreto de las comunicaciones (art. 18.3 C.E)”, Trabajo de Investigación de Doctorado, Departamento de Ciencia Política y de Derecho Público de la Universidad Autónoma de Barcelona; Director Rafael Rebollo Vargas; Balleterra, Barcelona, España; 2008; extraído el 30 Agosto 2010 de <http://www.recercat.net/bitstream/2072/9115/1/treballrecerca.pdf>. Pág. 21 – 22.

En cuanto a los países que conforman el continente Suramericano, tenemos que la Constitución de Brasil en su Artículo 5. Inciso XII declara:

"Es inviolable el secreto de la correspondencia y las comunicaciones, salvo medida adoptada por orden judicial en las hipótesis y en la forma en que la ley establezca para fines de investigación criminal o instrucción procesal penal".

Por otra parte la Constitución de Perú anterior a la de 1980 modificada por Fujimori, en el Artículo dos dice:

"Toda persona tiene derecho al honor, la buena reputación, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (inc. 5to.) a la inviolabilidad y el secreto de los papeles privados y de las comunicaciones (inc. 8) y a la vida..."

En la Constitución de Bolivia el Artículo 20 determina:

"Ni la autoridad pública, ni persona u organismo alguno podrán interceptar las conversaciones y comunicaciones privadas mediante instalación que las controle o centralice".

De igual manera en los países Europeos algunas Constituciones que protegen el Derecho a la intimidad son: la Constitución Española del año 1978, en su Artículo 18 Inciso uno garantiza el Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, luego el Inciso dos dispone: que el domicilio es inviolable y que ninguna entrada podrá hacerse en él sin el consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito, finalmente el inciso tres protege el secreto de las comunicaciones y en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

La Constitución de Portugal de 1976 efectuó una Declaración General del Secreto de las comunicaciones privadas, prohibiendo expresamente las injerencias ilegales.

En la Constitución de Grecia (9/6/79) se garantiza el Secreto a las comunicaciones en su Artículo 19 de la siguiente manera:

"Será absolutamente inviolable el secreto de las cartas, así como el de cualquier otro medio de libre competencia o comunicación. La ley fijará la garantía bajo las cuales no estaba obligada la autoridad judicial a respetar el secreto por razones de seguridad nacional o para las necesidades de la instrucción sobre los delitos de especial gravedad".

Asimismo la Constitución del Reino de los Países Bajos (texto revisado 19/1/83) en su Artículo 13 reconoce que:

"Será inviolable el secreto de las comunicaciones telefónicas y telegráficas, salvo en los casos que especifique la ley por o con la autorización de quien la propia ley designe como habilitado para ello".

La Constitución Federal Austríaca (1/5/45) en su Artículo 10 considera:

"El secreto de la correspondencia es inviolable", pero por Ley Constitucional Federal se añadió el art. 10 el cual expresa:

"El secreto de las comunicaciones telegráficas y telefónicas, admitirá excepciones a lo dispuesto en el párrafo anterior de conformidad con las leyes vigentes".

Finalmente la Constitución de Finlandia en su Artículo 12 garantiza que:

"Será inviolable el secreto de las comunicaciones postales telegráficas y telefónicas, salvo las excepciones establecidas por ley".

I.1.1.2.2 Legislación Procesal Comparada

1) España

Tal como se señaló anteriormente, la Constitución Española garantiza en su Artículo 18.3 el Secreto de las comunicaciones, dejando expresa constancia que la excepción a esta regla será en virtud de una Resolución Judicial.

La Ley 4/1988 modificó el Código Procesal Penal y su artículo 579 establece:

".....2. Asimismo el juez podrá 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... 3. De igual forma el juez podrá acordar, en resolución motivada por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de su fines delictivos. 4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el art. 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministerio del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo por escrito motivado al juez competente, quien, también de forma motivada revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de 72 horas desde que fue ordenada la observación".

A su vez, las intervenciones telefónicas han sido objeto de un profundo estudio por parte de la Sala Penal del Tribunal Supremo, especialmente después del auto del 18 de junio de 1992, en el caso Naseiro, en que el Tribunal declaró que la regulación legal es sumamente escueta, por lo que la Jurisprudencia ha tenido que suplir sus deficiencias acudiendo a:

Los Principios inspiradores del Proceso Penal, que demandan plenas Garantías para el justiciable y proscriben su indefensión, y a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

El Tribunal Supremo de España ha sostenido: "La Constitución no es una Declaración programática o de simples Principios Generales, sino una norma, la primera y fundamental y de ella nacen directamente, sin necesidad de intermediaciones legislativas, Derechos y Obligaciones, por lo que los Jueces deben garantizar el art. 18.3".

2) Italia

Por imperativo Constitucional la interceptación telefónica sólo puede ser ordenada por Autoridad Judicial en la fase de la investigación preliminar, existiendo indicios graves de culpabilidad. La cuestión se encuentra regulada en los Artículos 266 y concordantes del Código Procesal Penal, entre otras normas. El Tribunal Constitucional parece admitir que estas interferencias sólo pueden ser ordenadas en un Procedimiento Penal.

3) Francia

El 10 de julio de 1991 se sancionó la ley 91.646, que reformó el Código Procesal Penal, un Título se ocupa de las interceptaciones telefónicas que tienen origen en Decisiones Judiciales y en otro de las llamadas "de seguridad" autorizadas por la Autoridad Administrativa. En las primeras, son los Jueces quienes pueden ordenar la interceptación, grabación y transcripción de las comunicaciones, cuando la necesidad de la información lo exija, y también puede serlo a pedido del Procurador General, de una de las partes o de oficio. Esas operaciones deben ser efectuadas bajo su autoridad y control. El Delito imputado debe ser grave (delito superior a dos años de prisión). La decisión debe ser escrita y motivada. Debe fijar la duración de la medida, que no podrá exceder de cuatro meses, aunque podrá ser renovada con las mismas condiciones y duración.

Por otro lado, las escuchas administrativas requieren para la Ley Francesa el cumplimiento de estos requisitos: que sea una decisión escrita y motivada por el Primer Ministro o de una de dos personas en quienes él ha delegado especialmente la función. Debe haber sido dictada a pedido de los Ministerios del Interior, Defensa o de Aduanas. La Ejecución material debe ser exclusivamente efectuada bajo las órdenes del Ministro encargado de las comunicaciones o de la persona a la que él delegó la función. Las escuchas deberán tener por Objeto exclusivo encontrar información vinculada con la

seguridad nacional, protección de elementos esenciales al potencial científico y económico de Francia, a la prevención del terrorismo, la criminalidad y de la delincuencia organizada. Su duración no puede superar los cuatro meses. Se guardarán los registros estrictamente necesarios y los demás, que hacen a la vida privada, se deberán destruir en diez días. Todo el operativo será controlado por la Comisión Nacional de Control de Interceptación de Seguridades. Con fecha 8 de febrero de 1995 se reformó la legislación de forma en su art. 100.7, estableciendo que para interceptar la línea de un Diputado o Senador deberá informarse previamente al Juez de instrucción.

4) Alemania

La Ley dictada el 13 de agosto de 1968, reglamenta en el Artículo 10 de la Ley Fundamental y reitera la regla de la Inviolabilidad del secreto de las telecomunicaciones, señala que las restricciones a este Derecho deberán tender a proteger el Orden Liberal y Democrático o la existencia o la seguridad de la Federación o de un Land, faculta a las autoridades de la Oficina de Protección a la Constitución, de la Oficina de Seguridad del Ejército Federal y del Servicio Federal de Información para escuchar conversaciones y grabarlas. Las personas que escuchan esas grabaciones son Funcionarios elegidos por el pueblo (justificación del reemplazo jurisdiccional). Establece un catálogo de Delitos graves para autorizar la intervención (homicidio, tráfico de drogas, etc.). La Duración puede ser de tres meses prorrogables por otros tres. La orden de intervención puede estar dirigida contra el imputado y contra aquellas otras personas que éste utilice como intermediario para transmitir o recibir sus comunicaciones relacionadas con el Delito investigado.

La Jurisprudencia admitió que cuando una intervención es válida, alcanza sólo a lo que se registra de una conversación telefónica, pero no a lo gravado en otra oportunidad. Una reciente Reforma en la Legislación amplió

las facultades del Servicio Federal de Inteligencia para la vigilancia el registro y la valoración del intercambio de comunicaciones y la necesidad de una sospecha concreta.

5) Costa Rica

La Sala Constitucional de Costa Rica declaró la Inconstitucionalidad del Artículo 221 del Código de Procedimientos Penales de ese país, que prevé la interferencia telefónica con orden judicial, la Sala declaró que el Artículo 24 de la Constitución de Costa Rica establece como principio la Inviolabilidad de los documentos privados y las comunicaciones escritas u orales de los habitantes de la República, señalando las materias en que el Legislador está legitimado para imponer excepciones a esta regla, por lo que al no encontrarse entre esas excepciones las referidas a la intervención telefónica, es Inconstitucional la Norma que así lo prevé. Destacó la imprevisión del Constituyente, fundada en que los teléfonos se conocían cuando la Constitución se dictó, e, incluso, era muy fácil interferir porque la propia telefonista escuchaba la comunicación.

6) Argentina

La Constitución Nacional reconoce en su Artículo 18 la Inviolabilidad de la correspondencia epistolar y de los papeles privados y establece que una ley determinará en que casos se procederá a su allanamiento y ocupación.

Por su parte, el Artículo 19 protege a las comunicaciones privadas que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, quedando exentas de la autoridad de los Magistrados. En estas dos normas se asienta la protección al Derecho a la privacidad e intimidad, y el Secreto a las comunicaciones telefónicas debe entenderse abarcado por la Protección que el Artículo 18 confiere a la correspondencia escrita, sobre todo si tenemos en cuenta la cláusula del Artículo 33 de la Carta Magna, que efectúa una

Declaración Fundamental en el sentido de que todo el sistema de la constitución está estructurado sobre la idea democrática de que los Derechos se reconocen a las personas, no como gracia de un príncipe, sino como integrante de un pueblo soberano, que, como lo declama el Preámbulo, ha dado mandato a sus representantes para que dicten una Constitución que les asegure los beneficios de la libertad.

Por otro lado, el Artículo 75, inciso 22, enumera una serie de Tratados que tienen jerarquía Constitucional y deben entenderse complementarios de los Derechos y Garantías por ella reconocidos. En el caso en estudio, deben tenerse en cuenta los Artículos 11, inciso 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, 12 de la Declaración de Derechos Humanos y 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, ya enumerados anteriormente.

Si se analizan las presentes normas se advertirá que ninguna es exhaustiva, ya que no enumeran los aspectos personales que integran el concepto de Privacidad o Intimidad, sin que por ello se pueda afirmar que dejan fuera de la Protección a las comunicaciones telefónicas. Dicho lo anterior, cabe analizar si en nuestra normativa el Derecho a la intimidad en las telecomunicaciones es o no es absoluto.

I.1.1.2.3 Reconocimiento del Derecho a la Privacidad y al Secreto a las comunicaciones en el Derecho Internacional

El Derecho a la privacidad, es decir, ese Derecho individual a no sufrir intromisiones en la intimidad por parte del Estado, encuentra hoy reconocimiento internacional en diversos documentos entre ellos tenemos:

El Pacto de San José de Costa Rica en su Artículo 11 inciso segundo dispone:

"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".

El Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos, en su Artículo 17 inciso primero y segundo establece:

"Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o su reputación. 2 Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques."

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Artículo 12 reconoce:

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

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en su Artículo V, afirma:

"Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar".

La Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las libertades Fundamentales en su Artículo 8 inciso primero propugna:

"Toda persona tiene la protección de la ley contra los ataques. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto y en cuanto esta injerencia este prevista por ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para 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 la protección de los derechos y las libertades de los demás".

La Declaración de Bogotá de 1948 en su Artículo 5 expresa:

"Toda persona tiene derecho a la protección y a su vida privada y familiar".

I.1.1.2.4 Jurisprudencia Universal e Interamericana sobre el Derecho a la intimidad

Durante la última década se ha registrado un aumento significativo de éste tipo de Jurisprudencia, existe también una Jurisprudencia incipiente pero interesante sobre el Derecho a la Personalidad Jurídica. El Derecho a la Intimidad tiene dos facetas principales:

- a) Una que tutela la confidencialidad o inviolabilidad del hogar, de las comunicaciones y de las relaciones familiares,
- b) Otra que consagra el Derecho del individuo a desarrollar su personalidad.

Esta convergencia entre el Derecho a la vida privada y el Derecho a la personalidad jurídica, es decir, entre Derechos que rigen distintos aspectos de la personalidad del individuo; el Derecho a la intimidad está muy vinculado también con otros derechos. El Derecho a la confidencialidad del hogar y a las comunicaciones está estrechamente relacionado con el Derecho a la presunción de inocencia y al Debido Proceso de las personas acusadas penalmente. Este Derecho también está vinculado al derecho de expresión sobre todo por que la Protección de Derechos de terceros es un bien jurídico que permite limitar la Libertad de Expresión. El Derecho a la intimidad de la familia está vinculado con el Derecho de la familia a recibir Protección. El Derecho a desarrollar la personalidad sin injerencias indebidas está vinculado con la libertad de creencias, la prohibición de la discriminación y el Derecho a un nombre.

I.1.1.2.4.1 La Doctrina del Comité de Derechos Humanos

El Comité de Derechos Humanos adoptó en 1988 una Observación General sobre el Artículo 17 PIDCP que consagra el Derecho a la intimidad, a la honra y a la reputación. La parte de la observación relativa a la intimidad

insiste sobre la obligación del Estado de adoptar Legislación para Tutelar la intimidad frente a injerencias de todo origen, provengan de autoridades o de particulares⁵. De especial interés es el párrafo tres, según el cual el concepto de injerencia ilegal no significa injerencia prohibida por Ley, sino aquella no autorizada por Ley: “el término <ilegales> significa que no puede producirse injerencia alguna, salvo en los casos previstos por la Ley. La injerencia autorizada por los Estados sólo puede tener lugar en virtud de la Ley que a su vez debe conformarse a las disposiciones, propósitos y objetivos del Pacto”.

Para Tutelar este Derecho eficazmente, la Observación del Comité de Derechos Humanos, señala que la Legislación debe “especificar con detalle las circunstancias precisas en que podrán autorizarse esas injerencias” provenientes de autoridades⁶.

Asimismo el Comité señala que cada medida que afecte este Derecho requiere una decisión individualizada de parte de la autoridad competente: “la decisión correspondiente competirá sólo a la autoridad designada por la Ley a ese efecto, que dará la autorización necesaria en cada caso en particular⁷

I.1.1.3 Referencias históricas en nuestro país⁸

I.1.1.3.1 Constituciones Federales

La Constitución de 1824 señala que: “*Sólo en los delitos de traición se pueden ocupar los papeles de los habitantes de la República*”, cuando sea indispensable para la averiguación de la verdad.

⁵ O'DONNELL, Daniel; “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”; Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; Servigrafic; Bogotá, Colombia; 2004; Pág. 522 – 527. Ver Observación General número 16 párrafos 1, 2.

⁶ Ibíd. Párrafo 8.

⁷ Ibíd.

⁸ FUSADES (Fundación Salvadoreña Para El Desarrollo Económico Y Social); Departamento de Estudios Legales; Boletín de Estudios Legales; “Las Intervenciones Telefónicas”; Publicación Mensual de FUSADES; Boletín Número 6; San Salvador, El Salvador; Junio 2001; Página 1 – 12.

La Constitución de 1898, que la correspondencia epistolar “y *telegráfica*” (agregado debido a la ya entonces difundida nueva forma de comunicación inventada por Morse en 1837) es inviolable e interceptada no hará fe.

La Constitución de 1921 declara inviolables “*la correspondencia epistolar, la telegráfica y los papeles privados*”, ordenando a las autoridades no “*sustraer, abrir ni detener la correspondencia epistolar o la telegráfica*”, las cuales sólo podrán “*ocuparse o inspeccionarse*” por orden de autoridad competente “*en los casos determinados por la ley*”.

I.1.1.3.2 Constituciones unitarias

En la Constitución de 1824, la casa de todo “*ciudadano*” (expresión curiosa y, quizás inadvertidamente, restrictiva), sus libros y correspondencia, se elevan a “*sagrados*”, prohibiendo que puedan “*registrarse*”, salvo como “*ordene la ley*”.

La Constitución de 1841 estatuye que la correspondencia epistolar es inviolable y no podrá “*interceptarse ni abrirse*”, sino en los casos expresamente determinados por la ley, y cuando lo exija la “*seguridad y salud pública*” bajo las “*formas y requisitos que la misma ley establece*”. Estos conceptos de seguridad y “*salud pública*”, el último no en sentido médico o sanitario, sino en el de orden público, así como la reserva legal, los retoman las constituciones de 1864 y 1871.

La Constitución de 1872 vuelve a la prohibición general: “*La correspondencia epistolar es inviolable y no podrá interceptarse, abrirse, ni revelarse*” añadiendo éste último novedoso término; idéntica redacción adoptan las de 1880 y 1883.

La Constitución de 1886, reproduce la redacción de la Federal de 1898, es decir declara que la correspondencia epistolar y telegráfica es inviolable e

interceptada no harán fe. Lo mismo hace la de 1939, aunque reviviendo la reserva “*salvo las excepciones de ley*”, abandonada en la del 45 que retoma la fórmula del 86.

I.1.1.3.3 Constituciones contemporáneas

La Constitución de 1950 inicia la redacción vigente: “*La correspondencia de toda clase es inviolable; interceptada no hará fe ni podrá figurar en ninguna actuación, salvo en los casos de concurso y quiebra*”. Los documentos históricos de esa Constitución aclaran que no se declaran inviolables, a los “*libros y papeles privados*” como proponía el anteproyecto de la misma, porque, según los Constituyentes, con ello “*se pondría un valladar a la investigación de los delitos*”.

Contrario sensu, el Legislador del 50, ha copiado en este punto de las Constituciones siguientes hasta hoy, pues pensó que prohibir la interceptación de la correspondencia, no obstaculizaba la investigación penal, como sí lo hacía vetar la ocupación de libros y papeles. Por tanto, se debe concluir que la redacción empleada, no implicaba poner cortapisas a la investigación del delito. De los posteriores constituyentes del 62 y del 83, cabe sostener que al retomar íntegramente la letra de ese artículo de la Constitución del 50, no podían sino adoptar automáticamente su espíritu.

I.1.2 Marco doctrinario – jurídico

I.1.2.1 Antecedentes jurídicos

La Constitución de 1983 incluye a la Inviolabilidad de la correspondencia, la prohibición de interferir o intervenir las comunicaciones telefónicas, a las cuales no se puede sino atribuir el mismo propósito; es decir proteger un Derecho, en manera alguna evitar la persecución de la delincuencia. Es así que su exposición de motivos, aclara que la conversación telefónica, al igual que la correspondencia, “*es un medio de*

comunicación privado” y siendo un Servicio Público, debe rodearse de Garantías para que no se vulnere *“la privacidad a que las personas tienen Derecho”*. Hay que recalcar: La intención de la Ley Primaria, es proteger la privacidad vinculada estrechamente con la Intimidad, en cuanto Derecho de la persona; no proteger a los criminales, esto último tiene relación con el Artículo 2 el cual establece:

“Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos.

Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral”.

Esta disposición a su vez se vincula con lo dispuesto en el Artículo 24 del Cuerpo Normativo antes referido que según Acuerdo de Reforma Constitucional N° 5 de fecha 29 de abril de 2009, sancionado en el D. Oficial N° 88, Tomo N° 383, cuya publicación en el D.O. fue el 15 de mayo de 2009, y considerando los Legisladores: Que la Constitución consagra en su Artículo 24 la inviolabilidad de la correspondencia y la prohibición de la interferencia e intervención de las comunicaciones telefónicas, asimismo que tal derecho constitucional referido a las comunicaciones telefónicas no contempla excepciones por razón del Interés General como es la investigación de delitos graves y que la intervención bajo control judicial de las telecomunicaciones privadas que se realizan por cualquier medio, constituye un instrumento eficaz en la investigación de los delitos graves, acordaron reformar el Artículo 24 de la Constitución, de la manera siguiente:

“La correspondencia de toda clase es inviolable, interceptada no hará fe ni podrá figurar en ninguna actuación, salvo en los casos de concurso y quiebra.

Se prohíbe la interferencia y la intervención de las telecomunicaciones. De manera excepcional podrá autorizarse judicialmente, de forma escrita y motivada, la intervención temporal de cualquier tipo de telecomunicaciones, preservándose en todo caso el secreto de lo privado que no guarde relación con el proceso. La información proveniente de una intervención ilegal carecerá de valor.

La violación comprobada a lo dispuesto en este artículo, por parte de cualquier funcionario, será causa justa para la destitución inmediata de su cargo y dará lugar a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

Una ley especial determinará los delitos en cuya investigación podrá concederse esta autorización. Asimismo señalará los controles, los informes periódicos a la Asamblea Legislativa, y las responsabilidades y sanciones administrativas, civiles y penales en que incurrirán los funcionarios que apliquen ilegalmente esta medida excepcional. La aprobación y reforma de esta ley especial requerirá el voto favorable de por lo menos las dos terceras partes de los Diputados electos".

En cuanto a las Telecomunicaciones, la Legislación existente es mínima así por Decreto Legislativo N° 370, de fecha 27 de agosto de 1963, creó la Administración Nacional de Telecomunicaciones (ANTEL)⁹; posteriormente el Decreto Legislativo N° 367, del 9 de octubre de 1975, creó la Ley de los Servicios de Telecomunicaciones, cuyo artículo primero dice:

“Artículo 1. Decláranse de interés público los servicios de telecomunicaciones que estarán bajo el control técnico de la Administración Nacional de Telecomunicaciones, con arreglo a la presente ley y a la ley de creación de dicha Institución.

La Administración Nacional de Telecomunicaciones, que en la presente ley se denominará ANTEL, tendrá el control exclusivo del espectro electromagnético, de acuerdo a los adelantos técnicos, a los tratados o convenios internacionales ratificados por El Salvador; su utilización en el territorio nacional, se regulará de conformidad a esta ley y a los reglamentos que se dicten para los servicios de telecomunicaciones”.

⁹ RODRÍGUEZ Turcios, Otilio y Torres Medina, María José; “Historia de las Telecomunicaciones: De los orígenes a 1992 y de 1993 a 2002”; extraído el 05 Agosto 2010 de <http://www.ahciet.net/historia/pais.aspx?id=10141&ids=10673>.

Existe en las disposiciones generales de Presupuestos, un apartado especial de regulaciones legales para ANTEL que se denomina "Disposiciones Específicas para la Administración Nacional de Telecomunicaciones".

Tenemos además una serie de Reglamentos Ejecutivos que regulan algunos de los servicios de telecomunicaciones que se prestan en el país, tales como: *Reglamento para el Establecimiento y Operación de Estaciones Radiodifusoras*, *Reglamento de los Servicios de Radioaficionados de El Salvador* y *el Reglamento y Tarifa para los Servicios de Telecomunicaciones*.

Dicho lo anterior, se puede concluir que la Ley de ANTEL no decía nada sobre la prohibición de intervenir las comunicaciones.

Con la promulgación de la Ley de Telecomunicaciones en 1996¹⁰ se marcó el inicio de la desregulación del sector en El Salvador. En ese mismo año se dictaron las Leyes para la creación de la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones (SIGET), la privatización del operador público y la Constitución de un Fondo Especial.

La Ley de Telecomunicaciones, aprobada por Decreto Legislativo N° 807 de 12 de septiembre de 1996, reformada en los Decretos N° 142 de 6 de noviembre de 1997 y N° 177 de 4 de diciembre de 1997, tiene por objeto normar las actividades del sector, especialmente la regulación del Servicio Público, la explotación del espectro radioeléctrico, el acceso a los recursos esenciales y el plan de numeración, incluyendo la asignación de claves de acceso al sistema multiportador.

¹⁰ *Ibíd.*

El 15 de mayo de 1998 se publica el Reglamento a la Ley de Telecomunicaciones que desarrolla las disposiciones de dicha Ley para su aplicación por parte del organismo regulador, la SIGET.

En 1998 se aprueba por Decreto Ejecutivo No.64 de fecha 15 de mayo de 1998 el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.

La Ley de Creación de la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones -SIGET-, aprobada por Decreto Legislativo No. 808 de 12 de septiembre de 1996 y reformada en el Decreto No. 175 de 18 de diciembre de 1997. En 1998 se aprueba el Reglamento de la Ley de Creación de la SIGET.

La Ley de Privatización del operador público, aprobada por el Decreto Legislativo 900/96.

La Ley de Establecimiento del Fondo Nacional de Inversión en Electricidad y Telecomunicaciones.

De los Cuerpos Normativos enunciados anteriormente, la Ley de Telecomunicaciones, es la única que incluye entre sus fines la Protección de *“los Derechos de los usuarios”* que comprenden: *“Acceder al Servicio Público de telefonía”* y al *“Secreto de sus comunicaciones”*.

El Código Penal Vigente¹¹, en su Título VI Delitos relativos al Honor y la Intimidad, Capítulo II De los Delitos relativos a la Intimidad, en su Artículo 184 expresa:

“El que con el fin de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, se apodere de comunicación escrita, soporte informática o cualquier otro documento o efecto personal que no le esté dirigido o se apodere de datos reservados de carácter personal o familiar de otro, registrados en ficheros, soportes informáticos o de cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado, será sancionado con multa de cincuenta a cien días multa.

Si difundiere o revelare a terceros los datos reservados que hubieren sido descubiertos, a que se refiere el inciso anterior, la sanción será de cien a doscientos días multa.

El tercero a quien se revelare el secreto y lo divulgare a sabiendas de su ilícito origen, será sancionado con multa de treinta a cincuenta días multa”.

El artículo 185 respecto de las intervenciones de las comunicaciones dice:

“Si los hechos descritos en el artículo anterior se realizaren por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, archivos o registros, se impondrá, además de la pena de multa, inhabilitación del respectivo cargo o empleo público de seis meses a dos años”.

El artículo 186 establece:

“El que con el fin de vulnerar la intimidad de otro, interceptare, impidiere o interrumpiere una comunicación telegráfica o telefónica o utilizare instrumentos o artificios técnicos de escucha, transmisión o grabación del sonido, la imagen o de cualquier otra señal de comunicación, será sancionado con pena de prisión de seis meses a un año y multa de cincuenta a cien días multa.

Si difundiere o revelare a terceros los datos reservados que hubieren sido descubiertos, a que se refiere el inciso anterior, la sanción será de prisión de seis meses a un año y multa de cien a ciento cincuenta días multa.

El tercero a quien se revelare el secreto y lo divulgare a sabiendas de su ilícito origen será sancionado con multa de treinta a cincuenta días multa.

¹¹ VER D.L. N° 904, D.O. N° 11, Tomo 334, de fecha 20 de enero de 1997, el cual entró en vigencia el 20 de abril de 1998.

El que realizará los actos señalados en el primer inciso del presente artículo para preparar la comisión de un delito grave será sancionado con la pena de dos a seis años”¹².

De igual manera el Título XIV Delitos relativos a los Derechos y Garantías Fundamentales de la Persona, Capítulo Único Derechos y Garantías Fundamentales de la Persona dispone en el Artículo 301:

“El funcionario o empleado público, agente de autoridad pública que fuere de los casos previstos por la Constitución de la República y en el transcurso de una investigación policial o judicial, violare correspondencia privada, o lo ordenare o permitiere, será sancionado con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para el ejercicio del cargo o empleo respectivo por igual tiempo”.

Asimismo el Artículo 302 establece:

“El que interceptare o interviniere las comunicaciones telefónicas o usare artificios técnicos de escuchas o grabación de dichas comunicaciones o lo ordenare o permitiere, será sancionado con prisión de dos a cuatro años, e inhabilitación especial para el ejercicio del cargo o empleo por igual tiempo, si fuere funcionario o empleado público”¹³

En el marco de una investigación judicial o de la Fiscalía General de la República, no se considerará como interferencia o intervención telefónica ni violación al derecho a la intimidad, cuando se estuviere recibiendo amenazas, exigiendo rescate de una persona que estuviere privada de libertad o secuestrada o se pidiere el cumplimiento de determinados hechos a cambio de la liberación de dicha persona, o a cambio de no intentar ninguna acción penal o se trate de delitos de crimen organizado, y la víctima, el ofendido o su representante, en su caso, solicitaren o permitieren por escrito a la Fiscalía General de la República, la escucha y grabación de las conversaciones o acciones en que se reciban tales amenazas o exigencias. La escucha y grabación así obtenida podrá ser utilizada con fines probatorios en juicio y, en este caso, deberá ser valorada por el juez.”

Finalmente en el Título XVI denominado Delitos relativos a la Administración Pública, en su Capítulo I De los Abusos de Autoridad el Artículo 320 propugna:

¹² VER D.L. N° 642, D.O. N ° 128, Tomo N° 344, del 09 de julio de 1999.

¹³ VER D.L. N° 280; D.O. N ° 32, Tomo N° 350, del 13 de Febrero de 2001.

“El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público que en el desempeño de su función realizare cualquier acto ilegal o arbitrario, vejación o atropello contra las personas o daño en los bienes, o usare de apremios ilegítimos o innecesarios para el desempeño de la función o servicio o permitiere que un tercero lo cometiere, será sancionado con prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para desempeño del cargo por el mismo tiempo”.

El Código Procesal Penal de 1998, en su Artículo 162 inciso primero en relación al tema disponía lo siguiente:

“Los hechos y circunstancias relacionados con el delito podrán ser probados por cualquier medio legal de prueba, respetando las garantías fundamentales de las personas, consagrados en la Constitución de la República y demás leyes, siempre que se refiera directa e indirectamente al objeto de la averiguación y sea útil para el descubrimiento de la verdad”.

Éste a su vez tiene relación con lo dispuesto en el Artículo 15 incisos primero y tercero del mismo cuerpo normativo, los cuales expresan:

“Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de éste código.

Se prohíbe toda especie de tormento, malos tratos, coacciones o amenazas, engaños o cualquier otro medio que afecte o menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de la persona”.

La Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil en su Artículo 25 N° 7¹⁴:
“No podrán intervenir las comunicaciones telefónicas, según lo establece el Artículo 24 de la Constitución”.

El Nuevo Código Procesal Penal¹⁵, en el Título V denominado De la Prueba, en sus disposiciones generales incluye en el epígrafe de la Libertad Probatoria, el Artículo 176 expresa:

¹⁴ PROCURADURÍA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y PNUD; “Manual para la Calificación de Violaciones a los Derechos Humanos”; San Salvador, El Salvador; 1997; Pág. 132.

¹⁵ VER D. L. N° 733, D.O. N° 20; Tomo 382, de Fecha 30 de enero de 2009.

“Los hechos y circunstancias relacionados con el delito podrán ser probados por cualquier medio de prueba establecido en este Código y en su defecto de la manera que este prevista la incorporación de pruebas similares, siempre que se respeten las garantías fundamentales de las personas consagradas en la Constitución y demás leyes”.

En relación a éste incorpora en el Capítulo II De los Actos Urgentes de Comprobación, Sección Cuarta Información Electrónica, cuyo epígrafe se denomina Obtención y Resguardo de Información Electrónica en su Artículo 201 manifiesta:

“Cuando se tengan razones fundadas para inferir que una persona posee información constitutiva de delito o útil para la investigación, almacenada en equipos o instrumentos tecnológicos de su propiedad o posesión, el fiscal solicitará la autorización judicial para adoptar las medidas que garanticen la obtención resguardo o almacenamiento de la información; sin perjuicio que se ordene el secuestro respectivo.”

Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones, vigente pero no aplicada, la cual será desarrollada en el Capítulo respectivo.

I.1.2.1.1 En los Tratados Internacionales

Existe una serie de Tratados o Convenios Internacionales sobre Telecomunicaciones suscritos y ratificados por El Salvador¹⁶, los cuales, tal como lo dispone el Artículo 144 de la Constitución de la República, constituyen leyes de la República y en caso de conflicto entre el Tratado y la Ley, prevalece el tratado, éstos son: el Convenio Internacional de Telecomunicaciones (CIT) (Niza, 1989), los Acuerdos de la Organización Internacional de Telecomunicaciones por Satélite, el Tratado Centroamericano sobre Telecomunicaciones, y algunos otros Tratados Bilaterales.

¹⁶ RODRÍGUEZ TURCIOS; Ob. Cit.

Teniendo mayor relevancia para la presente investigación los siguientes¹⁷: El Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos, en su Artículo 17 inciso primero y segundo establece: *"Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o su reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques."*

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su Artículo 11"(....) 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 y reputación.*

Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques"

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Artículo 12 reconoce: *"Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques."*

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en su Artículo V, afirma: *"Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar"*.

I.1.2.1.2 En la Jurisprudencia constitucional

Por tratarse de una Ley nueva, en esta materia no existe ningún antecedente jurisprudencial al respecto, únicamente con respecto al tema del Derecho a la Intimidad, así tenemos:

¹⁷ PROCURADURÍA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y PNUD; Ob. Cit.; Pág. 127 - 131.

I.1.2.1.2.1 Sentencia del Proceso de Habeas Corpus, referencia 255-2000¹⁸

El peticionario prácticamente fundaba su petición en dos aspectos:

a) Carencia de dirección funcional por parte de la Fiscalía, Art. 193 numeral 3º Cn.; y b) Grabaciones telefónicas obtenidas contrariando lo dispuesto en el artículo 24 Cn.

I.1.2.1.2.2 Sentencia del Proceso de Habeas Corpus, referencia 249-2002¹⁹

El peticionario fundamentó su pretensión constitucional en que se vulneró su Derecho a la Inviolabilidad del Domicilio, por no haberse motivado la orden que autorizó el registro y allanamiento en las instalaciones de Metal Wood Sociedad Anónima de Capital Variable, la cual se fundamentó en la existencia de una llamada anónima, sin que se haya realizado ninguna diligencia de verificación de la misma. Y se establece que los Límites al ámbito fundamental de la Intimidad tienen un carácter rigurosamente taxativo, y permiten identificar el objeto protegido, y el contenido de la Garantía, que vendría dado por la Facultad de rechazo que posee el titular frente a toda pretensión ilegítima de entrada.

I.1.2.1.2.3 Sentencia del Proceso Constitucional de Amparo, referencia 118-2002²⁰

¹⁸ SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL de la Corte Suprema de Justicia, del 14/09/2000; Proceso Constitucional de Habeas Corpus; Partes intervinientes: Seferino Mancía Valle vs. Tribunal Sexto de Sentencia de San Salvador, normativa aplicada Art. 24 y 193 Cn.

¹⁹ SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL de la Corte Suprema de Justicia, del 24/02/2003; Proceso Constitucional de Habeas Corpus; Partes intervinientes: Félix Andrés Samayoa Romero y Jorge Alfredo de Jesús Rodríguez vs. Providencia del Juez de Paz de San Salvador; en el proceso penal que se les instruyó por el delito de contaminación ambiental agravada, y comercio y transporte de sustancias peligrosas; normativa aplicada Art. 20 Cn.

²⁰ SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL de la Corte Suprema de Justicia, del 02/03/2004; del Proceso Constitucional de Amparo; Partes intervinientes: Boris Rubén Solórzano vs. DICOM,

El Proceso Constitucional de Amparo se promovió contra DICOM, CENTROAMÉRICA, Sociedad Anónima de Capital Variable, y contra GENERAL AUTOMOTRIZ, Sociedad Anónima de Capital Variable, por considerar que las actuaciones de éstas han vulnerado el Derecho Constitucional a la Intimidad, pues es razonable que se mantenga una base de datos con referencias personales de los individuos que han accedido a un crédito y han incurrido en mora o han pagado como se debe, pero no es justificable ni lícito, que una empresa mantenga su nombre en la base de datos sin su consentimiento y lo comparta con cualquier entidad que le pague por ese servicio. Si la causa por la que fue incorporado a la base de datos ya desapareció, no tiene sentido seguir en la misma.

I.1.2.1.2.4 Sentencia del Proceso Constitucional de Habeas Corpus, referencia 135 – 2005/32 – 2007²¹:

En relación a los siguientes puntos: en primer lugar, por una supuesta Violación a la Correspondencia, de manera que dicha prueba estaba viciada y era Prueba Prohibida, por lo cual no debió ser valorada en Juicio a efecto de configurar la culpabilidad del imputado; en segundo lugar, por haber sido detenido por dos agentes policiales no autorizados para actuar como agentes encubiertos; así también porque la captura se llevó a cabo fuera del lugar donde ocurrieron los hechos investigados; y como último punto por transgredir en el Proceso Penal la Garantía de Audiencia y el Derecho a la Libertad, el Principio de Legalidad y al Debido Proceso al ser identificado como remitente de la correspondencia.

CENTROAMERICA, S.A. DE CV, y contra GENERAL AUTOMOTRIZ, S.A. DE CV, por considerar que las actuaciones de éstas han vulnerado su derecho constitucional a la intimidad; normativa aplicada Art. 2 Cn.
²¹ SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL de la Corte Suprema de Justicia, del 16/05/2008; Acumulado del Proceso Constitucional de Habeas Corpus; Partes intervinientes: Braden Rafael Tobar quien fue condenado en el Tribunal de Sentencia de Sonsonate por atribuírsele la comisión del delito de Tráfico Ilícito, tipo penal previsto en el Art. 33 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas; normativa aplicada: Art. 126 núm. 6° CPr.Pn, relacionado con el Art. 24 Cn.

CAPITULO II. MARCO TEORICO CONCEPTUAL

II.1 La restricción de los Derechos Fundamentales

II.1.1 Fines y principios del Proceso Penal

La Función Penal Estatal es considerada no sólo como una Facultad, sino también como un Deber propio del Estado²², para combatir la delincuencia o la criminalidad; esta función debe cumplirse en forma necesaria, obligatoria y ser, además, autolimitativa.

El Estado logra su Función Penal, a partir del “Jus puniendi”²³, es decir, un poder jurídico que el Derecho objetivo concede al Ente Estatal para garantizar el mantenimiento del Orden Jurídico y restablecerlo cuando ha sido perturbado.

Desde ese punto de vista, el Derecho de castigar es la Facultad que tiene el Estado para actuar de conformidad con las Normas del Derecho, que son su límite; pero a ese Derecho Penal subjetivo, visto como Función Penal del Estado, se le ha señalado una doble característica²⁴ al mismo tiempo que un Poder, es también un Deber; constituye un poder, en tanto y en cuanto únicamente el Estado, por medio de sus órganos legislativos, tiene autoridad para dictar leyes penales; y es un deber, puesto que constituye una garantía indispensable en un Estado de Derecho.

De una manera general, podemos decir que desde sus orígenes, la alteración de la convivencia humana genera una reacción individual, pero dicha reacción pasó desde el jefe de la tribu al príncipe, quien terminó por considerarla un atributo de su persona, y de ahí derivó la soberanía del Estado moderno y como consecuencia la defensa del Derecho, una

²² ALSINA Hugo; “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo II. (Parte General)”;

2a. Edición, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina; 1963, Pág. 19- 20.

²³ ARRIETA Gallegos, Manuel; “El Proceso Penal en Primera Instancia”; 2º Edición; Editorial Jurídica Salvadoreña San Salvador, El Salvador; 1994; Pág. 9.

²⁴ SERRANO, Armando Antonio; Rodríguez, Delmer Edmundo. Campos Ventura; José David. Trejo, Miguel Alberto; “Manual de Derecho Procesal Penal”; Editorial PNUD. San Salvador, El Salvador; 1998.

sustitución de la actividad individual, no voluntaria sino necesaria por el Estado, cuando la Norma Jurídica resulta insuficiente por sí misma para imponer solución al conflicto.

Sucesivamente se va produciendo una mayor intervención de la autoridad de los grupos frente a los hechos que perturban la paz, hasta que el triunfo del Derecho (considerado éste como la organización jurídica de la sociedad), convierte la represión en una Función Penal Estatal perfectamente disciplinada por el derecho en una función esencial del Estado.

Dentro de un Estado de Derecho, el primitivo Derecho Individual de Castigar pasa a ser una Potestad Pública. En efecto, al caer las monarquías, se traslada la soberanía de éstas al pueblo; al nacer los nuevos Estados, a esos pueblos y a los hombres que los forman se les reconocen Derechos y Garantías, estructurándoseles Instituciones para gobernarlos, servirles y protegerlos, asignándose funciones en tres grandes Órganos del Estado: Órgano Ejecutivo, Órgano Legislativo y el Órgano Judicial, independientes y coordinados. Siendo altamente significativo que tanto el reconocimiento de Derechos y Garantías, como la organización del Estado se plasma en la Constitución.

La Constitución de la República establece los principios procesales básicos del ordenamiento jurídico-penal es decir, los presupuestos jurídicos de la función penal²⁵, cuando dispone que:

“Nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley” (Art. 15 Cn.); *“Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa”* (Art. 11 Cn.); *“Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio públicos*

²⁵ Ibíd. Pág. 30 – 31.

en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa” (Art. 12 Cn.).

De las Normas Constitucionales transcritas resultan los siguientes principios:

- a) Nulla poena sine lege, es decir, que la ley penal debe preexistir a toda sanción. Puede decirse, que la pena consiste en un poder autorregulado y controlado. Ello supone la existencia, públicamente conocida, de una Ley Previa que defina con claridad y precisión “al hecho de que se trate”, o “hecho antecedente” y determine explícitamente sus consecuencias jurídico-penales (Nullum crimen sine lege, Nulla poena sine lege).
- b) Nulla poena sine iudicio, la cual hace referencia a que el Proceso Penal debe estar necesariamente regulado por una Ley que lo haga inalterable, considerándose así, en el único medio de aplicar la ley sustantiva. La atribución del poder punitivo mediante un “Juicio Previo”, constituye la llamada Garantía Jurisdiccional, sin cuya plena observancia no se puede hablar de un Estado de Derecho. Es necesario, además, que para la aplicación de la pena se hayan cumplido todas las reglas estrictas del Debido Proceso, en el que estén asegurados el respeto de los Derechos Humanos y las Garantías del imputado. Sin esas garantías, el “Proceso Penal” no tendrá vigencia alguna.
- c) El principio de inocencia, se refiere a que nadie puede ser considerado culpable mientras no se le atribuya dicha calidad mediante sentencia firme.
- d) Nemo iudex sine lege, esto es, que se manifiesta el Principio del Juez Natural como única fuente de la Sentencia Legítima para limitar definitivamente la Libertad.

Por otro lado, el Derecho Penal tiene una doble función²⁶: una de protección de los bienes jurídicos de los ciudadanos y otra de protección de la vigencia de las Normas; así mientras el fin de protección de bienes jurídicos protege las condiciones materiales de la libertad, vida, salud, propiedad, entre otros; el fin de protección de la vigencia de la Norma protege las condiciones subjetivas de desarrollo de esa libertad, en tanto rodea la disposición personal de dichos bienes de un entorno de seguridad y tranquilidad, en este sentido, existe una relación de complementariedad entre ambos fines: la protección de los bienes jurídicos conllevará *eo ipso*²⁷ la protección de la vigencia de las normas.

Una vez establecida la complementariedad en cuanto a qué se protege; a continuación se tratará cómo se protege, al respecto, una de las diferencias básicas entre ambos modelos del Derecho Penal consiste en el hecho que mientras el fin de protección de bienes jurídicos parte de una función directiva de conductas, el fin opuesto sostiene que las normas penales no buscan motivar a los ciudadanos en orden a la evitación de conductas lesivas para los bienes jurídicos, sino que su única función se limita a confirmar la vigencia de las expectativas de comportamiento institucionalizadas en las normas. Así, el mensaje de la norma no dice: **“no lesiones el bien jurídico x”**, sino: **“puedes confiar en que los demás no lesionarán el bien jurídico x”**. Con ello se pretende garantizar al ciudadano un cierto grado de confianza en que terceras personas no lesionarán sus intereses.

Ese mecanismo de protección podría quizá asumirse como el más legítimo, por cuanto, al renunciar a la coacción directa con la amenaza de

²⁶ TERRAGNI, Marco Antonio; “Ciencias Penales Contemporáneas, Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología; Año 2 – Número 4 - 2002”, Editada en el 2003; Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina; 2003; Pág. 295 - 297.

pena, no trata a la persona como enemigo, sino que se limita a reproducir la confianza en las expectativas que el ciudadano tiene del respeto al ordenamiento por parte de terceros, pero a pesar de esa legitimidad cabe preguntarse²⁸: ¿Cómo puede el Derecho Penal garantizar al ciudadano que los demás no vulneraran las normas de conducta si no interpone al mismo tiempo medios encaminados a motivar al respeto de las normas? Una primera tesis plantea que “El Derecho Penal sólo podrá garantizar la confianza en la vigencia de las normas cuando al mismo tiempo interponga un fin directivo de conductas”, dicho mecanismo motivatorio no está basado en la amenaza de pena, sino en el carácter legítimo del Derecho, por lo que los ciudadanos respetan las normas porque las asumen como directrices emanadas de un legislador legítimo.

La segunda tesis establece²⁹: sólo cuando el Derecho Penal establezca medios disuasorios también para los potenciales delincuentes, podrá proteger efectivamente la vigencia de las normas, y aportar un margen razonable de seguridad cognitiva. En otras palabras, si el fin de protección de la vigencia de la norma quiere aspirar a una mínima efectividad —que no deja de ser otro criterio de legitimación del Derecho Penal— debe operar también con la amenaza de pena.

Partiendo de las ideas anteriores el objeto del Derecho Procesal Penal, o sea, de las normas procesales penales encargadas de tutelar principalmente el interés social de reprimir la delincuencia y también el de garantizar la libertad individual, evitando el error y la arbitrariedad, mediante la investigación de la verdad material, realizada por las instituciones a esos efectos creadas, hace referencia, no al objeto del Derecho Procesal Penal,

²⁸ *Ibíd.* Pág. 298 – 300.

²⁹ *Ibíd.* Pág. 304.

sino más bien a la finalidad específica del proceso penal que³⁰ “...es la de obtener, mediante la intervención del juez, la declaración de certeza, positiva o negativa, del fundamento de la pretensión punitiva derivada de un delito, que hace valer por el Estado el ministerio público”. Y se termina diciendo que: *“El contenido del Proceso Penal constituye entonces la declaración de certeza jurisdiccional de las condiciones que determinan, excluyen o modifican la realización de la pretensión punitiva del Estado”*.

En síntesis, la finalidad práctica se cubre en dos aspectos: uno, la declaración de certeza de la verdad, en relación al hecho concreto; y, otro, la aplicación de sus consecuencias jurídicas.

Por lo tanto, el Derecho Procesal Penal tiene por objeto de estudio la función jurisdiccional, de sus órganos y de su ejercicio encaminado a la protección jurídica penal. Son, pues, en otras palabras materia de estudio del Derecho Procesal Penal: la organización de los tribunales y la organización del Proceso Penal.

El Objeto del Proceso es la materia o tema sobre el cual se discute en el Proceso mismo y se decide por el Juez. Se resume en las relaciones jurídicas que pueden ser legítimamente deducidas en él. Por su complejidad éste se divide en: El objeto principal del Proceso y el objeto accesorio.

El objeto principal del Proceso se plantea en tres aspectos:

En primer lugar es absolutamente necesario, constituye su fondo y sin él el proceso mismo no puede surgir. Puede definirse como: “Una determinada relación de Derecho Penal que surge de un hecho que se considera como delito, y se desarrolla entre el Estado y el individuo al cual atribuye el hecho, con el fin de que sea aplicada a este último la Ley

³⁰ SERRANO y Otros. Ob. Cit. Pág. 37 – 38.

Penal”³¹. Se traduce, pues, en una inculpación concreta de un delito a una determinada persona y de parte del Estado.

Este es el objeto principal, porque si falta una inculpación de delito el proceso no puede surgir; presupuesto necesario y suficiente para la incoación del Proceso Penal es el nacimiento de esta relación. Desde luego no es necesario que la relación exista como verdad de hecho; sino que basta con que tenga existencia como hipótesis; la relación en este caso nace como un supuesto de hecho, que debe ser investigado en su existencia real en el proceso. No hay que decir que la repetida relación se hace valer en toda su integridad y no sólo en su aspecto positivo de acusación (inculpación), sino también en el negativo de defensa; se presenta como hecho y como Derecho, como susceptible de una pena o como de una medida de seguridad.

La relación de Derecho Penal de que se trate el objeto principal del proceso, da su fundamento al Proceso Penal, de hecho y Derecho, al expresar el tema sobre el que habrá de desenvolverse el Proceso, y cuya fórmula está en los actos adecuados (órdenes, citaciones) y en la Sentencia, la resolución.

Por lo demás, la relación debe estar bien delimitada (individualidad del objeto) y, su contenido no cambiar durante la marcha del Proceso, ni siquiera en la sentencia (identidad del objeto).

Por último, es fundamental desde el momento en qué otras relaciones jurídicas accesorias sólo pueden deducirse en el Proceso, como veremos, si se refieren al objeto principal y únicamente en tanto éste subsista.

Pero, como ya se ha indicado, el objeto principal del Proceso comprende la relación jurídica que nace del Delito en su integridad, y por ello no sólo del Delito como tal (pena y en su caso, medida de seguridad), sino

³¹ FLORIAN Eugenio; “Elementos de Derecho Procesal Penal”; Bosch Editorial; España, 1983; Pág. 49.

también del delito simplemente como hecho incriminado en la ley penal (sólo medida de seguridad).

En cuanto al objeto accesorio del Proceso Penal éste se diversifica en las siguientes relaciones jurídicas³²:

En su forma más importante, el objeto accesorio puede comprender la relación jurídica patrimonial de resarcimiento del daño (en sentido lato) derivada del delito. El Delito produce siempre un Daño Público consistente en la perturbación de la conciencia social en la alarma que causa entre la colectividad, en el temor que se difunde por la misma, en el ataque contra el Orden Jurídico General: en todo lo cual reside la razón por la que un hecho es reputado como Delito. Sin el elemento del Daño Público el Delito no surge. Pero, además del Daño Público puede producirse por el Delito otro particular, individual o colectivo, es decir, un Daño Patrimonial.

Otra relación jurídica que puede ser llevada como objeto del Proceso es la de resarcimiento del daño que puede pedir el acusado frente a la parte lesionada (delitos perseguibles a instancia de parte) o de la parte civil (delitos perseguibles oficio) en previsión de que pueda ser absuelto, para el caso de que se deduzca tanto de culpa procesal de la parte lesionada o de la civil por haber promovido un Proceso injusto, la primera con su denuncia o querrela, o ejercitando la segunda una acción dolosa o desconsiderada.

Para que la relación pueda ser objeto del Proceso hacen falta tres requisitos³³:

- a) Que el acusado lo pida;
- b) Que mismo sea absuelto;
- c) Que exista incuria, negligencia o dolo en la injusta inculpación

³² *Ibíd.* Pág. 53.

³³ *Ibíd.* Pág. 55 – 56.

En cuanto una parte civil se constituye como tal, la relación puede comprender también al civilmente responsable.

Puede entrar como objeto accesorio del Proceso la relación jurídica de la obligación pago de la multa, obligación que puede surgir frente a determinada persona extraña al delito, pero ligada al autor del mismo por especiales vínculos civiles y dados ciertos presupuestos, así:

- a) Supuestas contravenciones cometidas por quien está bajo la autoridad, dirección o vigilancia de otra persona;
- b) En caso de contravenciones realizadas por representantes, administradores o empleados de personas jurídicas, exceptuados el Estado y el Municipio.

En ambos casos, pues, se trata de responsabilidad civil por el hecho de otro a los efectos del pago de la multa, responsabilidad subsidiaria, respectivamente atribuida a la persona física con relación a sus dependientes, y a la jurídica con relación a sus representantes, administradores o empleados.

Podemos considerar como objeto accesorio del Proceso Penal la obligación de pagar las costas procesales inherentes a cada Proceso; relación jurídica ésta en parte de Derecho Público, en parte de privado. Conviene observar aquí que las costas procesales deben ser separadas en dos categorías: Costas generales y Costas especiales.

Los fines del Proceso Penal se pueden dividir en dos clases³⁴: 1) fines generales; 2) fines específicos.

Los primeros, a su vez se subdividen: a) en fin general mediato, y b) fin general inmediato.

El fin general mediato (es decir, remoto) del Proceso Penal se identifica con el del Derecho Penal en cuanto esta dirigido a la realización del mismo,

³⁴ *Ibíd.* Pág. 58 - 59.

que tiende a la defensa social, entendida en sentido amplio, contra la delincuencia.

El fin general inmediato hace referencia a la aplicación de la Ley Penal en el caso concreto. En efecto el Proceso Penal sirve esencialmente para la actuación en un caso particular de la Ley Penal, la cual no contiene más que previsiones abstractas. Por esto, lo primero que, se hace en el Proceso es investigar si el hecho que se considera como delito ha sido cometido y si el acusado actuó de autor o cómplice o encubridor: después, ver si el hecho constituye Delito, y a continuación, en caso afirmativo declarar la responsabilidad del acusado y determinar las consecuencias penales (pena, medida de seguridad, etc.) que de él se derivan y que en la Ley Penal están indicadas sólo por vía general e hipotética.

Los fines específicos se refieren más bien a la ordenación y desenvolvimiento del proceso y pueden por ello definirse como métodos que han de seguirse para la consecución del fin general inmediato. Los fines específicos pueden reducirse a los dos siguientes:

- a) *Investigación de la verdad efectiva, material, histórica.* El elevado Interés Público que inspira y mueve al Proceso Penal plantea una exigencia a la satisfacción de la cual debe proveer éste lo más eficazmente posible: la realidad de los acontecimientos que son el contenido de hecho del objeto del proceso debe aparecer íntegra, genuina y sinceramente, sin manipulaciones ni restricciones. La búsqueda de la verdad de hecho debe preocupar en el Proceso.

También es cuestión de Interés Público el que los delincuentes sean castigados y los inocentes absueltos sobre la base de lo que son, de lo que han cometido, de lo que han tenido voluntad de hacer. La sentencia del Juez, con la que el proceso termina, no es juzgada favorablemente por la conciencia social y no está de acuerdo con los fines del Proceso si no

responde a la realidad, por lo menos si no es el fruto de una investigación completa y libre de prejuicios.

b) *Individualización de la personalidad del justiciable*³⁵. También este fin se resuelve en realidad en un método. El Proceso Penal obtiene su resultado final en la declaración de responsabilidad o de inocencia o de peligrosidad para la imposición de una medida de seguridad frente a un sujeto al que se le imputa un Delito: en tal caso son indispensables investigaciones tendientes al descubrimiento de la personalidad del mismo. Por lo demás, el fin de la individualización de la personalidad del delincuente está de acuerdo con el principio moderno de Derecho Penal que propugna la individualización de la pena y de la medida de seguridad.

La necesidad de esta investigación se presenta en cuatro extremos:

1. Para juzgar el hecho cometido y si lo ha realizado el acusado;
2. Para declarar o no su responsabilidad y eventualmente su peligrosidad;
3. Para determinar, cuando sea del caso, la sanción que deba aplicarse;
4. Para tomar las medidas necesarias para la ejecución de la pena.

c) Desde el momento en que lo normal es que el Proceso alcance hasta la ejecución, y que el sujeto de la misma es el delincuente, parece acertado que en este estadio se continúe observando la personalidad del mismo, siguiendo y anotando los cambios que vaya experimentando en el curso de la misma, bien se trate de un estado de libertad provisional, bien de una ejecución de pena o medida de seguridad.

³⁵ *Ibíd.* Pág. 60 – 62.

II.1.2 Límites al poder del Estado

Desde la aparición del Derecho en sentido moderno, uno de los factores que ha servido para descubrir su significado ha sido el de los límites. El Derecho se presenta como uno de los instrumentos destinados a organizar las relaciones sociales y por tanto regulador de las conductas de los hombres en la sociedad. No es así extraño que se haya llegado a proclamar que esencialmente, el Derecho es un sistema de límites. Nos encontramos dentro de él con normas que obligan, prohíben o permiten realizar una determinada acción, que otorga competencias y facultades, que reconocen pretensiones, que satisfacen necesidades, que resuelven conflictos etc.

Una de las notas comunes a todas esas normas es la del establecimiento de límites, esta caracterización es compartida, en mayor medida cuando se hace referencia a los derechos fundamentales ya que plantea su relación con el poder, su significado, su concepto y sus funciones.³⁶

Desde este punto de vista los Derechos Fundamentales nacen como límites frente a la soberanía del Estado, constituyen el ámbito que se reserva el individuo ante la autoridad del Estado. Tal soberanía estatal se traduce en la monopolización de la persecución de los hechos delictivos a través del *ius puniendi*, principio que en esencia limita la actividad represiva del Estado, habida cuenta de las aberraciones y arbitrariedades que pudieran ocurrir.

De ahí que el origen histórico de los Derechos Fundamentales inicia con la lucha por limitar la actuación del Poder Político y Religioso que afecta determinados ámbitos de libertad del ser humano; cabe destacar que la idea

³⁶ DE ASIS, Rafael; “Las Paradojas de los Derechos Fundamentales como Límites al Poder”, Editorial Dykinson, Madrid, 2000 pág. 15; citado por VALDIVIESO Marín, Carlos Humberto y otros; en su tesis de grado para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas; titulada: “Validez y Eficacia Probatoria de la Información Producto de la Violación al Derecho a la Intimidad en el Proceso Penal”; Universidad de El Salvador; 2003; Pág.37-38.

de la Constitución surge como instrumento para limitar la actuación del poder político.³⁷

Es tal el valor de los Derechos Fundamentales que hoy en día es prácticamente aceptada su calidad de *Ius Cogens*; es decir, Derecho Internacional necesario, no disponible por la voluntad de los Estados, ya que constituye un límite objetivo a la soberanía de los Estados.

II.2 Breve Reseña Histórica de los Derechos Fundamentales

Los orígenes históricos de los Derechos Fundamentales surgen de ideas como la igualdad de las personas y la concepción del individuo como el centro del deber ser moral; a partir de lo expresado podemos afirmar que las corrientes de pensamiento denominadas estoicismo (que propugnada la unidad de los hombres) y el cristianismo (que defendió la igualdad del ser humano ante Dios) fueron las bases sobre las cuales se sustentaron lo que actualmente se conoce como Derechos Fundamentales³⁸.

Tales corrientes de pensamiento permitieron construir la concepción *Ius Naturalista Medieval* la cual propugna la existencia de los Derechos por la misma naturaleza humana como creación divina sin necesidad de la intervención de sistema jurídico alguno.³⁹ Pero es a partir de las promulgaciones Constitucionales que se habla propiamente de Derechos Fundamentales.

El término Derechos Fundamentales o “*droits fondamentaux*”, aparece en Francia hacia el año 1770, en el marco del movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789. Dicha expresión alcanzó relevancia en Alemania, donde bajo la

³⁷ DE ASÍS, Rafael; Pág.17; citado por VALDIVIESO Marín, Carlos Humberto y otros; Ob. Cit.; pág. 38-39.

³⁸ JOYA Membreño, Ana Claudia; “Responsabilidad por la Violación de los Derechos a la Dignidad Humana, a la Intimidad, a la Libertad y la Defensa Mediante Actos De Investigación En El Proceso Penal”, Tesis de grado para optar al Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas; Universidad de El Salvador; 2000 Pág. 22.

³⁹ Ob. cit. Pág. 22.

denominación de los “Grundrechtse” ha articulado de modo especial tras la Constitución de Weimar de 1919, el sistema de relaciones entre el individuo y el Estado, en cuanto fundamento de todo el orden jurídico-político, cabe destacar que este sentido continua vigente en el actual “Grundgesetz de Bom” o Ley Fundamental de la República Federal Alemana promulgada en el año 1949.”⁴⁰

II.3 Concepto de los Derechos Fundamentales

Según el teórico Gutiérrez Castro, los Derechos Fundamentales “han estado en constante evolución y desarrollo tanto en su formación, alcance y contenido, así como en su sistema de protección; en cuanto a manifestación de un orden cultural, son el resultado de un Proceso que involucra multiplicidad de factores”, y es que los Derechos Fundamentales adquieren sentido en atención a coordenadas de tiempo y lugar, es decir, según, exigencias, valores y necesidades (entiéndase condiciones antropológicas, sociales, económicas, políticas e históricas) del conglomerado social.”⁴¹

Efectivamente, los Derechos Fundamentales han evolucionado atendiendo exigencias sociales de los conglomerados sociales y esto a su vez, ha causado las diferentes concepciones que se tienen de los mismos. Puede afirmarse que una conceptualización de los derechos fundamentales se verá influenciada por la corriente de pensamiento del teórico que pretende tal conceptualización. Es de tener presente que en la conceptualización de los Derechos Fundamentales no existe concepto unitario estricto, ya que ésta condicionado por la óptica que cada autor tiene sobre la naturaleza de los derechos y sus alcances.⁴²

⁴⁰ PEREZ Luño, Antonio E. citado por VALDIVIESO Marín, Carlos Humberto y otros; Ob.cit.; Pág.32-33.

⁴¹ GUTIÉRREZ Castro, Gabriel Mauricio, Catálogo de Jurisprudencia, Derecho Constitucional Salvadoreño; Publicación de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador; 1993; Pág.119; Ibíd.; Pág.34.

⁴² Ibíd.

Es prudente recordar que el concepto de Derechos Fundamentales no es unitario, sino que depende de la corriente ius – filosófica que retome cada autor.

Por lo que para la presente investigación se considera más adecuada la caracterización jurisprudencial de los Derechos Fundamentales que la Sala de lo Constitucional hace en relación con el concepto de Derechos Fundamentales, explicando que con dicho término *“se hace referencia a las facultades o poderes de actuación reconocidos a la persona humana como consecuencia de exigencias ético–jurídicas derivadas de su dignidad, libertad y su igualdad inherente, que han sido positivadas en el texto constitucional y que, en virtud de dicha positivación, desarrollan una función de fundamentación material de todo el ordenamiento jurídico, gozando así mismo de la supremacía y la protección reforzada de las que goza la Constitución”*⁴³

Los Derechos Fundamentales suponen límites no sólo para el Estado sino también para los particulares; tal como lo ha reconocido la SC en su jurisprudencia indicando: *“Los Derechos Fundamentales son categorías jurídicas que constituyen el núcleo central de la esfera jurídica del individuo exigibles frente a otros sujetos de Derecho -Estado y Particulares- que engendran en éstos últimos deberes y obligaciones; es decir, se trata de verdaderos Derechos generadores de una situación activa de poder concreto, que se traduce en exigencias deducibles al Estado y a los otros particulares”*⁴⁴

⁴³ VER SENTENCIA de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; del 23 – III – 2001; considerando VI N° 1; dictada en el Proceso de Inconstitucionalidad Ref. 8 – 97.

⁴⁴ VER SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL de la Corte Suprema de Justicia; del 23–IV–2001, dictada en el Proceso de Inconstitucionalidad Ref. 15 – 95 citada en el Considerando 4 2.1 del proceso Constitucional de Habeas Corpus del 16-V–2008, Ref. 135 – 2005, acumulado a la Ref. 32 – 2007.

II.4 Limitabilidad de los Derechos Fundamentales

Existe un consenso por los doctrinarios que los Derechos no son absolutos y que pueden llegar a ser objeto de restricciones por parte del poder del Estado, y aún la misma Constitución contempla posibilidades de restricción a los Derechos Fundamentales pero aquí es donde se hace prudente hablar de los denominados “límites a los límites” y que bajo la doctrina de “El contenido esencial” la cual propugna que un derecho puede ser regulado pero sin llegar al grado de alterarlo, y la alteración se produce cuando no se respeta su contenido esencial.

Así Asencio Mellado⁴⁵, afirma que no existen en realidad “Derechos Fundamentales” estrictamente ilimitables, siendo así que de lo contrario se frustraría de antemano el éxito de cualquier investigación penal, si bien, del mismo modo, la restricción de los Derechos Fundamentales ha de acomodarse en cada caso a los siguientes requisitos:

II.4.1 Reserva Jurisdiccional

Dicho principio se encuentra regulado en el Art. 172 Inc. 1º Cn el cual establece:

“La Corte Suprema de Justicia, Las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias, integran el Órgano Judicial. Corresponde únicamente a este Órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso administrativo, así como en las otras que determine la Ley”⁴⁶.

El denominado principio de exclusividad hace referencia a que cualquier posible conflicto que surja en la vida social puede o ha de ser solucionado en

⁴⁵ ASECIO Mellado, José María; “Prueba Prohibida y Prueba Preconstituida”; Editorial Trivium SA.; Madrid España; 1989; Pág. 92.

⁴⁶ VER SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL de la Corte Suprema de Justicia en el Proceso de Inconstitucionalidad Ref. V – 99, del 20 – VII – 1999, considerando V N° 1.

última instancia por los jueces y tribunales independientes y predeterminados por la ley.

En esta Norma de Rango Constitucional se monopoliza la Jurisdicción en todos aquellos aspectos que supongan alguna Limitación o Restricción a los Derechos y Libertades reconocidos a los ciudadanos, el referido principio implica necesariamente que la Autoridad Judicial en esta materia no sólo ha de tener la última palabra, esto es, no únicamente le compete un control “a posteriori” de los actos restrictivos y ordenados por otros sujetos sino que, por el contrario, a ella le corresponde también la emisión de la “primera palabra”.

II.4.2 Principio de proporcionalidad, este principio involucra las siguientes exigencias⁴⁷:

1ª Actuar sobre la base de una sospecha de intensidad relevante, es decir, que toda medida limitativa de Derechos Fundamentales se justifique sobre la base de una imputación delictiva, evitando adoptar de forma indiscriminada su situación procesal.

2ª Indispensabilidad de la medida a los efectos de la investigación, este término viene a ser sinónimo de “necesidad”, lo anterior implica que se valorará la esencialidad de la intromisión a los efectos de la actuación del Ius Puniendi de forma que sea estimable la actuación dada la frustración de la investigación en caso contrario.

3ª Adecuación entre la intromisión en el Derecho y la gravedad de los hechos indagados y la pena a imponer, esto hace referencia a una necesaria proporción entre la intromisión en el Derecho y la gravedad del delito investigado.

⁴⁷ ASECIO Mellado, Ob. Cit; Pág. 96 – 97.

Por otra parte González Cuellar – Serrano establece que el principio de proporcionalidad reclama que las medidas restrictivas de los Derechos tutelados se encuentren previstas por la ley y sean necesarias en una sociedad democrática para alcanzar ciertos fines legítimos previstos. Éste puede descomponerse en ciertos presupuestos y requisitos, con el objeto de construir una estructura coherente para su aplicación en el Derecho procesal penal.

El principio de proporcionalidad se asienta sobre dos presupuestos⁴⁸, uno formal, constituido por el principio de legalidad, y otro material, el principio de justificación teleológica. El primero exige que toda medida limitativa de Derechos Fundamentales se encuentre prevista por la ley y puede ser considerado un presupuesto formal porque no asegura un contenido determinado de la medida, pero sí es un postulado básico para su legitimidad democrática y garantía de previsibilidad de la actuación de los poderes públicos. El segundo presupuesto, de justificación teleológica, se define como «material» porque introduce en el enjuiciamiento de la admisibilidad de las intromisiones del Estado en la esfera de derechos de los ciudadanos, los valores que trata de salvaguardar la actuación de los poderes públicos y que precisan gozar de la fuerza Constitucional suficiente para enfrentarse a los valores representados por los Derechos Fundamentales restringidos. El principio de proporcionalidad requiere que toda limitación de estos Derechos tienda a la consecución de fines legítimos. En este lugar se analiza el fin en sí mismo considerado.

Además el principio de proporcionalidad exige que las medidas limitativas cumplan ciertos requisitos de diversa naturaleza. Un primer grupo está formado por los requisitos extrínsecos al contenido de las medidas.

⁴⁸ GONZÁLEZ - Cuellar Serrano. Nicolás; “Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal”; Editorial COLEX; Madrid, España; 1990; Pág. 69.

Pueden, a su vez, dividirse en los requisitos de judicialidad, que reclama en algunos casos la intervención decisiva de un órgano jurisdiccional en la adopción de la injerencia, y de motivación, los requisitos intrínsecos, relativos al contenido de la actuación estatal en concreto, están constituidos, aceptando la construcción elaborada por la Jurisprudencia y la Doctrina Alemanas, por los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

II.4.2.1 Principio de legalidad

El Rango Constitucional del principio de proporcionalidad se afirma en el principio de legalidad, en el que en un Estado democrático de Derecho expresa el principio de supremacía de las Leyes (la primera de las cuales es la propia Constitución), del cual se deriva la vinculación positiva a la Ley de Órgano Ejecutivo y del Judicial y la reserva de ley para la regulación de ciertas materias, entre las que se encuentra la limitación de los Derechos y libertades de los ciudadanos⁴⁹.

La razón por la cual se ha considerado al principio de legalidad como presupuesto del principio de proporcionalidad; es que el principio de proporcionalidad se instrumenta mediante la realización de contrapesos de los intereses en conflicto involucrados en el supuesto concreto, ya que pretende «relativizar⁵⁰» las Disposiciones Legales para individualizar así la Actividad Estatal de Coacción, según las circunstancias particulares del caso. No obstante, hipotéticamente, cabría pensar también en un contrapeso de intereses «supralegal», desligado de las garantías establecidas por la Ley, que condujera incluso a la posibilidad de adopción, por parte de Órganos jurisdiccionales administrativos.

⁴⁹ COBO y VIVES, «Derecho penal. Parte General», Valencia, 1987, p. 48.; Citado por González - Cuellar Serrano; Ob. cit.; Pág. 70.

⁵⁰ *Ibíd.*

Si se acepta el contrapeso «supralegal» de valores para justificar el incumplimiento de la Ley, en perjuicio del grado de protección de los Derechos individuales establecido, se abre una brecha en el principio de legalidad y se asigna al principio de proporcionalidad una función perversa que, lejos de favorecer los Derechos Fundamentales del ciudadano, hace perder al principio su finalidad de límite de las restricciones, permitiéndose con ello al Estado enmascarar con argumentos pseudojurídicos actuaciones arbitrarias⁵¹. Resulta necesario, en consecuencia, concebir el principio de legalidad como presupuesto del principio de proporcionalidad en el ámbito de las restricciones de los Derechos Fundamentales⁵².

El principio de legalidad en el Proceso Penal, más que hablar del principio «nullum crimen, nulla poena sine lege», habla del principio «nulla coactio sine lege»⁵³. La ley procesal debe tipificar tanto las condiciones de aplicación, como el contenido de las intromisiones de los poderes públicos en el ámbito de los Derechos Fundamentales de los ciudadanos.⁵⁴

Los Requisitos que ha de observar la Ley Procesal que tipifique las medidas restrictivas de Derechos Fundamentales, según la Doctrina Penal debe concurrir una triple exigencia, derivada de la vigencia del principio de legalidad penal; la Ley ha de ser «scripta», «stricta» y «praevia» (exigencias aceptadas y aplicadas por la Jurisprudencia Constitucional, que las entiende incluidas en los Artículos 11, 12 y 15 Cn⁵⁵). El principio de legalidad penal es

⁵¹ HIRSCHHERG, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», Göttingen, 1981, pp. 192, 196 y 197; Citado por González - Cuellar Serrano; Ob. cit.; Pág.71.

⁵² Como ZIMMERLI señala, la inobservancia del principio de legalidad evita toda discusión posterior sobre el principio de proporcionalidad. «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öffentlichen Recht», Basel, 1978, pág. 25; *Ibíd.*

⁵³ VIDE Eberhard SCHMIDT, «Zur Lehre von den strafprozessualen Zwangsmassnahmen», N.J.W., 1962, p. 665; Citado por González - Cuellar Serrano; *Ibíd.*; Pág. 77.

⁵⁴ JIMÉNEZ CAMPO, «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones», R.E.D.C. 20/87, p. 65; *Ibíd.*

⁵⁵ Art. 11.- Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa.

una concreción del principio general de legalidad, al igual que el principio de legalidad procesal penal. Lo anterior significa que la triple exigencia no es exclusiva del Derecho Penal, sino que se extiende también al ámbito del principio de legalidad procesal penal.

II.4.2.1.1 Requisitos extrínsecos

a) Judicialidad

El principio de proporcionalidad no sólo impone determinadas exigencias en relación con el contenido de las medidas limitativas de Derechos Fundamentales, sino también el cumplimiento de ciertos requisitos, relativos al sujeto actuante y a la forma de la resolución mediante la que se adoptan las injerencias, es decir, al requisito extrínseco «subjetivo» de «judicialidad». La consideración de la judicialidad como requisito de la proporcionalidad, se basa en el hecho que son precisamente los Órganos Judiciales, los Constitucionalmente previstos para garantizar de forma inmediata la eficacia de éstos Derechos y, por ello, queda en todo caso sometida a su juicio la decisión sobre las medidas limitativas, desde la perspectiva del caso concreto; sin que el legislador se encuentre autorizado para privar a los Jueces de un margen de apreciación en esta materia que

La persona tiene derecho al habeas corpus cuando cualquier individuo o autoridad restrinja ilegal o arbitrariamente su libertad. También procederá el habeas corpus cuando cualquier autoridad atente contra la dignidad o integridad física, psíquica o moral de las personas detenidas.

Art. 12.- Toda persona a quien se le impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa.

La persona detenida debe ser informada de manera inmediata y comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza al detenido la asistencia de defensor en las diligencias de los órganos auxiliares de la administración de justicia y en los procesos judiciales, en los términos que la ley establezca.

Las declaraciones que se obtengan sin la voluntad de la persona carecen de valor; quien así las obtuviere y empleare incurrirá en responsabilidad penal.

Art. 15.- Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley.

les permita calibrar el peso de los intereses en conflicto estableciendo normas de efectos automáticos .

Todo ello, claro está, sin perjuicio de las posibilidades de control posterior de las decisiones judiciales.

La intervención decisiva de un Órgano Judicial en la restricción de ciertos Derechos Fundamentales, ya sea un Derecho Subjetivo, Fundamental o no, puede ser provocada de hecho por la actuación de particulares o de los poderes públicos.

Pero, como se ha advertido, para que la limitación de ciertos Derechos Fundamentales, especialmente tutelados, sea Constitucionalmente legítima es necesario que en su adopción intervenga decisivamente una Autoridad Judicial; es decir, el cumplimiento del requisito extrínseco subjetivo de judicialidad.

Ciertos Derechos Constitucionales solo pueden ser restringidos con la autorización de un Órgano Judicial, por resolución motivada; intervención que ha de ser necesariamente previa a la limitación de ciertos Derechos o producirse de modo inmediato tras la restricción de otros. En materia de restricción de Derechos Fundamentales, se ha dicho, los Jueces no deben tener la última, sino la primera palabra⁵⁶.

Nuestra Constitución reserva expresamente a los Jueces la primera palabra para restricción de determinados Derechos Fundamentales: el Derecho a la libertad (art. 2, 3 y 11 Cn.); la Inviolabilidad del domicilio (art. 20 Cn.); el Secreto de las comunicaciones (art. 24 Cn.); la Libertad de expresión (art. 7 Cn.). Como se desprende de la lectura de los Preceptos Constitucionales a los que se ha hecho referencia, el momento en que debe

⁵⁶ KERN y WOLF, «Gerichtsverfassungsrecht», München, 1979, p. 21, citado por GIMENO, «El proceso de Habeas Corpus», Madrid, 1985, p. 19; Citado por González - Cuellar Serrano; Ob. cit.; Pág. 110.

pronunciarse la Autoridad Judicial y el carácter de su actuación en cada caso no es idéntico.

b) La motivación de las resoluciones judiciales limitativas de Derechos Fundamentales

El Deber de motivación de las resoluciones judiciales restrictivas de Derechos Fundamentales que pueden ser adoptadas en el Proceso Penal es un requisito extrínseco formal para la Constitucionalidad de dichas medidas, desde una óptica de respeto por el principio de proporcionalidad. Es una exigencia derivada de un Estado Democrático de Derecho.

El Fundamento del deber de motivación hace referencia a un múltiple fundamento del Deber Constitucional de motivación, su imposición no obedece sólo al interés por la protección directa de los Derechos Fundamentales de los ciudadanos, sino que responde también en forma indirecta también a la consecución de aquel fin, es de hacer notar su función como instrumento necesario al servicio de la erradicación de la arbitrariedad en la actuación de los Órganos Judiciales y como Garantía de la efectiva aplicación del Derecho. En definitiva refleja ante la sociedad en general el respeto de Jueces y Tribunales por el Sistema Constitucional de fuentes. Históricamente, como ORTELLS ha expuesto con detalle, «el deber de motivación de las sentencias se establece de modo simultáneo en casi todos los casos al de la creación de un nuevo Derecho» con el objeto de garantizar su aplicación por la Judicatura⁵⁷.

Además, la Fundamentación externa de las decisiones judiciales es necesaria para facilitar el control, por parte de los Órganos Jurisdiccionales superiores, de la corrección de la aplicación de las Normas Jurídicas

⁵⁷ VIDE ORTELLS, «Origen histórico del deber de motivar las sentencias», R.D.P.ib., 1977, n 4, pp. 899 a 932; Citado por González - Cuellar Serrano; Ob.cit.; Pág. 142.

realizada por los inferiores, mediante el conocimiento de los recursos y también, como es obvio, cuando los órganos encargados del control no pertenecen al Órgano Judicial o a instancias supranacionales. Todo ello para la Defensa del Derecho Objetivo mediante la protección de los Derechos Subjetivos.

También una adecuada comprensión de la actitud propia de los Órganos Jurisdiccionales en una sociedad democrática aconseja la motivación de sus decisiones si pretenden mantener su prestigio. El convencimiento de la sociedad de que los Jueces no actúan movidos por criterios arbitrarios, sino sometidos a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico, es esencial para la continuidad de su «auctoritas», nota esencial de la Jurisdicción “.

Por último, antes de analizar el deber de motivación directamente desde el punto de vista de los Derechos de los ciudadanos, podemos citar otros fines o ventajas de su imposición: por un lado permite el conocimiento de la Doctrina Jurisprudencial; por otro contribuye al logro de una mayor perfección técnica de las resoluciones al obligar a los Jueces a reflejar por escrito sus operaciones intelectivas.

II.4.2.1.2 Requisitos intrínsecos

a) Idoneidad

El principio de idoneidad constituye un criterio de carácter práctico, establecido en la Prohibición Constitucional de exceso, que hace referencia, tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva, a la causalidad de las medidas en relación con sus fines y exige que las injerencias faciliten la obtención del éxito perseguido en virtud de su adecuación cualitativa,

cuantitativa y de su ámbito subjetivo de aplicación⁵⁸. Quedando excluido, desde la perspectiva de la idoneidad, el estudio de otras medidas que pudieran ser más eficaces. Se toma en consideración únicamente si la medida es o no adecuada, sin perjuicio de la importancia que pueda alcanzar, en el control más amplio de la proporcionalidad, medidas de igual, mayor o menor eficacia que resulten menos gravosas para los ciudadanos. Esta última cuestión pertenece propiamente al principio de necesidad o intervención mínima; las notas esenciales que cabe extraer de lo anterior son las siguientes: a) constitucionalidad; b) carácter empírico del principio; c) flexibilidad y d) aplicabilidad tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva.

b) Necesidad

Consiste en que la medida aplicada debe resultar de una comparación de todas las que permiten lograr el objetivo perseguido (todas las idóneas) prefiriendo entre éstas la menos grave. Por ejemplo para efectuar un Registro se puede entrar con la tolerancia del morador, al saber de una orden judicial que lo autoriza o también ejerciendo violencia al derribar la puerta de la casa. La primera forma es menos grave que la segunda, y por eso la ley exige que antes de allanar una morada se haga la prevención respectiva (Art. 192 CPr.Pn)⁵⁹.

Según González Cuellar – Serrano⁶⁰, el principio de necesidad, también denominado “de intervención mínima” “de la alternativa menos gravosa” o “de subsidiariedad”, es un subprincipio del Principio Constitucional de prohibición de exceso que tiende a la optimización del grado de eficacia de los Derechos

⁵⁸ *Ibíd.*; Pág. 154.

⁵⁹ CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA, Escuela de Capacitación Judicial; “Taller sobre Actos de Investigación y de Prueba en el Proceso Penal”; Junio a Noviembre de 2000; San Salvador, El Salvador; Ideas Básicas II; Pág. 3 - 4.

⁶⁰ GONZÁLEZ Cuellar – Serrano; *Ob. cit.*; Pág. 189.

individuales frente a las limitaciones que pudieran imponer en su ejercicio los Poderes Públicos. Obliga a los Órganos del Estado a comparar las medidas restrictivas aplicables que sean suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido y a elegir finalmente aquella que sea la menos lesiva para los Derechos de los ciudadanos.

Tres notas esenciales se extraen:

1. El principio de intervención mínima es un Principio Constitucional,
2. Es un principio comparativo, y
3. Tiende a la optimización del grado de eficacia de los Derechos individuales limitados.

c) Principio de Proporcionalidad en Sentido Estricto.

Implica que entre el sacrificio o la afectación del Derecho Fundamental que significa la medida y la importancia del interés Estatal que se trata de salvaguardar, debe existir una relación de equilibrio o moderación⁶¹. Esto supone una ponderación, contrapeso o valoración de los intereses enfrentados: el interés de eficacia en la investigación como presupuesto para la aplicación del Derecho Penal y el interés de respeto y protección a los Derechos Fundamentales de las personas. Como el segundo no es un interés exclusivamente individual, **la cuestión no es tan simple para afirmar que prevalece en todo caso el interés de la sociedad.**

Existen cinco consecuencias claras de este requisito:

Mientras más grave sea la restricción al Derecho Fundamental, más “fuerte” debe ser la información que permite atribuir el hecho delictivo a la persona afectada con la medida, es decir, que la imputación penal debe ser mayor.

⁶¹ CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA; Ob. Cit.; Pág. 4 – 5.

Mientras más grave sea la medida, más seguro debe ser el cálculo de probabilidades de éxito a obtener con la misma.

La intensidad de la afectación al Derecho debe estar en relación con la gravedad del hecho que se investiga.

Cuanto más grave la medida, deben extremarse o aumentarse las garantías que en su ejecución, permitan evitar un excesivo sacrificio del Derecho.

Si la regla de oro en esta materia es la atención a las circunstancias del caso concreto, ello refuerza la exigencia que toda decisión que aplique una medida restrictiva de Derechos Fundamentales debe ser adecuadamente motivada.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto⁶² es el tercer subprincipio del Principio Constitucional de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio y se aplica, una vez aceptada la idoneidad y necesidad de una medida, con el fin de determinar, mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto.

II.4.2.2 Justificación Teleológica

Un segundo presupuesto del principio de proporcionalidad está constituido por el principio de justificación teleológica. No es éste ya un presupuesto formal, base para una construcción sólidamente garantista del sistema de medidas limitativas de Derechos en el Proceso Penal, como es el principio de legalidad. Se trata de un presupuesto material que introduce uno de los términos en que se basa el esquema medio-fin que subyace a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto: al fin de la injerencia se refiere su idoneidad; y su necesidad, en comparación

⁶² GONZALEZ Cuellar – Serrano; Ob. cit.; Pág. 225.

con otros posibles medios alternativos; e igualmente la justificación teleológica introduce en la ponderación de valores que ha de realizarse en el marco de la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto aquellos valores que tratan de ser protegidos por la adopción de la medida limitativa.

Las restricciones de los Derechos y Libertades se justifican por orientarse hacia un fin legítimo si los medios empleados para alcanzarlo son adecuados y «necesarios en una sociedad democrática». El campo propio de aplicación del principio de proporcionalidad es el del enjuiciamiento de la Constitucionalidad de los medios, pero previamente es preciso determinar cuál es la finalidad pretendida en la adopción de las injerencias. Si el fin hacia el que las medidas se orientan es ilegítimo o irrelevante no resulta necesario descender al estudio de los medios empleados. La medida ha de reputarse de antemano inadmisibile por ser absolutamente arbitraria.

Si afirmamos que «el fin es el creador de todo Derecho», utilizando palabras de LARENZ, «el legislador debe concebir sus reglas como medios idóneos para alcanzar los fines perseguidos, y los fines de la regulación juegan un papel decisivo en la interpretación de la norma»⁶³

En materia de restricción de Derechos Fundamentales, campo de batalla de los intereses sustentados sobre los valores más relevantes para la comunidad, la búsqueda de los fines se presenta como misión ineludible en la tarea de enjuiciamiento Constitucional.

⁶³ LARENZ, Karl; «Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica», Madrid, 1985, p. 42 (Trad. DÍEZ-PICAZO). Citado por González - Cuellar Serrano; Ob. cit.; Pág. 100.

II.4.3 Garantías en la Ejecución de la Suspensión del Derecho⁶⁴

Significa exigir el cumplimiento de determinadas condiciones por el personal ejecutante de las medidas limitativas de Derechos Fundamentales, el cual tiene como sentido específico la inquebrantable necesidad de garantizar en todo caso y situación la vida y la salud física y mental del imputado, cabe destacar que los anteriores no se subordinan a investigación penal alguna. Es decir, cuál ha de ser la consecuencia de la NO realización del acto por personal especializado en los casos en que la norma imponga este requisito; así como la posible atentación a la imparcialidad que supone que los órganos investigadores lleven a cabo los actos de ejecución limitativos de Derechos. Pues ha de analizarse caso por caso, y datos tales como: el interés tutelado por la norma, el modo de actuar de quien ordena la intervención, la gravedad del hecho investigado, la conducta del imputado, el peligro en el retardo, etc., y claro la debida confianza en comportamientos de los Órganos Estatales de investigación Penal.

Al respecto la Sala de lo Constitucional se ha pronunciado y ha manifestado que el Ordenamiento Jurídico establecido por la Constitución impone el reconocimiento de ciertas Garantías a los gobernados, a las que se considera indispensables para asegurar la vigencia de los Derechos Fundamentales y del Orden Constitucional, determinando en ellos un reducto indispensable por el Legislador Secundario, pero estas garantías son desconocidas cuando su desarrollo legal las limita o vuelven migratorias, de tal modo que les priva de sus posibilidades de existencia real, tales son los límites para el desarrollo de los Principios Constitucionales por las normas de rango inferior a la Carta Magna. En este sentido el Honorable tribunal constitucional reconoce los límites a la facultad restrictiva del Estado, refiriéndose especialmente al legislador secundario pero además en otra

⁶⁴ *Ibíd.* Pág. 99 – 102.

decisión del Honorable tribunal hizo mención a la limitación que también es oponible a los operadores de Justicia, diciendo que ellos además están sometidos a la Ley y a la Constitución, pero más allá de un simple sometimiento a la Ley es un sometimiento a la Constitución, dejando así, la idea de tutelar efectivamente los Derechos, Principios y Garantías de Rango Constitucional.

II.5 Garantía del Debido Proceso

Antes de tratar lo relativo a la Garantía del Debido Proceso, es necesario delimitar que se entiende por Derecho, Principio y Garantía, así la verdadera eficacia de los Derechos Esenciales de la persona humana, entendidos estos como cualidades o valores esenciales, reconocidos universalmente como inmanentes o connaturales al ser humano, nuestra constitución prevé ciertas GARANTIAS, es decir, acciones o procedimientos a los que puede acudir una persona cuyos Derechos han sido desconocidos o violados, para que se restablezca el goce y ejercicio de su Derecho vulnerado⁶⁵.

Es bajo la denominación de Debido Proceso, que la Ciencia del Derecho, engloba al conjunto de GARANTIAS Judiciales que permiten el aseguramiento efectivo de los Derechos Fundamentales de todos los ciudadanos fijando los límites al poder sancionador (Jus Puniendi) de los Estados de Derecho.

La diferencia entre Derecho y Garantía es abordada por el afamado jurisconsulto ecuatoriano, Dr. Carlos Salmon Alvear, quien en su obra

⁶⁵ ALMEIDA Villacís; John; “La Vigencia de las Garantías Constitucionales del Debido Proceso; extraído el 24 junio de 2010 de Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil Ecuador de http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=105&Itemid=37; Pág. 311.

llamada: "El Régimen Procesal del Amparo Constitucional en el Ecuador", afirma⁶⁶:

"Los Derechos son aquellas facultades, cualidades o valores atribuidos -necesariamente- a las personas, a fin de que éstas cuenten con las condiciones indispensables para su debida subsistencia y desenvolvimiento.

Estas potencialidades son reconocidas como consustanciales para su titular, independientemente de cualquier tipo de consideración particular".

En lo referente a las GARANTIAS, el jurista aborda el tema al explicitar:

"Son aquellos medios procesales con los cuales se asegura el cumplimiento, respeto o reintegro de los derechos constitucionales, frente a los atentados -eventuales o no- que pudiesen ejecutar respecto de ellos las autoridades públicas, con lo que se lograría, la plena eficacia de aquellos. Es decir, la Garantía sigue al Derecho como la sombra al cuerpo, y se constituye en su escudo protector".

El concepto de Garantía se sustenta en la idea de seguridad y confianza que deben regir a las relaciones jurídicas. El desenvolvimiento de una sociedad en un Estado de Derecho descansa sobre un conjunto de GARANTIAS y seguridades enunciadas en nuestra Constitución, en la mayoría de los casos como declaraciones programáticas, desarrolladas en determinadas Leyes, que posibilitan las interrelaciones de los ciudadanos con el Estado y la de los ciudadanos entre sí.

De tal manera que en toda sociedad que presume de vivir en democracia, aquellos derechos que son inherentes a cada uno de sus miembros, sus respectivas GARANTIAS y el Estado de Derecho, constituyen una relación en la que cada uno de los elementos que la componen, se define y complementa en función de los demás.

El Debido Proceso, es una conquista paulatina de la humanidad que durante mucho tiempo estuvo sumida en el oscurantismo, que se

⁶⁶ SALMON Al Vear, Carlos; "El Régimen Procesal del Amparo Constitucional en el Ecuador"; Editorial Ediho. Año 2002, Guayaquil, Ecuador. *Ibíd.* Pág. 312.

manifestaba en un principio a través de prácticas arcaicas denigrantes al ser humano y más tarde en abusos, arbitrariedades y excesos empleados para sojuzgar al pueblo por parte de gobiernos autócratas. Por tanto, era necesario el fijar un límite legal al poder represivo del Estado que si bien hasta hoy no ha logrado evitar su desbordamiento, por lo menos después de muchos siglos de injusticias y atropellos, ha permitido atenuarlo.

En las épocas primitivas de la humanidad no existía Proceso sino autojusticia, esto es venganza. Los poderosos y los fuertes disponían, a su arbitrio, de la vida, la libertad y los bienes de los débiles y sometidos, pues la historia de los Derechos Humanos es, a grandes rasgos, la lucha incesante de los oprimidos contra los opresores, que siempre han sido mayoría, contra los grupos de explotadores⁶⁷.

Los autores traducen la expresión utilizada por la Constitución de los Estados Unidos de América en sus enmiendas V y XIV “Due Process of Law” de la siguiente manera: “Due Process of Law = Debidas Formas Legales.”⁶⁸

Pero la idea del Debido Proceso tiene sus orígenes históricos en la Carta Magna expedida en Inglaterra por el Rey Juan en 1215, pero inicialmente para reconocer Derechos Feudales. En ella se utiliza la frase: “Per Legem Terrae”, expresión que es fundamental para la evolución posterior y que según Couture en su contexto actual podría ser equivalente a la “Garantía de Ley Preexistente”. Es hasta el año de 1534 cuando la Magna Carta es expedida por el rey Eduardo III (aparece por primera vez en idioma inglés) en lugar de la expresión Per Legem Terrae, la expresión “Due

⁶⁷ CAMARGO, Pedro Pablo: "El Debido Proceso", Editorial Leyer, Santa Fe de Bogotá, Año 2002. Página 19; Citado por ALMEIDA Villacís, John; Ob. cit.; Pág. 313.

⁶⁸ CONTRERAS Hernández, Rosa Ismelda y otros, “El Debido Proceso y la Aplicación de Medidas de Protección Social a Niños Amenazados y Vulnerados en su Derecho por parte del ISNA”, Tesis de Grado para obtener el Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, Diciembre 2003. Pág. 1.

Process of Law”.⁶⁹ Dicho término es el que retoma la anteriormente citada Constitución Estadounidense y que dio origen a la doctrina de la Garantía del Debido Proceso.

Podemos afirmar que el Proceso Penal es la actividad del Estado donde se manifiesta la potestad soberana a través de la cual ejerce el Ius Puniendi, como consecuencia de éste puede hablarse de restricción de Derechos, absolución de responsabilidad penal, y así cumplir con la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

El Proceso Penal debe de desarrollarse con posibilidades equitativas para las partes en conflicto, a fin de poder plantear sus argumentaciones y así, evitar o convalidar, la restricción de algún Derecho como sanción a un hecho punible, lo antes planteado se conoce como Debido Proceso.⁷⁰

En nuestra Constitución no aparece de forma escrita la expresión Debido Proceso, pero eso no es obstáculo para el desarrollo de Doctrina enfocada a esta Garantía; y mucho menos para su ejercicio en el Proceso Salvadoreño ya que los elementos del Debido Proceso si están manifiestos en nuestra Ley Primaria.

Los Derechos que constituyen el Debido Proceso aparecen reconocidos en nuestra Constitución, por ejemplo en el Artículo 11 de dicho Cuerpo Normativo en donde manifiesta que:

“Nadie puede ser privado del derecho a la vida, la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro derecho sin ser previamente oída y

⁶⁹ Ibídem, Pág. 2.

⁷⁰ Así la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos en su “Manual para la calificación de violaciones a los Derechos Humanos”, sostiene una definición operativa de lo que ha de entenderse por Debido Proceso: El Derecho al Debido Proceso Judicial puede definirse como: el derecho a que sean respetados los procedimientos, garantías y términos establecidos por la Constitución, los Tratados Internacionales y la Ley Secundaria dentro de un proceso judicial, que tiene por finalidad la protección de otros derechos humanos como la libertad personal, la integridad, la seguridad y la propiedad. Este derecho comprende, sin que la enumeración sea exhaustiva, el derecho a la defensa, a la presunción de inocencia, a un juez competente e imparcial, a la revisión de la instancia, a no ser juzgado dos veces por el mismo delito, a la retroactividad positiva de la ley penal, al habeas corpus, al derecho de petición y respuesta. Se ha agregado la denegación y retardación de justicia como una subdivisión en las violaciones al Debido Proceso.

vencida en juicio con arreglos a la ley; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa”.

Esto se traduce doctrinariamente en la Garantía de Juicio Previo, un elemento determinante para la existencia del Debido Proceso.

El artículo 12 de la Constitución traza dos elementos más del Debido Proceso al establecer literalmente:

“Toda persona a quien se le impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa”.

El citado artículo nos da la idea de la Presunción de Inocencia con la que cuenta el imputado y además la Inviolabilidad de la Defensa.

Las Disposiciones Legales antes citadas nos muestran que aún cuando la expresión Debido Proceso no está plasmada en la Constitución, existen los Principios que dan vida a dicha Garantía y aunque no tiene existencia material, si tienen existencia operativa en cuanto se ejercen y respetan dichos Principios Originarios.

Todo el cúmulo de Derechos y Garantías Procesales que limitan al Estado en el ejercicio de su Facultad Punitiva, frente a los intereses de las personas, principalmente estableciendo un conjunto de Garantías, al respecto existe una clasificación de éstas, teniendo en primer lugar, las que impiden la Manipulación Arbitraria del Proceso Penal, que constituyen mecanismos de protección de la persona; propias de un Estado de Derecho, así en nuestro caso nos interesan de forma particular las limitantes impuestas a la Actividad relacionada con la recolección de Información, que es donde se genera violación a los diferentes Derechos y Garantías de imperativo Constitucional, establecidas ante las posibles arbitrariedades que pueden suceder dentro del Proceso Penal.

Tomando en cuenta la clasificación hecha por Binder en su Sobre “Garantías del Debido Proceso”⁷¹, se manejan tres grupos de Garantías:

1. Garantías Básicas:

Las cuales constituyen el fundamento de toda la estructura del Proceso Penal, las conforman: El Juicio Previo y la Presunción de Inocencia Artículos 11 y 12 Cn., respectivamente.

2. Garantías que impiden la Manipulación Arbitraria del Proceso:

Encaminadas a que el Proceso no quede al arbitrio de las diferentes partes que intervienen en el mismo y una de sus funciones primordiales es hacer posible la vigencia de las Garantías Básicas, dentro de las que podemos mencionar:

- a) Legalidad del Proceso (de la que existe una subdivisión)
- b) Ley Previa
- c) Juez Natural
- d) Irretroactividad de La Ley
- e) Independencia e Imparcialidad
- f) Derecho de Defensa
- g) Nebis in Idem
- h) Garantía de Libertad
- i) Garantía de Igualdad
- j) Garantía de acceso a la Jurisdicción a favor de la víctima.

De la enunciación anterior podemos inferir que este conjunto de Garantías buscan fortalecer la idea misma del Juicio en sus diferentes etapas.

⁷¹ BINDER Citado por CHICAS Argueta, Blanca Lidia, Palma Alberto, Eugenia Beatriz y Santos Monge, Karen Juanita; “Prueba Prohibida y Regla de Exclusión en el Proceso Penal Salvadoreño”; Trabajo de Graduación para obtener el título de Licenciado en Ciencias Jurídicas; Universidad de El Salvador T - UES; San Salvador, El Salvador; 2000; Pág. 38 – 41.

3. Garantías que limitan la Facultad del Estado para recolectar Información:

Son las que limitan a éste (Estado), representado por los órganos encargados de la persecución del delito: Fiscalía General de La República quien dirige funcionalmente a la Policía Nacional Civil puesto que fijan los parámetros a seguir en su actuación, garantías que deben tener vigencia en todas las etapas del Proceso Penal (Investigación, Instrucción, Intermedia, juicio, Ejecución), en defensa primordialmente de la Dignidad Humana, puesto que la práctica ha demostrado la vulnerabilidad de éstas dentro de cualquier Proceso, ya que en un Estado de Derecho, la búsqueda de la verdad es un objetivo sometido a muchas limitaciones dentro del mismo no se puede reconstruir perfectamente la verdad material, aún y cuando ésta sea un objetivo legítimo del Proceso Penal, el resultado más importante y directo de éstas limitaciones que restringen el acceso a la información, es el impedimento y formalización de los canales de acceso de la misma al Proceso.

Existen métodos por ejemplo que son absolutamente prohibidos, así pues la tortura, las amenazas se encuentran totalmente vedadas; lo mismo sucede con algunas investigaciones las cuales requieren condiciones muy precisas (caso de delitos relativos a las drogas), ya que aún en estos casos se puede afirmar que de ninguna manera puede ingresar información al Proceso Penal sino es a través de ciertos y determinados canales pre-establecidos, lo que representa el Principio de Legalidad de la Prueba (Art. 175 CPr.Pn) que viene a significar que no puede ingresar al Proceso información proveniente de medios ilícitos de obtención ó incorporación al Proceso, como por ejemplo: testimonios anónimos, conocimiento privado del Juez, confesiones mediante tortura, entre muchas otras.

En síntesis en caso de incorporarse información al Proceso mediante actos ilegales o arbitrarios, deben aplicarse ciertos remedios procesales,

siendo el más acorde la llamada: Regla de Exclusión, la cual constituye la consecuencia jurídica inmediata al adolecer un Proceso de la existencia de prueba prohibida⁷², además se cuenta con un conjunto de mecanismos de control externo como lo son: La Jurisdicción Constitucional a través del Proceso de Habeas Corpus y Amparo, los cuales persiguen tutelar Derechos y Garantías Constitucionales al ser violentados.

Existe además una relación muy íntima e inquebrantable entre el Debido Proceso y el llamado Estado de Derecho, por cuanto uno es co-dependiente del otro y se confabulan para hacer prevalecer el imperio de la Ley.

Esencialmente la idea de un Estado de Derecho hace su aparición histórica como manifestación concreta contra el Estado Absolutista, con la idea original de luchar contra los abusos del poder por parte de la autoridad soberana y de establecer límites al mismo. Al respecto dice Garrido Falla, (citado por Rosa Contreras y otros): El Estado es un Estado de Derecho cuando realiza la idea de Derecho, limitando jurídicamente su actividad y el poder de que dispone para desarrollarla.⁷³

El Estado de Derecho se caracteriza por aparecer con el nuevo Sistema Liberal, respondiendo a la necesidad de crear modalidades orientadas a combatir la arbitrariedad y para limitar el Poder Público mediante el Derecho.

⁷² Al respecto la Sala de lo Constitucional define a la Prueba Prohibida como: aquella que se obtiene con infracción de derechos fundamentales; de ello se advierte, que ésta constituye un límite al poder punitivo del Estado, y adquiere un doble carácter negativo: por un lado su prohibición constitucional y por el otro su ineficacia procesal; de lo anterior se puede afirmar que dos son las consecuencias de la prueba prohibida; la primera es la conocida regla de exclusión, según la cual no puede introducirse en el proceso un hecho descubierto o una declaración realizada vulnerando los derechos constitucionales; y la segunda es el efecto reflejo de la prueba prohibida, que establece que los elementos de prueba que se hayan obtenido legalmente pero que se derivan o producen de una prueba obtenida en violación a derechos fundamentales o garantías constitucionales, estarán contaminadas con la violación originaria, por lo que tal prueba “formal y legalmente válida” será viciada en su origen y por tanto prohibida su utilización y valoración. (Ver Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; del Proceso Constitucional de Habeas Corpus de las doce horas con quince minutos del día veinticuatro de febrero de 2003 con Ref. 249 – 2002).

⁷³ CONTRERAS Hernández; Ob. Cit.; Pág. 19.

Además de esta característica los teóricos mencionan presupuestos indispensables para hablar de un Estado de Derecho como: El imperio de la voluntad general expresada a través de la Ley, el sometimiento de la Administración a la legalidad y la División de Poderes y el respeto entre ellos.

Existen además otras manifestaciones Jurisdiccionales clásicas en un Estado de Derecho tales como: La presunción de inocencia, el Derecho a un Juez imparcial, la publicidad y el Derecho a un Juicio con todas las Garantías, en definitiva se observa una clara vinculación de la Garantía del Debido Proceso con el llamado Estado de Derecho, y es que según el autor el Debido Proceso y el Estado de Derecho no son categorías aisladas, la existencia de una presupone la existencia de la otra. Es entonces el Estado de Derecho todo aquel Estado Garante del Imperio de la Ley, en donde se le reconozcan y respeten sus Derechos Fundamentales; además del sometimiento de los Funcionarios de la administración a la legalidad, basados en la igualdad de Derechos, respetando en todo caso la División de Poderes en el Estado.⁷⁴

II.6 Principios Rectores de las medidas restrictivas

Las reglas o criterios que han de servir de guía al Juez para la adopción de medidas restrictivas de los Derechos Fundamentales son los siguientes⁷⁵:

El principio de la interpretación de la legalidad ordinaria en el sentido más favorable para la efectividad de los Derechos Fundamentales, debiendo también interpretarse los límites de aquellos de forma claramente restrictiva.

⁷⁴ *Ibíd*; Pág. 21.

⁷⁵ CASADO Pérez, José María; "La Prueba en el Proceso Penal Salvadoreño"; Editorial LIS, San Salvador, El Salvador; 2000; Pág. 181 – 183.

El principio de la interpretación de los Derechos Fundamentales y las libertades públicas conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y convenciones ratificados por la República de El Salvador, ya que, como dispone el Artículo 144, inciso segundo de la Constitución de la República, la Ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un Tratado vigente para El Salvador, debiendo prevalecer el Tratado en caso de conflicto entre el Tratado y la Ley.

El principio de legalidad o de reserva de ley, según el cual cualquier injerencia en un Derecho Fundamental ha de venir autorizada por la Constitución de la República y normalmente desarrollada por Normas Jurídicas con valor de Ley, de carácter subordinado a aquella.

El principio de la motivación o fundamentación de las decisiones judiciales restrictivas de los Derechos Fundamentales, siendo necesaria la explicación por el Juez de las razones que justifican la adopción de la medida, con el fin de que el destinatario de la misma las conozca en su momento y pueda reaccionar contra las mismas por la vía de los recursos.

El principio de la exclusividad jurisdiccional, el cual establece como única forma legal la ejecución de una restricción de Derechos Fundamentales establecidos por la Ley, las que sean autorizadas por la Autoridad Judicial establecida por la Ley para tal efecto.

El principio de proporcionalidad, el cual ya fue desarrollado con anterioridad en el apartado denominado “Limitabilidad de los Derechos Fundamentales”.

II.7 La restricción del Derecho a la intimidad

II.7.1 Origen y desarrollo del Derecho a la intimidad

El ser humano es, por naturaleza, gregario y social, como lo define Aristóteles; no puede vivir aislado, sino en sociedad. Pero tampoco puede convivir con sus semejantes sin definir su identidad mediante el reconocimiento de los rasgos de su personalidad que le distingue de los demás. Se ha dicho que no hay un solo individuo igual al otro. Estas diferencias forman los rasgos de cada personalidad, sin los cuales no habría convivencia, cooperación ni solidaridad, pues de la complementariedad de los caracteres y, en ocasiones, del conflicto entre los mismos, surge la necesidad de vivir en sociedad.

Para afirmar su personalidad y definir su identidad requiere el hombre de períodos intermitentes de introspección, reflexión y maduración, en los que se encuentra consigo mismo a solas, recluso en su interior. Este proceso es tan vital para el hombre como el de su relación social, pues ambos se retroalimentan de la manera más natural, sin que nos demos cuenta de ello. Estos momentos de introspección forman lo que llamamos nuestra Intimidad, nuestro mundo interior, nuestro verdadero ser, de allí que esta Intimidad, sea parte de nosotros mismos, de nuestra naturaleza y, por ende, un Derecho inherente al ser humano, del que se no se nos puede privar sino a riesgo mutilar una parte de nuestro ser. Por ello se habla y se legisla sobre el Derecho a intimidad.⁷⁶

Consecuencia de la Libertad Personal es el Principio de no permitir injerencias arbitrarias, ya sean de parte del Poder Público o ejercidas por particulares, en la vida privada que puedan entorpecer el normal desarrollo

⁷⁶ DERMIZAKY Peredo, Pablo, “El Derecho a la Intimidad”, Universidad de Talca, Talca, Chile, 2000 pág. 177, extraído el 06 Septiembre 2010 de Ius et Praxis 2000, 6 disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/icio/ArtPdfRed.jsp?iCve=19760113>> ISSN 0717-2877.

de la personalidad del ser humano, ya que éstas deben contar con una esfera de Intimidad que les permita desarrollarla, ejerciendo autonomía.

El autor Hernández Valle,⁷⁷ expresa que la vida privada o interior comprende: los puros hechos de la conciencia, el pensamiento, la fantasía, el sentimiento de fe, etc. Y luego todas aquellas partes de la vida exterior que no se consideran parte del ámbito Público. Todo lo anterior hace alusión a lo que entendemos por vida privada abarcando toda su Libertad y no se restringe únicamente al dominio interior de su conciencia sino más allá de cualquier control político directo: el mundo de la cultura.

En la medida que el ser humano se desenvuelve en la sociedad, se vuelve parte integral del conglomerado social, lo que lo convierte en un elemento determinante de él, constituyéndose en un elemento generador de cambios, pero esto no se realizaría si la persona humana no desarrollara su personalidad.

II.7.2 Esbozo histórico del derecho a la intimidad

a) Edad antigua

Esta primera Etapa de la Historia, se inicia desde la invención de la escritura, hasta la caída del Imperio Romano del occidente⁷⁸. Comprende las primeras civilizaciones: Mesopotamia, Egipto, Grecia y Roma.

Grecia:

En la antigüedad, la intimidad de las personas se encontraba protegida y resguardada por los límites y del espacio, pues era muy difícil interferir en la vida privada de las personas, sin tener las herramientas para hacerlo, ya

⁷⁷ HERNÁNDEZ Valle citado por BERTRAND Galindo, Francisco y otros; “Manual de Derecho Constitucional, Tomo II”; Centro de Información Jurídica, Ministerio de Justicia; El Salvador; 1999; Pág. 743.

⁷⁸ HERNÁNDEZ Martínez, Lucía Victoria y otros; “El Derecho a la Intimidad Personal y su Actual Regulación dentro del Ordenamiento Jurídico Salvadoreño”; Tesis para optar al Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador; El Salvador; 2009; Pág. 12.

que las formas de comunicación, que en la actualidad son una de las grandes amenazas de la intimidad, era rudimentaria y prácticamente reducida al intercambio intelectual directo entre personas y a la impresión sobre papiros, vitela o pergaminos. Por lo tanto la intimidad no se constituía con la protección jurídica que ahora posee. Reflejo de lo anterior, es que en la Era Clásica, específicamente en la Democracia Ateniense, no existió manifestación alguna con la que se pueda vincular la concepción actual de lo que es el Derecho a la intimidad, ya que los Atenienses solamente protegían el derecho al honor, los Griegos veían la esencia del hombre en un ser político, para ellos era fundamental que todos los ciudadanos participaran en las cuestiones públicas, careció de relevancia la idea de intimidad debido a que la persona no tenía una vida privada según su concepción, ya que todo giraba en torno a la vida pública de las personas.

Asimismo, en esa cultura no se encuentra enunciación jurídica expresa de lo que hoy conocemos como intimidad, no obstante, un rasgo característico de la época, es la obra de Aristóteles "La Política", en la que el filósofo griego incluye como fórmulas de las tiranías para sostenerse, el procurar que los que residen en la ciudad "estén siempre a la vista y pasen mucho tiempo a las puertas del palacio, de esta forma les será más difícil ocultar lo que hacen, reconoce además como actividad del tirano tener espías y realizar escuchas en cualquier reunión o asamblea.

El Estado Griego, al menos en teoría, podía intervenir en casi todo, es decir que los mismos Griegos, le reconocían una autoridad prácticamente ilimitada. El Estado podía intervenir en la moralidad privada de un individuo o de sus creencias religiosas, de modo paralelo la libertad y los derechos del individuo; y sus contrarios, la obligación y el deber político, son nociones que no existen o que aparecen sólo de forma embrionaria en el pensamiento griego.

Roma:

El Derecho Romano, ha colaborado con acciones encaminadas a la restauración o al resarcimiento de daños producidos en la esfera de lo privado, orientadas más bien, a la protección del patrimonio y no a la intimidad de las personas, es decir que las acciones no eran una garantía de respeto hacia la persona, sino más bien a sus pertenencias. Entre las acciones que se dieron en el Derecho Romano esta: el “actio furti”, que significa acción de robo, en donde comete hurto, “furtum”, no sólo aquel quien quita la cosa, sino también quien trata la cosa como propia, contra la voluntad del dueño; el “Acto injuriarium”, que significa acción de injuria, con ésta se protegía la inviolabilidad del domicilio, pero esta última acción no pretende proteger a la persona o a su familia, sino que el derecho real de propiedad. Sin duda con estas acciones los Romanos buscaban regular el respeto al Derecho de Propiedad, que le reconocía a todo ciudadano y no a la intimidad propiamente dicha. Sin embargo, aún en aras de proteger la propiedad privada, también en alguna medida se contribuía a la protección de la intimidad del ciudadano Romano, pese a lo anterior, en la sociedad romana se encuentran antecedentes aislados de la concepción de intimidad; pues como se puede observar en la obra “Pro Domo Sua” del gran Cicerón, se le daba gran importancia al hogar romano, no sólo como sinónimo de patrimonio, sino como resguardo de la vida privada de los Romanos.

Asimismo, otra manifestación Romana de la intimidad se encuentra reflejada en la célebre frase del famoso Gayo, en la cual afirmaba: “*Humus tutissimum cuiusque atque receptaculum est*”, lo cual significa “*La casa es para cada cual el más seguro refugio y acogida*”, esto debido a que para el Romano, la casa tenía un sentido sagrado. No obstante lo anterior, en el Derecho Romano Antiguo, la intervención de la Ley en el santuario del hogar era muy escasa, la vida íntima de la familia debía desenvolverse libremente. Ningún tercero tenía Derecho a intervenir en los asuntos domésticos, etc. Sin

embargo, no se puede afirmar que en esta época clásica se tuviera el sentido de la intimidad como el que se tiene en la actualidad.

Algunos autores opinan, que en el Derecho Romano no se conoció protección al Derecho a la intimidad como hoy se conoce, sino que se incorporó en una forma muy amplia en el delito de “Injuria” contenido en la Ley de Cornelio. Se justifica esta omisión ya que en el Derecho Romano la principal manifestación del Derecho a la intimidad era el domicilio, y los ciudadanos Romanos vivían, más que en sus casas, en el foro, en las basílicas, en las ternas o en los vestíbulos y cercanías de los templos. La vida pública tenía entre ellos una importancia muy superior a la vida privada, ocupando su atención y tiempo aquellas más que esta otra.

En cuanto a los Delitos de inviolabilidad de secretos, tampoco hay ejemplos claros que en Roma se reconocieran delitos similares. Usualmente se cita la frase de Cicerón, que otorga la calidad de crimen de lesa humanidad a la violación de correspondencia ajena: “Humanitatis Expers, et vitae comunis ignarus”. En la gama de delitos previstos en el Derecho Romano, se encuentra el “Falsum” que consistía en la apertura indebida de los testamentos.

Se afirma que la primera forma de revelación de secretos que señalan los criminalistas y los Códigos de la época, es la revelación a un Estado extranjero de un secreto importante para la nación, realizada por un Funcionario Público, que por razones de su cargo se informó de ese secreto. Sin embargo, esta figura más se asemeja a la traición, que a una revelación de secreto, por lo que resulta inadecuado mencionarla como antecedente de los Delitos de revelación de secretos.

Por otra parte, algunos juristas, plantean que Roma ha legado acciones que tienden a la restauración o al resarcimiento de daños producidos en la esfera de lo privado. Uno de los ámbitos protegidos es la correspondencia.

Téngase en cuenta que en el Derecho Romano Clásico, no existe norma alguna, que de una u otra manera, reconozca el Derecho del Estado a privar a un ciudadano de su propiedad. La protección del domicilio es la manifestación más significativa y la que con mayor claridad perdura en los Ordenamientos Jurídicos de influencia Romana, como es el caso de nuestro país. Pese a ello, no hay que olvidar que la protección que se dispensa al domicilio, no proviene de la idea de Garantía o de respeto hacia la persona o familia, concepto más institucionalizado en el Derecho Romano, sino más bien, por una extensión personal del Derecho Real de la propiedad que será retomado con mayor propugnación en la Edad Moderna.

Otra manifestación no menos importante, la constituyen algunos brotes de reconocimiento y respeto de la libertad religiosa y de culto. No puede hablarse propiamente de un derecho reconocido y garantizado como tal, pero si de una neutralidad del Estado frente a demostraciones religiosas. Prueba de ello, sería el Edicto de Milán del año 313, establecido por los Emperadores Constantino y Luciano, en el que se establece “Dar así a los cristianos como a todos, la libertad de seguir la religión que cada cual quiera”. El Emperador Constantino, dio otras muestras de reconocimiento a la intimidad, eliminando la acción pública de adulterio, basándose para ello en la idea del respeto al ámbito familiar.

La intimidad en la Biblia

En el primer libro de la Biblia, se encuentran diferentes declaraciones de la intimidad. Así el Génesis (Gen) 3: 7 dice: *“Abriéndose los ojos de ambos, y viendo que estaban desnudos, cosieron hojas de higuera y se hicieron unos ceñidores”*. Línea mas arriba decía: *“estaban ambos desnudos, el hombre y la mujer, sin avergonzarse de ello” (Gen 2:25)*.

En diversas ocasiones, la Biblia habla de desnudez. Una parte de la intimidad del hombre es la intimidad física (intimidad corporal), el poder

apartar de la vista de los demás, ciertas partes del cuerpo humano que por pudor se cubren.

Cuando en Levítico se menciona la palabra desnudez, es simplemente para condenar uniones carnales entre parientes, por ejemplo, Lev: 20:11 dice: *“Si uno se acuesta con la mujer de su padre, descubriendo así la desnudez de su padre, los dos serán castigados con la muerte; caiga sobre ellos su sangre.”*

Otra manifestación de la intimidad de la persona, se encuentra en la morada o casa, lugar donde ésta habitualmente se desarrolla. Eclesiastés: 29: 28 enseña: *“Necesarios para la vida son el agua, el pan; el vestido y a la casa para el abrigo de la desnudez.”* Eclesiastés 29:31 *“Triste es tener que andar de casa en casa, donde habites como extraño no osaras abrir la boca.”* Ecles. 29:31. *“donde esta el cubil de los leones, la que guarida de cachorros de león, donde el león lleva a sus cachorros y donde nadie podía perturbarlos.”*

Por otro lado la Inviolabilidad del Secreto, es otra de las expresiones del Derecho a la intimidad, en la Biblia se encuentran reiteradas citas que condenan o censuran la indiscreción en ese sentido, así se tiene que del chismoso dice el libro de los Proverbios *“que descubre los secretos”* (Prov. 11:13), que aparta a los amigos (Prov. 16:28), que no guarda los secretos (Prov. 20:19) en consecuencia, aconseja no te entrometas con el suelto de la lengua (Prov. 20:19) y lo contrapone al hombre fiel, de quien dice *“lo encubre todo”* (Prov. 11:13). En Eclesiastés, de quien previene es de aquel que por su escasa inteligencia no sea capaz de discreción: *“son el necio no tengas consejo, por que no podrá callar lo que hayas dicho”*. (Ecles. 8:20).

b) Edad Media

Esta etapa comprende desde la caída del Imperio Romano de Occidente (456 d.c) hasta el descubrimiento de América (1492 d.c); las

principales civilizaciones medievales, como la civilización cristiana (Europa) y el Islam, se caracteriza por ser la etapa en la que menos desarrollo se observó en cuanto al Derecho a la Intimidad Personal.

Pax domus

Durante la Edad Media, el concepto de paz adquirió una gran relevancia, pues se trataba de reducir el uso de la violencia y garantizar la defensa de los Derechos de los individuos y de sus grupos. La palabra paz comprende, la paz común y las paces especiales; éstas últimas eran concebidas por la Ley para ciertos ámbitos, entre ellos la casa, en ese sentido aparece la “paz doméstica” o paz de la casa.

Puede decirse, que bajo la salvaguarda de la paz de la casa, se pretende proporcionar y hacer posible la seguridad personal de los ciudadanos frente a los ataques violentos de los particulares y de Funcionarios Públicos, en el espacio geográfico donde éste se refugia, convive y se relaciona con la familia. Contrario a la paz, es la molestia, incomodidad o intranquilidad que es causada por la intromisión indebida en la casa de una persona. Por las injerencias indebidas de personas no deseadas.

Paz en la casa en el Derecho Español

En el Derecho Español, la paz de la casa llevaba consigo la facultad del dueño de la casa, de prohibir a extraños la entrada en la misma sin su consentimiento, lo cual se manifestó en el Derecho foral de ese entonces, prohibiéndose de modo absoluto la entrada del Funcionario en la casa del vecino sin su consentimiento. Como ejemplo de estos fueros se tiene el de la familia de León Benavente, en los que se prohíbe con carácter general la entrada en la casa del merino; el fuero de Logroño y los de su familia (Laguardia y Victoria), en los que se permite al dueño de la casa matar al

merino o Sayo que entre en casa sin permiso y para finalizar, el privilegio de “Libertate domoum” concedido a Japa por Alfonso II (1192), al declarar los domicilios libres, inmunes y exactos de todo registro y prohibiendo, bajo pena de incurrir en su ira e indagación y Colonia de mil morabetinos, a sus oficiales o a cualquier persona al entrar en ellos sin consentimiento del dueño.

En esas mismas Corrientes Jurídicas, se dio la carta del Convenio entre el Rey Alfonso I de Aragón y moro de Tudela en el año 1119 que establecía; “y no entre ningún cristiano en casa de moro ni en el huerto por la fuerza, ni en el huerto por su fuerza”. Los Decretos de la curia de León de 118 y de forma concreta el Decreto 11, dado por casa por Alfonso IX, el cual establecía: *“también juré que ni yo, ni nadie entre a la casa de otro por la fuerza, ni haga ningún daño en ella o en su heredad. Y si lo hiciere, pagará el doble del daño al señor de la casa.”*

A pesar, que en estos textos la Inviolabilidad del domicilio tenía un carácter de seguridad patrimonial, y por consiguiente un ámbito en esencia penal, en la alta edad media, la paz de la casa fue considerada “como una seguridad del individuo que se consigue colocándola bajo la salvaguarda de una paz que ha de garantizar contra los ataques que pudiera ser objeto, y ofrecer una relativa seguridad”.⁷⁹

Paz en la casa del Derecho Germano

Dentro de la específica configuración de la paz de la casa en el Derecho Germánico de la Edad Media, y con respecto a los ataques más característicos a la misma, pueden señalarse los aspectos siguientes: 1) Ya el Antiguo Derecho Germánico destacó la idea preponderante de la paz de la

⁷⁹ ORLANDIS, José; “La paz de la casa en el Derecho español de la Alta Edad Media, en Anuario de Historia del Derecho Español Nº 15 (1944)”;

pág. 107; citado por VALDIVIESO MARÍN y otros.; Ob.cit.; Pág.10

casa, que se encontraba conectada en su origen con la religión y se le concedía, por ende, un cierto carácter sagrado, la especial relevancia obedece fundamentalmente a la forma y condiciones de vida de los germanos, los cuales vivían de forma independiente y aislada; 2) la paz de la casa se refería a la casa habitada; de donde se mora, se vive; 3) Otra característica fundamental es el desconocimiento del Derecho de Defensa, ese Derecho de Defensa de la paz de la casa, que permitía con gran amplitud la conservación de la paz doméstica, dio lugar después a ciertas limitaciones como por ejemplo, la exclusión con la muerte del invasor y, 4) el atentado a la paz de la casa aparece en el período en la modalidad más grave del “Heimsuchung” (registro) que constituye el núcleo y manifestación característica de morada.

Paz en la casa en el Derecho Francés

Aquí se encuentra un remoto antecedente del actual Derecho a la Intimidad Personal, consiste en una sentencia dictada en el año 1348 por un Tribunal Francés, en el cual el demandado fue una noche a la taberna de los demandantes a comprarles vino, al encontrar la puerta cerrada comenzó a golpearla con una hacha que llevaba, la tabernera se asomó y le dijo que dejara de golpearla. Finalmente el demandado fue condenado al pago por daños y perjuicios, pese a que la tabernera no recibió golpe alguno. Se constituye entonces que la indemnización fue concebida porque un mal había sido cometido. Por lo tanto, se puede inferir que ese daño causado podría tratarse de una extensión de la proyección dada a cada persona, como un reconocimiento tácito del Derecho a la Intimidad Personal.

Influencia cristiana

Con la llegada del Cristianismo, muchos autores plantean el nacimiento del concepto de intimidad. Es con la Escolástica, que por primera vez se

delimita este concepto, con el aporte de Santo Tomás de Aquino, entendiéndose la Intimidad, de la siguiente manera: *“La intimidad es propia de las personas y consiste en la conciencia que cada uno de nosotros tiene como sujeto irrepitible...se trata del núcleo más oculto de cada persona, donde se fraguan las decisiones más propias e intransferibles”*. Aquí se le atribuye a la intimidad una de sus características esenciales, la cual es: la voluntariedad; anterior a Santo Tomás, fue San Agustín el primer teórico de la intimidad propiamente dicha, aunque no establece una definición, sólo desprende escritos, en donde señala la facultad o poder del individuo de desligarse del mundo exterior, es decir, es un ámbito que pertenece al individuo frente a los demás.

Santo Tomás de Aquino, plantea su enseñanza, señalando que la interioridad no es lo mismo que la intimidad, para él, la primera tiene un cierto sentido especial, la tienen todos los seres racionales, concluye que el hombre no conoce el pensamiento de otro porque se lo impide dos cosas: La opacidad del cuerpo y la Voluntad, que esconde sus secretos.

Como se dijo anteriormente, es con la Escolástica que por primera vez se delimitó el concepto de Intimidad, aislándose de otras pretensiones, que no sean la de limitar un ámbito restringido de la persona humana, y en el cual, el elemento voluntariedad juega un papel significativo sobre la base de la concepción cristiana que *“la persona y su fe, es el centro de pretensiones de la sociedad, de esta forma la intimidad, es propia de las personas y consiste en la conciencia que cada uno de nosotros tiene como sujeto irrepitible”*.

Asimismo la influencia ya mencionada del pensamiento de Santo Tomás de Aquino, quien individualiza el concepto de Intimidad y le atribuye los caracteres de retiro y aislamiento voluntario fue muy importante pues así se comienza a definir lo que hoy se conoce como Derecho a la Intimidad Personal. Como consecuencia del pensamiento Cristiano, y sobre todo, de su

concepción de la persona, surgirá un nuevo elemento, que siendo característico del ser humano, consiste en que éste, voluntariamente puede retrotraerse del mundo exterior y configurar una parcela de su vida independiente de los demás.

Por otro lado, la Intimidad se vio vulnerada gravemente en época del Santo Oficio de la religión Católica, conocida en la mayoría de la ciencia social como la Era del Oscurantismo, por la negación de la razón por el Clero, Turbeville afirma que:

“el acusado ingresaba a una cárcel secreta, y antes que se le notificase la naturaleza del cargo se le hacía sufrir severos interrogatorios, sobre la razón de su arresto, exhortándosele a confesar los pecados que su conciencia le acusara. Se le hacían muchas preguntas relativas a su domicilio, ocupación, familia, parientes, amigos, maestros y lugares en donde había residido anteriormente”.

c) Edad Moderna

Está constituyete la Tercera Etapa de la Historia, la cual va desde el Descubrimiento de América (1492 d.c) hasta la Revolución Francesa (1789 d.c). Los elementos culturales europeos más importantes son el espíritu del Renacimiento y el Despotismo Ilustrado. Es la época de esplendor de la Monarquía Hispánica (Felipe II) y del Absolutismo Francés (Luis XIV). A finales del siglo XVI, se marcó la oposición entre lo político y lo privado, entendiendo por público: aquello que esta abierto a la consideración de cualquiera, mientras que lo privado: significa una parte de la vida amparada y definida por la familia y los amigos. Durante el período de 1660-1688, se incrementó considerablemente el sentido de la Intimidad, lo cual se reflejó en la escritura de los diarios personales.

Evolución del Derecho a la Intimidad Personal en los primeros instrumentos jurídicos del siglo XVII:

Estados Unidos:

La Constitución de Pensilvania de 1776, la Declaración del Buen Pueblo de Virginia, la Declaración de los Derechos y Normas Fundamentales de Delaware del mismo año, y la Constitución de Massachusetts de 1780 reconoce, un estrecho concepto de Derecho a la inviolabilidad del domicilio. Por el contrario, la Constitución Federal de Estados Unidos de América de 1787 en su enmienda IV, acoge un concepto más amplio que es del simple domicilio, pudiendo afirmarse que la protección se extiende y se hace radicar en esencia en la persona.

Así establece que el Derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallan a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, es decir: será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estando corroborados mediante juramento o promesa y describan especialmente el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas. A pesar del avance que hubo con respecto al Derecho de la Intimidad en Estados Unidos, parece que no pudieron dejar a un lado la idea de intimidad contemplada bajo la Inviolabilidad del domicilio siguiendo la línea romana como una protección al patrimonio.

Francia:

Por su parte la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, logro destacado de la Revolución Francesa, no incluye la Inviolabilidad del domicilio como Derecho singular, sino que por el contrario, y dentro de las tendencias de la época, lo asume como implícito dentro del Artículo 7, es decir, como libertad y seguridad personales. Si lo hará, el artículo 9 de la Constitución de 1791, que manifiesta *“ningún agente de la fuerza pública puede entrar en casa de un ciudadano, sino es para ejecutar mandamiento de policía o de justicia, o en los casos formales descritos por la ley”*. En 1790, la Asamblea Constituyente Francesa declaró inviolable bajo

ningún pretexto, el secreto de las cartas, ni por las corporaciones ni por los individuos”.

España:

El Código de Napoleón penalizó también la revelación del secreto. Finalmente en 1795, en España, se encuentra la Declaración Real de Carlos V regula los *“actos contra el sagrado secreto que debe guardarse inviolable en pliegos y cartas de mi servicio público”*.

Inglaterra:

En el Ordenamiento Jurídico Inglés entre los siglos XVI a XVII, se dan importantes reconocimientos de Derechos genéricos, los cuales están contenidos en la Carta Magna de 1215, Petition Of Rights de 1628, el Bill Of Rights de 1688, y el acto Settlement de 1701, estos textos en sí, aportaron un nuevo sistema de operar en los Derechos del individuo y a la vez constituyeron un freno en las actuaciones del Rey, sin embargo, no es sino hasta XVIII, en donde se manifiesta el Derecho a la Intimidad reconocido y garantizado igual que otros Derechos, apareciendo así, como ya se mencionó, en las Colonias Inglesas, hoy Estados Unidos de América y particularmente en la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de la Revolución Francesa de 1789.

No obstante lo anterior, es hasta el siglo XIX, donde probablemente la intimidad en cuanto a Derecho, tuvo más desarrollo, con la contribución del filósofo John Stuart Mill, cuyo aporte consistió en dividir la Esfera Pública de la Esfera Privada y reconocerle a una persona humana, “el espacio de soberanía, que un individuo tiene en su dimensión moral”, y que la Libertad y autonomía debe de estar exenta de intromisiones. Pero, sin duda, el hecho que marcó la historia para el reconocimiento del Derecho a la Intimidad fue la publicación de un artículo, el 15 de Diciembre de 1890 en el “Harvard Law

Review”, de los juristas Estadounidenses, Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, los cuales reflexionaron sobre un seminario que publicaba artículos comentando detalles personales sobre la vida privada de la señora Warren.

d) Edad contemporánea

Esta etapa se configura como tal desde la Revolución Francesa (1789 d.c), hasta la actualidad. Los hechos más importantes son los siguientes las Revoluciones Liberales del siglo XIX y las Guerras Mundiales y Regímenes Democráticos.

Según Bertrand Galindo⁸⁰, los orígenes de la Intimidad, considerada como una manifestación jurídica, debe buscar su origen en la disgregación del Sistema Feudal. Puesto que en el Medievo el aislamiento era considerado como un privilegio de las más altas esferas de la nobleza o de aquellos que por su libre elección renunciaban a la convivencia comunitaria, para el caso los monjes, los pastores etc. Posteriormente se configuró como una aspiración de la burguesía de acceder a lo que antes había sido privilegio de unos pocos. Se forjó, además el Derecho a la Intimidad cuya raíz teórica se encontraba en el ámbito del fuero interno que tanto Thomasino como Kant situaban fuera de las injerencias del Estado, pero también al margen de las relaciones sociales comunitarias. Apareció entonces la vida privada como Derecho de la sociedad, a la reserva y al aislamiento.

El origen doctrinal del derecho a la intimidad: “The Right To Privacy”

La Intimidad, alcanzó su punto culminante en Inglaterra, en el siglo XIX, cuando el Industrialismo separaba a la población rural y la convertía en masa

⁸⁰ BERTRAND Galindo, Francisco; Ob. Cit.; Pág. 740.

urbana. En un mundo agitado por la Revolución Industrial, el hogar era el punto de refugio.

La generalización de la burguesía y su consolidación como clase social a partir de la segunda mitad del siglo XIX hace que la concepción de la intimidad varíe, extendiendo las condiciones e intereses de ésta a toda la sociedad, lo que en el terreno jurídico lleva a formulaciones con una vocación de universalidad, única que puede satisfacer la Teoría de los Derechos Naturales⁸¹. Se divide entonces propiedad e intimidad, fundamentando la calidad humana en su propia “personalidad”⁸². Bajo estas ideas el significado del Derecho a la intimidad tiene necesariamente que variar, no puede considerarse como algo perteneciente a una determinada clase social ni como un sentido patrimonial, sino que es algo inherente a la propia condición humana, el Derecho que todos tienen a verse libre de injerencias en su esfera privada.

El Derecho a la intimidad como anteriormente se ha dicho, es un Derecho relativamente nuevo. En los siglos anteriores al siglo XIX se dieron diferentes matices, es así como este Derecho se enmarca en un primer momento dentro del Derecho a la propiedad, y hasta finales del siglo XIX como Derecho a la privacidad. El Derecho a la intimidad no aparece enunciado de forma expresa como categoría independiente hasta fechas relativamente recientes y, de nuevo aquí, surge en el ámbito anglosajón. Concretamente es en los Estados Unidos de América a finales del siglo XIX. En 1890 Warren y Luis Brandeis publicaron el 15 de Diciembre el artículo con el título “The Right To Privacy”, que puede traducirse como Derecho a la

⁸¹ Teorías Ius Naturalistas que propugnan la existencia de Derechos inherentes al ser humano, por el simple hecho de ser persona, independientemente de su reconocimiento jurídico. Universales por naturaleza.

⁸² Al respecto siguiendo la doctrina planteada por el Tribunal Constitucional Español, manifiesta que la privacidad corporal, la propia imagen o aspectos físicos, son “dimensiones” vinculadas con la personalidad individual, además se plantean como aspectos nucleares o elementos “configuradores” de la intimidad misma o primeros elementos a salvaguardar de ella; por LÓPEZ Ortega, Juan José; “Perfiles del Derecho Constitucional en la Vida Privada y Familiar, Consejo General del Poder Judicial”, Madrid, 1996.

Privacidad, la motivación de estos abogados fue que la prensa local y de forma especial el periódico Saturday Evening Gazette, especializado en asuntos de alta sociedad, venían realizando una divulgación constante de las fiestas sociales que acostumbraban a dar en su casa de Boston, el matrimonio Warren. En estas crónicas, se ofrecían detalles sumamente personales desagradables y de forma genérica con la intención de infundir en el lector una imagen de reproche, y en cierta medida la relajación de la moral de una determinada clase social. Quizá lo que colmó la paciencia de Warren fueron las informaciones que algunos medios de comunicación realizaron de la fiesta celebrada en honor de la boda de su hija. Ambos, Bradeis y Warren, reflexionaron ampliamente sobre el tema por más de seis años, hasta dar a luz el mencionado artículo, lo que tuvo una extraordinaria e inmediata repercusión en los ambientes jurídicos norteamericanos. Es importante destacar que el objetivo primordial de los autores al escribir su artículo era establecer un límite jurídico que vedara las intromisiones de la prensa en la vida privada.

En el artículo los autores manifiestan que el individuo debe tener una completa protección de su persona y sus propiedades. Para esto hay que definir la exacta naturaleza y alcance de esa protección. El nuevo Derecho, dicen los autores, no es producto del Derecho a la propiedad o una nueva configuración de ella ampliada, la privacidad por lo tanto debe separarse del Derecho a la propiedad y de la estricta Protección al honor. El objetivo de los autores no era simplemente realizar una aportación doctrinaria, si no que su verdadera pretensión radicaba en evidenciar la necesidad del reconocimiento de un nuevo Derecho: el Derecho a la Privacidad, el cual no prohíbe la publicación de cualquier materia de Interés Público o personal, y hay que matizar según las personas a las que afecte.

Concepción actual de la intimidad

En el siglo XX, en 1959, se establece la identidad que hay entre vida privada e intimidad. Según el autor Martin Lycien, existe un patrimonio moral, el cual se compone por el Derecho de autor, el de propiedad, las cartas particulares, el crédito por perjuicio moral, el Derecho a la propia imagen y del Derecho al secreto de la vida privada. En 1973, los tratadistas Truyol y Serra y Villanueva Echeverría, abordan el grave problema creado al Derecho a la Intimidad, por la acumulación y procesamiento de datos frente a las modernas técnicas y el progreso de la informática. En 1978 el profesor de la Universidad de Sevilla, Antonio Enrique Pérez Luño, estudió el fenómeno de la Protección de la intimidad frente a la informática.

Así se tiene, que “la intimidad constituye el ámbito personal donde cada uno, preservado del mundo exterior, encuentra las posibilidades de desarrollo y fenómeno de su personalidad”.

Por otro lado se propone una definición más completa: *“en nuestra época resulta insuficiente concebir la Intimidad como un Derecho de Defensa frente a cualquier intromisión de la esfera privada, sin contemplarla, al propio tiempo como un Derecho activo de control sobre el flujo de informaciones que conciernen a cada sujeto”*.

II.7.3 Teorías de la intimidad

La Intimidad como concepto jurídico indeterminado, ha generado diversas opiniones para lograr su comprensión, convirtiéndose así en Teorías tendientes a lograr una determinación unánime con respecto a lo que debe entenderse por Intimidad y todo su contenido, es así como se han agrupado las tesis en dos grandes grupos, a saber: las Teorías de las “Esferas” y las Teorías del “Mosaico” que a continuación se presentan.

a) Teorías de las Esferas

Estas teorías consisten en dividir o distinguir la vida privada en tres esferas o zonas diferentes, según la cuales, el núcleo sea más o menos restringido; ésta división de la vida privada, abarca desde el más permisivo hasta el más restringido. Según estas teorías⁸³ el ser humano, es un centro de actividades del cual se desarrollan varios círculos concentrados, los más unidos al individuo son los más íntimos y los más externos son los menos privados.

i. Esfera Privada

Es la más amplia, comprende todos aquellos comportamientos, noticias y expresiones que el sujeto desea que lleguen al conocimiento público. Se incluyen la imagen física de la persona y su comportamiento aún fuera del domicilio, que no deben ser conocidas sino por quienes se encuentran en contacto con él.

ii. Esfera Confidencial

Está abarca lo que el sujeto transmite a otra persona de confianza; quedando excluidos aparte del público en general, aquellas personas que operan en la vida privada y familiar, aquí incluyen memorias, correspondencia, etc. Es así que contiene las relaciones con otras personas, pero en un margen de relación personal, es el caso de los clientes, familiares, etc.

iii. Esfera del Secreto

⁸³ MEJÁN C., Luis Manuel; “El Derecho a la Intimidad y la Informática”; Pág.73; citado por VALDIVIESO Marín; Ob.cit.;Pág. 53.

Corresponde a las noticias y a hechos que, por su carácter extremadamente reservado, han de quedar inaccesibles a todos los demás, a ésta esfera absolutamente nadie tiene acceso, e incluso el mismo individuo mantiene a veces en el absoluto subconsciente. Como indica Morales Prats⁸⁴, debe tenerse en cuenta que las diferentes esferas se comunican, de modo que constituyen una espiral, en la que por medio del consentimiento del titular los componentes de la zona del secreto pueden pasar a forma parte de las relaciones de confianza, o bien de éstas a la esfera privada.

b) Teorías del mosaico

Las anteriores teorías hacen énfasis en los roles que sociológicamente desempeña el individuo, cuya privacidad se afecta y la entidad que pretende penetrar la misma. El término “Mosaico” hace alusión a la afirmación que un individuo no es sólo una información, sino un complejo de ellas y, relacionadas unas con otras el resultado puede variar, es decir, un dato en sí no puede ser agresivo al Derecho a la intimidad, reunido con otros sí pueden serlo. Un dato proporcionado a una persona, o conocido por ella, puede no suponer invasión de la vida privada, pero si lo será, sí quien accede es otra persona.

II.7.4 Clases de intimidad

Ante la inexistencia de Doctrina al respecto de la clasificación del Derecho a la intimidad se plantean tres ámbitos del mismo, tomando como referencia algunas Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional de España,⁸⁵ el cual estima que la clasificación de la Intimidad puede ser de tres tipos: Intimidad corporal, Intimidad doméstica e Intimidad personal o familiar:

⁸⁴ *Ibíd.*

⁸⁵ *Ibíd.* Pág. 56.

a) Intimidad Corporal

En la que se protege de intromisiones en el cuerpo de una persona que pueden ser por ejemplo: de menos intensidad como el obligar a una persona a ponerse o quitarse la ropa, registros o pesquisas, los cortes de cabellos, hasta las de mayor intensidad como pueden ser extraer fluidos corporales como sangre, saliva, semen, inspecciones vaginales o anales.

Esto mismo, visto desde otros autores como Juan José López Ortega⁸⁶ se consideraría como la esfera más íntima del individuo, según el citado autor, la autodeterminación del individuo más pura. Esta postura tiene su génesis en las ya citadas Teorías de las Esferas, en las cuales tendría su equivalente a la Esfera de lo Secreto en cuanto es la máxima manifestación de la Intimidad.

b) Intimidad doméstica

Llamada así por su espacio físico en el que se ve ejercida. Manifestación de esta es la inviolabilidad de la morada, con la que se pretende restringir de injerencias en la casa habitación o lugar donde aloje una persona. Así el Derecho a la Inviolabilidad del domicilio es uno de los que define el estatuto procesal básico de la persona, su más propio entorno jurídico, al proteger de forma instrumental su vida privada, sin cuya vigencia efectiva podría, también, vaciarse de contenido el sistema entero de los Derechos Fundamentales.

c) Intimidad Personal o Familiar

Se plasma en este ámbito las diferentes manifestaciones del intelecto o pensamiento así como la relación de familia, confidencias o secretos

⁸⁶ LÓPEZ Ortega, Ob. cit.; Pág. 19.

personales entre los que se encuentran el secreto de comunicaciones, que es el tema que más adelante se abordará con mayor profundidad.

El registro de documentos privados como diarios, escritos, soportes informáticos, cartas, transmisión o grabación de sonidos y la protección de la propia imagen, en relación a este ámbito “el Derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia personal con las que se guarda una especial y estrecha vinculación, como es la familia; por el vínculo existente con ellas incide en la propia Esfera de la Personalidad del individuo. Sin duda, será necesario, en cada caso examinar: ¿Qué acontecimientos se trata?, y ¿Cuál es el evento que puede ocurrir? padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un Derecho -propio, y no ajeno- a la intimidad, Constitucionalmente protegible.”

II.7.5 Nociones doctrinarias del Derecho a la intimidad

II.7.5.1 Definiciones y delimitaciones conceptuales

a. Concepto de intimidad y conceptos diferenciables de la intimidad

La palabra Intimidad proviene de la raíz latina INTIMUS que significa íntimo, el más íntimo. Su procedencia, la encontramos en el adverbio INTUS, como lo más interior, la cual tiende a demostrar la máxima interioridad. De esta forma, la lengua latina establece que a INTERIOR, le corresponde el superlativo INTUS.

Según la Real Academia de la lengua Española, debemos entender por el término Intimidad como la “zona espiritual y reservada de una persona o un grupo, especialmente una familia”, vemos pues como la REA, retoma el ámbito espiritual para crear su aproximación al concepto de Intimidad,

retomando además sus antecedentes históricos al otorgar la “reserva” de una persona o un grupo, especialmente “una familia”.

La autora Judith Thompson⁸⁷, sostiene que el Derecho a la Intimidad: *“no es un Derecho independiente, sino que deriva de otros Derechos como el de propiedad, Derecho a no ser observado etc.”*, concepción que resulta retrograda puesto que la concepción del Derecho en discusión ya ha superado su vinculación medieval al Derecho a la propiedad, configurando su naturaleza como manifestación del Derecho a la Libertad, pero dotado de características propias.

Para Miguel A. Ekmekdjian, el Derecho a la Intimidad lo puede definir como: *“la facultad que tiene cada persona de disponer de una esfera, ámbito: privativo o reducto infranqueable de libertad individual, el cual no puede ser invadido por terceros, ya sean particulares o el propio Estado, mediante cualquier tipo de intromisiones, las cuales pueden asumir diversos signos”*.

Con otros fundamentos, Humberto Quiroga Lavié reflexiona en el concepto de intimidad y lo define como: *“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 publicidades 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”*. Siendo esta una buena apreciación de los elementos que constituyen el Derecho en comento, conviene retomarlos para generar una aproximación de lo que debemos comprender por Derecho a la Intimidad.

El autor Marcos Alejandro Celis Quintal lo define como *“aquel ámbito de libertad necesario para el pleno desarrollo de la personalidad, espacio que*

⁸⁷ THOMPSON citada por HERNÁNDEZ Martínez y otros Ob. Cit. Pág. 47.

debe estar libre de intromisiones ilegítimas y que constituye el presupuesto necesario para el ejercicio de otros Derechos”.

Para Scavini y Leyva citado por el mismo autor, concibe al Derecho de la Intimidad como aquel que garantiza a su titular el desenvolvimiento de su vida y su conducta dentro de aquel ámbito privado, sin injerencias ni intromisiones que puedan provenir de las autoridades o de terceros, y en tanto dicha conducta no ofenda al Orden Público, la moral y las buenas costumbres, ni perjudique los derechos de los demás. El autor va más allá y menciona que tal Derecho se dota de las características de: La facultad de exclusión y la autoconfiguración.

En una primera aproximación al concepto de íntimo, se puede advertir la idea de interioridad, de reducto personal que se pretende ocultar al resto de aquellos con quienes convive una persona, se establece entonces una pretensión de la ausencia de difusión, del conocimiento por parte de otras personas.

Otro elemento de resaltar, según el autor Rebollo Delgado⁸⁸, es que el Derecho a la intimidad posee un ánimo de secretividad, entendido éste como lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto, además sigue manifestando el autor que el Secreto es una utilización de la Intimidad, el Secreto (agrega) puede afectar tanto a un objeto material como a un sentimiento. En tanto, insiste, que la intimidad tiene una correlación directa con lo anímico, no lo espiritual, de la que adolece lo secreto. Habiendo dado estas consideraciones aportadas por el autor, se hace manifiesto que el resguardo de la información personal es un elemento importante y determinante en la aproximación del Derecho a la Intimidad.

⁸⁸ REBOLLO Delgado, Lucrecio; “El Derecho Fundamental a la Intimidad”, Editorial Dykinson; Madrid, España; 2000; Pág. 47.

Habiendo analizado los aportes de los autores, podemos decir que el Derecho a la Intimidad es una Facultad innata, subjetiva e irrenunciable que permite excluir intromisiones, perturbaciones y publicaciones indeseadas de personas o autoridades, en su ámbito privado ya sea emocional o espacial, con el fin de desarrollar su personalidad y autodeterminación, decidiendo la información y personas que pueden inferir en su esfera privada, siendo limitado únicamente por el Interés Público y la necesidad social.

b. Distinción entre intimidad y vida privada

Para el autor Rebollo Delgado⁸⁹, la intimidad y la vida privada, en nuestro entorno social y cultural, se utilizan indistintamente, por lo que no hace ninguna aclaración ni salvedad, aún cuando estamos en presencia de dos cosas distintas.

El concepto vida privada es muy amplio y engloba a todo aquello que no es o no queremos que sea de conocimiento general. Dentro de ello existe un núcleo que protegemos con más celo, con mayor fuerza por que lo entendemos como esencial en la configuración de nuestra persona. A esto último le denominamos Intimidad.

Cada ser humano elabora su vida privada o intimidad con grados, rasgos o caracteres distintos. Lo que para un individuo se vuelve reserva extrema, o lo que es o puede ser para otro un orgullo el que se conozca. El objeto que se conlleva tanto la vida privada y la intimidad es el mismo, mantener fuera del conocimiento público ciertas partes o toda nuestra personalidad, lo que ocurre es que las dimensiones de cada una son distintas.

Pertenece a la vida privada el ámbito matrimonial, los hijos, nuestros padres. Es conocida mi situación civil, si viven mis padres o que tengo hijos.

⁸⁹ *Ibíd.*; Pág. 50.

Si es la voluntad de la persona el dar a conocer sus relaciones sexuales o detalles de esta, ese tipo de detalles configurarían la Intimidad de la persona, mientras que los aspectos más genéricos de su vida que aún así se mantienen en la confidencialidad configurando lo que conocemos como Vida Privada.

Queda claro que tanto la Intimidad como la Vida Privada comparten elementos comunes, como el elemento volutivo y la libertad, existe además la conciencia social de restricción, de no injerencia, es decir, en ambas debe mantenerse el respeto a la autodeterminación de la persona.

Ahora bien, la diferencia que existe entre ambas es el grado. Este no viene constituido de forma objetiva, ni por normas, ni tampoco por condiciones sociales, pese a que ambas tienen cierto reflejo en su configuración; pero sólo la persona es quien establece los límites de la intimidad y de la vida privada.

De esta forma, la vida privada es lo genéricamente reservado, siendo la intimidad lo radicalmente vedado, lo más personal. El acceso o el reconocimiento de aspectos de la vida privada o de la intimidad, no los convierte en algo fuera de aquél ámbito. No pierde la condición de íntimo ni de vida privada aquellos que los demás puntualmente conocen. El que comenta sus interioridades conyugales o sus preferencias sexuales con un grupo de amigos no transforma, por el mero hecho de darlas a conocer, lo íntimo en público o no íntimo, ni tampoco ubica lo perteneciente a la vida privada de su ámbito. Lo que se da es una aproximación de terceros a un conocimiento concreto de la intimidad o de la vida privada. Lo que se conoce sigue radicándose en aquellos ámbitos, no se desclasifican de forma automática.

II.7.5.2 Naturaleza Jurídica

La existencia del Derecho radica en la unidad finalista que caracteriza a la persona humana, en ser dueña de sí misma (*sui iuris*), autónoma (libre) y digna ante sí y ante otros (exigente).

En efecto, la persona humana es en realidad una, única e irrepetible, un ser concreto e individual que tiene una naturaleza específica, la humana, pero que posee su singularidad como algo absolutamente propio, intransferible e incommunicable.

Ilva Hoyos dice que *"La persona humana es dueña de sí misma y de su entorno en tanto no pueda pertenecer a otro, es sui iuris, constitutivamente puede auto determinarse y auto gobernarse. Esta autoridad se refleja primordialmente en el hecho de tener cosas suyas y en el de tener la iniciativa y el gobierno de sus actos"*. La relación de dominio surge porque lo suyo tiene un contenido metafísico. De aquí se desprenden los títulos naturales que son aquellos que asignan algo a alguien sin que medie acuerdo de voluntades, esto es, las cosas que se tienen como propias en relación a la naturaleza humana. Este dominio radical se manifiesta en el dominio que la persona tiene sobre sí misma, su vida, sus actos, su integridad física, su intimidad, su honor.

El Derecho ha de reconocer al hombre su condición de persona, lo cual implica desde el reconocimiento del Derecho a su integridad corporal (legítima defensa), a su subsistencia física y a su integridad moral (derecho al honor), a la afirmación de una zona de libertad y de las exigencias de dignidad que convienen en cada situación a su condición de persona.

El Derecho a buscar la verdad, a pensar y a expresar lo pensado, a creer religiosamente y obrar de acuerdo con esa creencia, a proceder en la vida conforme a las propias ideas; todo esto son manifestaciones de Derechos Fundamentales que guardan relación con el «Derecho de la intimidad».

Es un Derecho Fundamental, individual, natural, inviolable que debe desarrollarse en una esfera de acción propia, independiente o autónoma. Según dice Béjar, *"El Derecho de la intimidad es indisponible, irrenunciable; inexpropiable e inembargable, es imprescriptible, ya que al ser un derecho inherente a la persona, al prescribir y extinguirse el Derecho habría que considerar que la persona misma, a la que van unidos, se extinguiría también."*

Cabe resaltar, que si se ultrajara la imagen o la voz de una persona se estaría atentando contra el Derecho que tiene un individuo a que se respete su ámbito privado o su intimidad. La imagen y la voz son consideradas como "propiedad" del individuo y él debe autorizar su reproducción. La imagen y la voz podrán ser utilizadas sólo con la debida autorización el titular.

Asimismo es necesario aclarar en este punto la confusión por parte de la doctrina, en cuanto a que una parte de ella consideran elementos configuradores del Derecho a la Intimidad, el Derecho a la propia imagen y el Derecho al honor, una parte de la doctrina defiende la idea que entre el Derecho a la intimidad y el Derecho a la propia imagen existen elementos comunes y vinculantes entre ambos, pues forman parte de la personalidad. Otra parte de la doctrina mantiene que tanto el Derecho a la intimidad y el Derecho a la propia imagen son Derechos diferente.

Así Rebollo Delgado, el cual hace una aclaración muy acertada manifiesta que la intimidad personal tiene un referente singularizado, el individuo, su físico y su psíqué. La propia imagen también parte del sujeto físico, pero ambas tienen sentidos diferentes. La intimidad personal tiene una proyección Ad Intra, mientras que la propia imagen la tiene en Ad Extra. Así al igual que el Derecho a la intimidad es ejercicio de una libertad, de una pretensión o la reafirmación de la propia personalidad. Pero el Derecho a la propia imagen no traspasa esa barrera psicológica o moral, se queda en lo

periférico del sujeto, independientemente del lugar donde éste se encuentre o si es éste público o privado.

a) El Derecho a la intimidad como Derecho Fundamental

Cuando hablamos de Derechos Fundamentales, nos referimos a ciertos derechos que poseen una serie de elementos especiales, que se reputan como indispensables para que una persona pueda desarrollarse, sin obstáculos, un plan de vida digno y pleno.

En términos generales, puede decirse que los Derechos Fundamentales son considerados como tales en la medida que constituyen instrumentos de protección de los intereses más importantes de las personas, pues preservan los bienes básicos para desarrollar cualquier plan de vida de manera digna.

De acuerdo con Robert Alexius, en el Estado Democrático de Derecho – Alemán-, los Derechos Fundamentales tienen cuatro características:

- ✓ El máximo rango: es el resultado de la circunstancia de que los Derechos Fundamentales se hallan regulados por la constitución. De allí que toda norma que los infrinja es Inconstitucional y, en consecuencia, nula por regla general
- ✓ La máxima fuerza jurídica: se refiere a que los Derechos Fundamentales no se limitan a ser meras declaraciones programáticas, sino que gozan de Tutela Judicial en todos los sentidos, así la observancia de éstos se hallan plenamente controlada por los Tribunales, es la justiciabilidad de los tesoros de la Constitución.
- ✓ La máxima importancia del objeto: indica que mediante los Derechos Fundamentales se decide acerca de la estructura básica de la sociedad, y se definen los límites en la economía, como lo puede ser el Derecho de propiedad o el de la Libertad Económica,

se establecen las reglas de comunicación en la sociedad, como la libertad de imprenta o la libertad de expresión, y

- ✓ El máximo grado de indeterminación: el Derecho a la intimidad es un Derecho Fundamental porque implica una defensa frente a la intromisión por parte del Estado o de la comunidad, asimismo su plena vigencia posibilita el desarrollo íntegro de la personalidad del individuo.⁹⁰

b) El Derecho a la intimidad como Derecho de Defensa y Subjetivo

El Derecho a la Intimidad tiene dos proyecciones importantes, una proyección Ad Intra y otro Ad Extra⁹¹. La primera de ellas es la que el individuo posee para decidir lo que los demás no sepan de su vida privada, la segunda por el contrario es la facultad de controlar lo que los demás conocen de nosotros; así la primera de las manifestaciones -Ad Intra- se configura como un Derecho de Defensa frente a los demás y la segunda -Ad Extra- se configura como un Derecho subjetivo en tanto se plantea la posibilidad de ejercerlo plenamente.

Según el mencionado autor, debe existir una configuración de Órganos, (los propios del Estado), que deben tener como fin garantizar ese ámbito externo del individuo; pero sobre el que opera de forma definitiva su voluntad, y en el que el Estado ha de establecer las garantías necesarias para su vigencia efectiva. De esta forma, la voluntariedad en el Derecho a la intimidad, su libertad de creación opera tanto en el ámbito externo e interno del Derecho, y ambos conforman el todo del Derecho.

⁹⁰ CELIS Quintal, Marcos Alejandro; “La Protección de la Intimidad como Derecho Fundamental de los Mexicanos”, Editorial Civitas; México; 2005; Pág. 77.

⁹¹ REBOLLO Delgado, Ob. Cit.; Pág. 76.

c) El Derecho a la intimidad como Derecho Positivo

Doctrinariamente un Derecho Positivo, se refiere a la norma jurídica⁹², es decir el derecho regulado o normativizado. En este sentido, la Intimidad se configura como Derecho desde el momento en que el Ordenamiento jurídico lo reconoce como tal, así nuestra Norma Primaria reconoce y eleva a la categoría de Derechos una serie de valores en su Artículo 2 entre los cuales se encuentra la Intimidad.

Posteriormente en las Leyes Secundarias se desarrollan mecanismos de protección a las injerencias de este Derecho como lo son los apartados del Código Penal en lo referente a los Delitos relativos a la Intimidad, y además la recién aprobada Ley Especial Para la Intervención de las Telecomunicaciones, la cual establece que de manera excepcional se autorizará la medida de intervención a la telecomunicaciones, siendo estas una forma de inferir en la esfera privada de las personas, es de mencionar que esta Ley además reconoce la Garantía de la intimidad en su contenido, que será objeto de un análisis extensivo con posterior ocasión.

En definitiva, el Derecho a la Intimidad, recoge la connotación de Derecho positivo en tanto y en cuanto es reconocido por el ordenamiento jurídico.

d) El Derecho a la intimidad como Manifestación de la Libertad

La Protección íntegra de la libertad como interés o bien jurídico específico exige ponerla a resguardo no sólo de la fuerza material que priva de libertad física y de la intimación o coacción que afecta la libertad moral o de decisión, sino también tutelar el espontáneo despliegue de la personalidad en la esfera de la intimidad o reserva personal, por vía de la exclusión o

⁹² TORRÉ, Abelardo; “Introducción al Estudio del Derecho”; 14ª Edición, Editorial Abeledo-Perrot, Argentina; 2003; Pág. 213.

reducción al mínimo de las injerencias exteriores en ese ámbito de desenvolvimiento del sujeto.

Dentro de esta línea de Pensamiento, con respecto a las figuras penales de violación de domicilio y de secretos, éstas representan formas ampliadas de Tutela de la libertad, se utilizan tanto para prohibir las formas groseras y directas de violencia y coacción, así como para proteger al conglomerado social de las sutiles presiones del temor o de la perturbación de la tranquilidad; y es que la intimidad responde a la necesidad básica de preservar una libertad espiritual indispensable en el campo vital que circunda al hombre de manera próxima e interior en grado superlativo, eliminando intromisiones, fiscalizaciones e influencias foráneas susceptibles de alterar su tranquilidad.

La Libertad no es sólo la posibilidad de despliegue o represión de movimientos voluntarios o de obrar sin presión psíquica externa; es, más ampliamente, el Poder de ser en sí mismo y no únicamente en los otros, de actuar según los dictados de la voluntad, pero también de hacerlo al reparo de los demás, sin indeseadas proyecciones al mundo exterior ni forzadas penetraciones de éste en la intimidad del sujeto.

Bajo este enfoque, se trata de la primera de las libertades que al ser humano corresponden, o visto de otro modo, la última que en el plano jurídico puede ser objeto de limitación, y la única que probablemente no puede ser suprimida de modo absoluto, porque si sucediera significaría que, ante el Derecho, el ser humano se convertiría en un objeto y no en un sujeto.

Así entendida, se trata de libertad personal más que libertad individual, ya que la protección del Derecho toma en cuenta la esfera de la intimidad espiritual del hombre y no su realidad física o psíquica.⁹³

⁹³ ZAVALA de González, Matilde M.; “Derecho a la Intimidad”, Editorial Abeledo-Perrot; Argentina; 1982; Pág. 24.

II.7.5.3 La Dignidad de la persona como fundamento del Derecho a la intimidad

Desde la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, se matizó el gran valor que la persona tiene en el espectro jurídico, viéndose influenciada por las Teorías lus Naturalistas, las cuales a su vez otorgaban gran connotación a la persona humana por la simple razón de ser persona, lo que posteriormente se denominó Dignidad.

Esta última entidad constituye el pilar básico sobre el que se fundamenta todo ordenamiento social, e inevitablemente se proyecta en el derecho, por ser éste producto de la organización de la sociedad. El reconocimiento de derechos comienza por la declaración y el convencimiento que la persona es el objeto y fin último de cualquier regulación normativa⁹⁴.

Gran parte de los Ordenamientos Jurídicos alrededor de mundo, otorgan cierto status especial a la persona, según palabras de Alegre Martínez⁹⁵, “de acuerdo con su condición de ser racional, la persona merece y necesita vivir en un entorno que permita y favorezca el desenvolvimiento, desarrollo y perfección de su naturaleza humana, tanto a nivel individual como social. Esta es la razón por la que la dignidad se encuentra unida, de modo indisoluble, a las ideas de libertad e igualdad”. En nuestro Sistema Jurídico, es apreciable de manera muy simple como la Constitución en su artículo 1, pone en perspectiva su fundamento orgánico y su misión finalista, otorgando estos a la persona humana, reconoce además su propia obligación de asegurar a la persona el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social. Es evidente que el Estado Salvadoreño califica a la persona como un ente dotado de Protección y Respeto a la persona humana, tal manera que la dignidad de la persona es

⁹⁴ REBOLLO Delgado, Ob. Cit. Pág. 70.

⁹⁵ ALEGRE Martínez; Citado por REBOLLO Delgado; *Ibíd.*

instituida desde la Constitución como el Valor Jurídico Fundamental Supremo; según palabras de Lucas Verdú⁹⁶ “sin el reconocimiento y garantía de la dignidad humana los Derechos Humanos⁹⁷ se desdignifican, se desnaturalizan, desencializan y decaen en una visión positiva incapaz de interpretar correctamente este Principio Básico”.

La Dignidad es una parte de los atributos de la persona, independientemente que el derecho la reconozca o no. La dignidad es un valor espiritual moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás. Existen de esta manera dos manifestaciones, una positiva y otra negativa, entendiendo por esta última la garantía que la persona no es objeto de ofensas y humillaciones, por otro lado la manifestación positiva es la plena eficacia del desarrollo de la personalidad de cada ser humano, esto supone entonces el reconocimiento de la total auto disponibilidad, sin interferencias o impedimentos externos, de las posibilidades de actuación propias de cada persona, es decir, que la autodeterminación surge de la libre proyección histórica de la razón humana, antes que de una predeterminación dada por la naturaleza.

En síntesis el Fundamento Teleológico del Derecho a la intimidad es el de la Dignidad de la persona, en tanto que el Derecho a la Intimidad, resguarda la facultad de la persona de desarrollar su personalidad de forma alejada del conocimiento público, manteniendo en reserva su vida privada según sea su voluntad. Es una manifestación de la autodeterminación que posee el ser humano, dada por la simple razón de ser persona.

⁹⁶ LUCAS Verdú ; Citado por REBOLLO Delgado; Ibíd.

⁹⁷ Haciendo referencia a los Derechos otorgados a la persona humana, no alude a la categoría de derechos propiamente dicha.

II.7.5.4 Objeto

Se habla de la imposibilidad que la persona sea simultáneamente sujeto y objeto de la misma relación jurídica, ya que los componentes indisolubles del sujeto y las condiciones esenciales de la persona no pueden ser objeto de un Derecho Subjetivo, pero si retomamos esta postura se olvida lo que ontológicamente es parte del sujeto, es decir lo que jurídicamente puede considerarse desprendido de él y erigido en objeto de un Derecho: "En su exacto sentido, objeto de un derecho no es sino aquella parcela de la realidad social acotada como base de la situación de poder concreto que constituye el Derecho Subjetivo".

En efecto, es innegable que, desde el punto de vista de la estructura integral del hombre, la vida, la libertad, la intimidad, etcétera, son aspectos naturalmente inescindibles de su ser, pero de lo que se trata es de traducir esta realidad en conceptos jurídicos, de transformar esas categorías existenciales en categorías normativas y en esta perspectiva ya no se observan aquellos aspectos como modos de manifestación o presentación de la persona, sino como elementos constitutivos del hombre que frente a la posibilidad de su privación o pérdida —que no es meramente hipotética ni improbable, como lo demuestra la historia — se hace necesaria e inevitable que estén bajo la Protección Legal, por consiguiente, el Derecho enfoca esos bienes no como lo que la persona es ontológicamente— sino como algo que debe tener —jurídicamente—, de lo cual puede en los hechos— y no debe — en Derecho— ser privada ni despojada más allá de los límites que la Ley establezca.

El hombre es, efectivamente, un ser vivo, libre, sano, pero es el derecho quien se encarga de la afectación del goce de tales bienes, atribuyéndoselos jurídicamente, delimitando un ámbito de actuación a favor del titular, lo cual es la base o presupuesto para que su amenaza o lesión genere consecuencias jurídicas preventivas o represivas, así por tratarse de

condiciones fundamentales para la existencia o dignidad de la persona, si bien no impide lógicamente la existencia de Derechos Subjetivos que las tengan por objeto, más bien busca enaltecer la trascendencia y significación de tales derechos.

En realidad, quienes estiman que existe aquí una identificación del sujeto con el objeto es porque exigen implícitamente una cualidad especial en éste, es decir, una perfecta separación o independencia, real o natural y no sólo jurídica. Sin embargo, no es carácter infaltable en el objeto su exterioridad a la persona, ya que nada impide tutelar bienes interiores, materia de estos derechos no será la persona, como sustrato indivisible, sino alguna de sus facetas que unidas en la realidad normal, pueden ser virtualmente individualizadas como objeto de un Poder atribuido a la voluntad dentro de los confines fijados por el Ordenamiento Jurídico.

II.7.5.5 Características

Haciendo referencia a los postulados de Gómez Pavón, las características de los Derechos Personalísimos reseñados por la Doctrina son: a) originarios e innatos; b) subjetivos – privados; c) oponibles erga omnes; d) extra patrimoniales; e) Intransmisibles; f) irrenunciables e imprescriptibles.⁹⁸

- a. Originarios e innatos: se destaca en esta característica su esencialidad; la Técnica Jurídica empleada en su reconocimiento es la de los llamados conceptos jurídicos individuales determinados, mediante la cual se protegen realidades históricamente variables, sin perfiles definidos, tales como la dignidad, el honor, que permiten ir concretando su protección en el tiempo a los tribunales. Se ha

⁹⁸ BELTRÁN de Heredia, J.; “Constitución Jurídica de los Derechos de la Personalidad”, citado por HERRERO Tejedor, Fernando; “Honor, intimidad y propia imagen”; Editorial Colex. Edición: 2ª Edición; España; 1994; Pág. 51.

destacado también su carácter Inherente e Inseparable de la persona lo que admite el que constituyan Derechos Individuales y Personalísimos, existentes en toda persona, con alcance diferente basado en el interés de cada uno en mantener un determinado ámbito de protección y su extinción a la muerte de la persona.

- b. Subjetivo –Privado: en cuanto permite el goce de los propios bienes personales, su Tutela va dirigida frente a otros particulares, aún cuando esto no entre en contradicción con su reconocimiento constitucional.
- c. Oponibles Erga Omnes: se consideran también Derechos absolutos, lo que ha llevado a equiparlos en determinada época con el Derecho de propiedad, aún cuando pueda limitarse si se produce un conflicto con otros de igual rango, de allí que son oponibles contra cualquier persona.
- d. Extra Patrimoniales: es decir que no son valorables en dinero y se encuentran fuera del comercio. No obstante, el titular del derecho en ocasiones genera lucro de él, la reiteración de una conducta no es un factor de legitimación de la misma en ningún caso.
- e. Irrenunciables e imprescriptibles: Esto es así, ya que no puede cederse su titularidad, a este respecto, cuando la intromisión sea consentida no debe hablarse de renuncia, sino de falta de legitimidad. Inalienable, en cuanto que no son susceptibles de enajenación, por ello mismo son inembargables e inexpropiables. Por último son imprescriptibles en el sentido que el Derecho no puede extinguirse por inactividad o silencio de su titular.

II.7.5.6 Sujetos o titulares

Siendo el Derecho a la Intimidad un Derecho Fundamental por naturaleza, es reconocido a toda persona humana desde el momento de su

concepción, esto según el Artículo 1 de la Constitución de la República, y además queda establecido por el artículo 2 de la misma, en donde reconoce el Derecho a la Intimidad Personal y familiar a toda persona, la pregunta radica ¿Les es reconocido el derecho a las personas incapaces?; ¿Están comprendidos los extranjeros?; ¿El término “personas” engloba a las personas jurídicas?

En relación a la personas incapaces,⁹⁹ habrá que distinguir a la vez si tiene o no discernimiento, de no tenerlo, bastará el conocimiento otorgado por su representante legal; en cambio si el incapaz tuviera discernimiento no bastará el consentimiento manifiesto por su representante legal para autorizar la conducta obligatoria de la intimidad, en tales casos será necesario obtener el consentimiento del representante y del incapaz representado. Así mismo la afección no impide su discernimiento, lo que le permite juzgar y elegir lo que desea para su vida teniendo derecho, en consecuencia, a que se consulte su opinión en la materia.

En cuanto a los casos de incapaces sin discernimiento, y siempre en aras de lograr una mayor y mejor protección de la intimidad, se dispone que al consentimiento del representante legal deba agregarse la autorización judicial. De acuerdo con el Artículo 1318 C.C, son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordos que no puedan darse a entender de manera indudable. Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admite caución.

La regla no hace más que reflejar algo justo, supongamos el caso de un sordomudo que no sabe darse a entender por escrito; ¿Por qué motivo habría de soportar los ataques a su vida privada autorizados por su representante?, su afectación no impide su discernimiento, lo que le permite

⁹⁹ HERNÁNDEZ y Otros. Ob. Cit.; Pág. 65.

juzgar y elegir lo que desea para su vida; tendrá derecho, en consecuencia a que se consulte su opinión en la materia.

Con relación al reconocimiento del Derecho a la intimidad hacia los extranjeros, nuestra Constitución manifiesta en su artículo 3 que todas las personas son iguales ante la ley, esto implica el goce y respeto de lo que la Ley establece, sin distinción de raza, sexo o nacionalidad; es evidente, que la Constitución reconoce los mismos Derechos individuales a los extranjeros incluso el mismo Derecho a la intimidad, además de esta concepción proteccionista, encontramos lo dispuesto en el artículo 96 de la misma norma, en donde reconoce el Derecho a los extranjeros de ser protegidos por las leyes de nuestro país. No cabe duda entonces que el Derecho a la intimidad es reconocido tanto para personas nacionales como a las extranjeras, sin distinción para acceder a sus sistemas de Defensa en el momento de vulneración.

En este mismo orden de ideas Rebollo Delgado¹⁰⁰, afirma que de forma genérica se reconoce el Derecho a la intimidad a todas las personas naturales ya sean nacionales o extranjeros. Además agrega que dado el Carácter Personalísimo del Derecho en discusión y su relación con la dignidad de la persona humana, y el respeto que se propugna por el Ordenamiento Jurídico, resulta deducible la inclusión del extranjero en este tipo de Derecho.

Esto es justamente por la misma fundamentación del Derecho, que deviene de la misma dignidad de la persona, una condición intrínseca del ser humano.

Con respecto a las personas jurídicas y el Derecho a la intimidad, una primera tesis sostiene que las personas en mención no poseen dicho Derecho, puesto que este es otorgado únicamente a las personas naturales.

¹⁰⁰ REBOLLO Delgado; Ob. Cit.; Pág. 133.

Otra tesis sostiene que las personas jurídicas tienen Derecho a la tutela de sus vidas privadas, derecho a un nombre, al honor y a la reputación. Esta última postura recoge el problema de generar una mezcolanza entre el Derecho a la intimidad y el del honor, que con anterioridad hemos manifestado que son dos Derechos diferentes pero unidos por elementos comunes, por ende no puede decirse que las personas jurídicas tienen derecho a intimidad, por lo menos con esta última postura.

Por el momento en nuestro medio, el Derecho a la intimidad no es reconocido a las personas jurídicas, el único Derecho reconocido a ella es el del honor, pero como ya manifestamos, es un de Derecho de contenido y extensión diferente del Derecho al que estamos ilustrando.

Los actuales avances tecnológicos y los posibles ataques a los secretos de empresa que afectarían el honor, la imagen de la empresa y en definitiva su ámbito comercial. A la espera del desenvolvimiento de estos aspectos, puede haber un desarrollo por parte de la doctrina encaminada a proteger los secretos de las empresas o personas jurídicas y otorgarles dicho Derecho, ejemplo de lo anterior es el develamiento de documentos confidenciales del Departamento de Estado de los Estados Unidos realizado por la página web "wikileaks", en donde se revelaron conversaciones enteras entre representantes diplomáticos de Estados Unidos, referente no a la vida privada de dichos agentes, sino a aspectos de inteligencia realizados por el Gobierno Norteamericano, que por su naturaleza son secretos. Pero en la actualidad las personas jurídicas no son consideradas como titulares de Derechos personalísimos de manera permanente como es el caso de las personas físicas, sino en un determinado contexto y en situaciones o condiciones concretas en que sea necesaria su Protección, es decir, la protección no se otorga en sí misma, sino para sí, según el caso que se trate.

II.7.5.7 La Intimidad como Bien Jurídico

El Bien Jurídico se denomina de formas diversas, tales como: Derecho protegido, bien garantizado, interés jurídicamente tutelado, objeto jurídico, núcleo del tipo, objeto de protección. No puede surgir el delito cuando por inexistencia del objeto de tutela o por falta de idoneidad de la acción es imposible la lesión de un bien jurídico, el cual se presenta en las formas más diversas debido a su pretensión de garantizar los Derechos de toda persona, como pueden ser entre otros: reales, jurídicos, psicológicos, físicos, etcétera.

Rocco precisó que el concepto de bien jurídico ha de apoyarse sobre la idea de valor. Según Cobo del Rosal, el bien jurídico se puede definir como “todo valor de la vida humana protegida por el Derecho”. Para Jescheck el bien jurídico constituye el punto de partida y la idea que preside la formación del tipo. Afirma además que son bienes jurídicos aquellos intereses de la vida, de la comunidad a los que presta protección el Derecho Penal¹⁰¹. En nuestra opinión, el bien jurídico como objeto de protección del Derecho Penal es todo valor individual o de conjunto que merece la garantía de no ser vulnerado por la acción de otro. Así entonces, el tipo penal se debe entender como un valor ideal del orden social jurídicamente protegido, por tanto, el bien jurídico constituye la base de la estructura e interpretación de los tipos.

El Estado de Derecho lo entendemos en la medida en que el Estado ofrece una protección a la sociedad, y para este fin ha de sujetarse rigurosamente al imperio de la Ley, con lo cual, aquellos intereses sociales que ameriten ser protegidos por el Estado se denominan “bienes jurídicos”. En el ámbito del Derecho Penal deberán ser protegidos únicamente bienes jurídicos reconocidos, pero eso no significa que todo bien jurídico haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos

¹⁰¹ ZAMORA Jiménez, Arturo; “Bien Jurídico y Consentimiento en el Derecho Penal”, Letras Jurídicas Núm. 6; España; 2008; Pág. 3.

penalmente protegidos deba necesariamente determinar la intervención del Derecho Penal, así por ejemplo en el caso que medie el consentimiento del disponente en algunos delitos.

El Objeto del bien jurídico encuentra su origen en el interés de la vida, previo al Derecho, que surge de las reacciones sociales, aunque dicho interés vital no se convierte en bien jurídico hasta que es protegido por el Derecho, es éste el que decide entre los intereses sociales cuáles deben convertirse en bienes jurídicos a través del proceso legislativo que lo crea.

Por su parte los *neo-kantianos*, que constituyeron la doctrina dominante a partir de los años veinte, buscaron una sustancia material del bien jurídico en una realidad previa al Derecho, pero en lugar de verla en el terreno de los intereses sociales, la situaron en el mundo espiritual subjetivo de los valores culturales. Sin embargo, una importante dirección acude hoy al concepto, de bien jurídico como bandera de una política criminal liberal, que fija un límite al Derecho Penal, es decir una frontera de lo que puede ser objeto de Protección Penal¹⁰².

Es menester, por lo tanto observar cómo se entiende a la Democracia y cuál es la justificación de demandar su Protección Jurídico Penal, pues de otro modo, se llegaría al extremo de la sentencia de *Montesquieu*, en el sentido de que toda pena que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránica.

En lo que respecta al Derecho a la Intimidad, el constituyente, estimó que dicha entidad jurídica debía tener Relevancia Constitucional y posteriormente el Legislador Secundario o Derivado consideró tal derecho como un elemento constituyente de la vida en comunidad, es un Derecho que permite la convivencia del individuo en la sociedad. .

¹⁰² *Ibíd.*; Pág. 4.

Conviene en este punto aclarar ¿cuál es el bien jurídico protegido en el Derecho a la intimidad?, es decir, el núcleo que se protege al reconocer este y elevarle a Rango Constitucional y posteriormente protegerlo mediante el Derecho Penal; es necesario hacer la distinción de la vida privada de las personas y de la vida pública que las mismas llevan, ya que estas se protegen de distinta manera, como vida pública podemos comprender aquellas acciones que realiza la persona con sus semejantes ya sean en el ámbito profesional, laboral, académico etc., la vida privada se ve circunscrita a los ámbitos familiares, personales y de la psiqué de la persona.

Con respecto a las acciones privadas, cuya intangibilidad protege el artículo 2 de la Constitución, se ha indicado en la doctrina que dichas acciones son interiores del hombre, cuyos efectos quedan en la inminencia del sujeto, y las acciones exteriores no públicas, es decir los actos que aunque trascienden del agente, no interesan ni afectan el orden social de la comunidad, o bien, todo lo que hace al campo de la conciencia íntima y los actos personas que pueden reflejarse y constatarse exteriormente, pero que carecen de significación para la vida social.

Sin embargo, el Derecho a la intimidad no protege todos los aspectos de la vida privada, ni contra cualquier tipo posible de ataque a ella. Esto ya lo ha manifestado Steimberg, citado por Zavala de González, en el sentido que el título Derecho a la Intimidad con el original Right of Privacy expresa algo más que éste: Todo lo íntimo es necesariamente privado, pero no todo lo privado es necesariamente íntimo.

De igual manera la Doctrina moldea al Derecho a la intimidad con caracteres nítidos y autónomos con respecto a otras instituciones que también protegen la vida privada, en este orden de ideas Zavala González¹⁰³, perfila el bien jurídico tutelado del Derecho a la intimidad limitándolo a la

¹⁰³ ZAVALA de González, Ob.cit.; Pág. 71.

reserva, que constituye una proyección de la libertad espiritual de la persona, esta reserva es a criterio de la doctrinaria, la cobertura espiritual que envuelve o protege cierto sector de la vida de toda persona –aquel más próximo, particular o interior-, guardándolo con exclusividad de injerencias, intromisiones y fiscalizaciones.

Si bien el Derecho a la intimidad ha sido entendido en algunas ocasiones como un Derecho al secreto, el concepto de reserva es más amplio. Se la preserva, por consiguiente no sólo sustrayendo al conocimiento de otras personas ciertos aspectos o manifestaciones de la vida particular del sujeto, sino también imponiendo una actitud de prudente distancia o discreción, a fin de no lesionar de otra manera costumbres o sentimientos concernientes a esa vida íntima.

En consecuencia, perturba la intimidad quien se informa o divulga algo vedado al conocimiento ajeno, pero también quien despliega una conducta susceptible de herir de otra manera las afecciones personalísimas de sujeto.

Además, en el caso de la violación del secreto, la protección alcanza no sólo a lo que está gramaticalmente, es decir, lo que es intencional y cuidadosamente se mantiene oculto, sino igualmente a toda circunstancia que no está puesta al alcance de cualquiera, por relacionarse con la intimidad de la persona, aunque no revista naturaleza confidencial.

La consideración del bien jurídico protegido permite distinguir el acto ilícito contra la intimidad de aquellos que lesionan otros intereses de la persona también concernientes a su vida privada.

También advierte que el Derecho a la intimidad puede causarse instrumentando simultánea y subordinadamente una lesión a otro bien

atributo de la persona, como el nombre o la imagen, de manera que repercuta en la reserva espiritual de su vida privada.¹⁰⁴

II.7.6 Manifestaciones del Derecho a la intimidad

Junto con el Derecho al Honor y a la propia imagen¹⁰⁵, surgen límites a la Libertad de expresión y difusión del pensamiento. Entenderemos el Derecho al honor como el aprecio y estima que una persona recibe de la sociedad en que vive. Este Derecho está íntimamente relacionado con la Dignidad de la Persona¹⁰⁶. El Derecho a la propia imagen se puede comprender como la facultad exclusiva del interesado a difundir o publicar su propia imagen, y por ende el Derecho a evitar su reproducción¹⁰⁷.

Se vincula con el aspecto interno de la libertad religiosa, relativo al fuero interno del individuo, que se conoce como libertad de conciencia, además aquí se proyecta la orientación sexual.

Se relaciona con el Derecho al silencio y al secreto. El primero es la faz negativa del Derecho a la libre expresión y difusión del pensamiento, y al igual que el Derecho al secreto, “implica la facultad de reservarse ideas, sentimientos, conocimientos y acciones que el sujeto no desea voluntariamente dar a publicidad, o revelar a terceros, o cumplir”¹⁰⁸

Se refiere además al Secreto Profesional, que une a un profesional y a su cliente. El confidente es una especie de alter ego de la persona que se ve

¹⁰⁴ *Ibíd.*; Pág. 17.

¹⁰⁵ Es oportuno aclarar que existe en la doctrina una fuerte ambigüedad con respecto a estos dos derechos, en cuanto que algunos autores vinculan estos derechos como manifestaciones del derecho a la intimidad y otros como elementos separados del derecho a la intimidad. Al respecto, creemos que es muy acertada la apreciación que hace al respecto el autor Lucrecio Rebollo Delgado al establecer que son elementos inherentes al derecho a la Intimidad puesto que esta forma parte de la personalidad de la persona y los derechos en mención son configuradores de ella, asimismo se expresa el autor Juan José López Ortega la llamarlos configuradores del derecho de intimidad.

¹⁰⁶ SENTENCIA DE LA SALA DE CONSTITUCIONAL de la Corte Suprema de Justicia, del 16-VI-1999, del Proceso Constitucional de Amparo Ref. 12-D-96, Considerando II N° 1.

¹⁰⁷ Según Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de España, del 11 de Abril de 1987.

¹⁰⁸ BIDART Campos, Germán J.; “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo I”; Ediar, Argentina; 1967.

obligada a abrir su intimidad a un profesional que le aconseja para defender sus intereses o aportar una solución a sus males.

Haciendo referencia a la Doctrina, las manifestaciones del Derecho a la Intimidad puede clasificarse en Materiales y Espirituales¹⁰⁹, (manifestación emocional). De esta Clasificación de Manifestaciones se pueden exponer las más trascendentes: la Inviolabilidad del domicilio que es una manifestación material eminentemente del Derecho a la intimidad y la Inviolabilidad de las comunicaciones que tiende a representar la manifestación espiritual o emocional del sujeto, en tanto trasciende mucho más la intimidad.

a) Inviolabilidad del Domicilio

La Inviolabilidad del domicilio se concreta en las facultades de exclusión que se reconoce a favor del titular del Derecho, para preservar el carácter íntimo o reservado de un espacio físico determinado, siendo expresión de su voluntad de autodeterminación en la esfera privada, se caracteriza por su residencia frente a cualquier clase de intromisión injustificada. Es lógico pensar que la Inviolabilidad del domicilio es una manifestación espacial del Derecho a la intimidad, dado que acoge el desarrollo de la circunstancia acciones y manifestaciones que el individuo decide guardar para sí, manteniendo bajo la convicción de que se encuentra fuera del conocimiento público.¹¹⁰

Se incluyen en esta noción de domicilio en sentido Constitucional, las viviendas (los domicilios ocasionales, las habitaciones de los hoteles mientras permanezcan ocupadas), los lugares contiguos a la casa, siempre que mantenga una unidad espacial con lo que constituye la propia vivienda,

¹⁰⁹ BERTRAND Galindo Ob. Cit. Pág. 740.

¹¹⁰ LÓPEZ Ortega, Juan José, La Protección de la Intimidad en la Investigación Penal, Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia (UTE) El Salvador, 2001, Pág. 10.

los despachos u oficinas y, en general aquellos lugares donde el sujeto despliega sus actividades laborales y donde exista la finalidad de residencia.

Cuando el registro del domicilio resulta indispensable para los fines de la persecución e investigación de los delitos, la entrada sólo es posible si su titular consiente en ella, si se ha producido un delito flagrante o si se autoriza judicialmente. La aplicación de esta medida de investigación siempre excepcional presupone la ponderación de los intereses en juego y el respeto a los principios de proporcionalidad, que, en este caso, obliga a considerar la gravedad del hecho y la existencia de indicios, es decir, la existencia de una sospecha fundada.

b) Inviolabilidad de la Correspondencia

Este Derecho tan sagrado para la persona humana como el anterior, se refiere a la facultad del sujeto para salvaguardar las informaciones que mantenga con sus familiares, amigos o relacionados, y que son una parte íntima del hombre. La Sala de lo Constitucional en su Sentencia de Habeas Corpus de referencia H135-2005-AC ha dicho que el término “correspondencia”, alude a la comunicación postal, es decir, a la transmisión explícita de mensajes entre personas que no se encuentran en el mismo sitio, y cuya comunicación se propicia mediante un soporte físico que es confiado por un tercero; por tanto, la Protección Constitucional se dispensa a objetos mediante los cuales se transmiten mensajes a través de signos lingüísticos; de modo que concretamente la Inviolabilidad de la correspondencia alude a la Protección Constitucional otorgada a objetos por los cuales se transmiten mensajes lingüísticos. Esta manifestación del Derecho a la intimidad se encuentra regulada en el Artículo 24 de la Constitución.

El Alcance del término correspondencia, no se reduce a la escrita, sino también a la formulada a través de cualquier medio que exprese palabras o

cualquier medio de lenguaje; amplitud que se fundamenta en el tenor literal de la Constitución, la cual no contempla una concreción del medio utilizado para la correspondencia garantizada, ni señala el contenido de ésta, sino que se refiere a todo tipo de correspondencia.¹¹¹

c) Inviolabilidad de las Llamadas Telefónicas

Un registro se distingue de una escucha, por la duración de la intromisión y por la extensión del ámbito de intimidad afectado por la injerencia –objetos completamente determinados en el registro y cualquier clase de comunicación en la escucha. Estas diferencias son determinantes para establecer un régimen de limitación del Derecho a la intimidad más estricto cuando se trata de las comunicaciones privadas, que cuando se refiere a la protección del domicilio, que permite la entrada policial en caso de Delito Flagrante, el Derecho al secreto de las comunicaciones sólo puede ser limitado mediante resolución judicial.

Las escuchas telefónicas se encuentran sometidas a rigurosos principios como los de proporcionalidad, de necesidad y juridicidad puesto que es un medio excepcional y supletorio de la investigación, por una sospecha razonable y una infracción grave.¹¹²

En Definitiva, la intervención a las telecomunicaciones, al igual que la detención provisional son medidas extremas o de última ratio utilizadas en el Proceso Penal para la investigación del delito, puesto que vulnera Derechos sensibles de la persona, por ende su protección debe ser máxima y su restricción exclusiva.

En las intervenciones telefónicas el Estado a través de su *Ius Puniendi* se puede infiltrar en la esfera privada del individuo para conocer de él, sus

¹¹¹ HERNÁNDEZ y Otros; Ob. Cit. Pág. 51.

¹¹² *Ibíd*em; Pág. 14.

secretos, y eventualmente las más puras manifestaciones de su conciencia, con el objetivo de encontrar un vínculo delictivo en dicha esfera.

En esta delimitación del contenido esencial de la Garantía de inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas, cobran especial significado los sujetos que puedan resultar lesionados en una intervención telefónica, que pueden ser dos: uno será el titular del Derecho vulnerado, que es la persona que sufre la intromisión ilegítima, es decir, son las personas que intervienen en la telecomunicación ya sea emisores o receptores; y el otro es el sujeto legitimado, que es aquella persona que aunque no haya tenido participación directa en la comunicación, se ve afectada por la interferencia o intervención telefónica o por la revelación de su contenido.

Finalmente es importante señalar, que respecto a la extensión de la Garantía de inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas, ésta posee eficacia “Erga Omnes”; por tanto, la Violación Constitucional puede surgir tanto de una entidad pública como de un particular, pues si bien es cierto, el planteamiento Constitucional de cualquier Derecho Fundamental se hace de forma genérica desde la perspectiva de la posible vulneración de los Poderes Públicos, también, se debe aceptar que en los Derechos de la personalidad se admite la posibilidad que la vulneración provenga de un particular.¹¹³

II.7.7 Límites al Derecho a la intimidad

En anterior oportunidad se ha manifestado que los Derechos pueden ser restringidos o limitados, es evidente que siendo el Derecho a la intimidad parte del catálogo de Derechos Fundamentales, puede ser restringido. Los Derechos Fundamentales no son absolutos, tiene límites y son susceptibles de restricciones, pero esta restricción debe tener un fundamento Constitucional suficiente ante semejante injerencia del Estado.

¹¹³ *Ibíd.*; Pág. 53.

Los Límites se hacen presentes bien por razón de la colisión con otros Derechos Fundamentales, bien por razón inmanente al propio Derecho a la intimidad, es decir, de los intereses protegidos constitucionalmente por éste. Pero, además de los Derechos Fundamentales y, en concreto, la intimidad, pueden sufrir limitaciones o restricciones por exigencias de otros bienes jurídicos protegidos. La Doctrina realiza una enumeración de los bienes jurídicos capaces de legitimar una incidencia en la intimidad de los cuales se manifiestan a continuación:

Con carácter general, los fines sociales o las exigencias públicas, comprendidos mejor como Interés Público, puede tener rango superior a algunos Derechos Fundamentales y, entre ellos, la intimidad, de suerte que éstos deben ceder ante ellos. La razón radica en que los Derechos Fundamentales no son, ni pueden ser entendidos, ni asemejados o ejercidos, como obstáculos infranqueables para realizar dichos fines, exigencias o intereses.

En virtud de lo anterior, la doctrina hace referencia a un ejemplo en el cual el Estado, en la búsqueda de la Verdad material de un hecho delictivo, tendrá que verse en la obligación de restringir al individuo, algunos de sus Derechos.

La Doctrina manifiesta que sólo se puede ceder ante los Derechos Fundamentales en las causas que a continuación se presentan:

Los Derechos tienen limitaciones cuando están expresamente impuestos por la propia Constitución; en el caso de nuestro país, existía una prohibición expresa de no intervenir hasta antes de la Reforma del Artículo 24 de la Constitución.

Los Límites derivables o inferibles, de manera mediata o indirecta, del Texto Constitucional, precisamente por resultar justificados en la necesidad de preservar otros Derechos o bienes jurídicamente protegidos.

La cesión así justificada nunca puede suponer, sin embargo, una obstrucción o comprensión del Derecho Fundamental de que se trata mas allá de lo razonable, y en ningún caso, un sacrificio de su contenido esencial.

De la Doctrina general así sintetizada cabe extraer tres principales conclusiones:

El Interés Público Constitucionalmente relevante, justifica la intimidad de los Derechos Fundamentales, y en particular el de la Intimidad.

Los Requisitos Constitucionales de legitimidad para la limitación de Derechos Fundamentales y, en particular, de la intimidad son aplicables al Poder Público, es decir, a todos los Órganos constituidos, incluso el Órgano Judicial.

La Determinación de la legitimidad o ilegitimidad de las limitaciones sólo es posible hacerlas caso a caso, a partir de las características mismas de la medida limitadora. Es decir, toda medida limitadora ha de analizarse para comprobar, además de si se halla justificada en la Protección de exigencias públicas, si se cumple con los requisitos que derivan de su adecuación.

Estos requisitos ulteriores o derivados, según la doctrina son:

- a) Adopción regular de la decisión correspondiente por la que se imponga la limitación.
- b) Cobertura de la limitación por una previsión legal formal que la delimite.
- c) Razonable apreciación, en el plano sustantivo y por el órgano actuante, de la situación en la que se halle el sujeto que pueda resultar afectado, apreciación que se ha de hacer en relación con la evidencias de la actuación pública en curso y del principio de proporcionalidad como criterio rector.

Los elementos de este último requisito, según Juan José Ortega¹¹⁴ son:

- ✓ Estricta necesidad de la limitación para la consecución del fin perseguido y,
- ✓ Respeto de la proporcionalidad entre el sacrificio del Derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se le impone.

Otra clasificación de razones justificantes para restringir el Derecho a la intimidad se desarrolla así¹¹⁵:

- ✓ Seguridad del Estado

La Defensa de la estabilidad y seguridad del Estado justifica que en algunas situaciones se limite el Derecho a la intimidad de los particulares, así en tiempos de guerra o emergencia nacional, si están en peligro las bases de mismas del Estado, se restringen todos los Derechos y, entre ellos, el de la intimidad. En estas circunstancias el Estado tendrá el derecho a inmiscuirse en la vida privada de las personas, ya que no se trata del ejercicio del Derecho a la información, sino del Derecho a la investigación.

El Fundamento de la limitación de los Derechos de los particulares reside en el interés superior por la supervivencia de la comunidad políticamente organizada. La protección de la seguridad del Estado no queda reducida a las épocas de guerra, puesto que en tiempos de paz, también puede la autoridad inmiscuirse en la vida privada de los individuos a fin de mantener el orden público, la paz social, prevenir los delitos y reprimir los cometidos.

- ✓ El Bienestar General

La protección de la moral pública y de las buenas costumbres justifica ciertas intromisiones del Estado en la vida privada de las personas. Por ejemplo en nuestro país, en el caso de la salud se justifica la injerencia de la

¹¹⁴ LÓPEZ Ortega; Ob. Cit.; Pág. 51.

¹¹⁵ HERNÁNDEZ y Otros. Ob. Cit.; Pág. 55.

autoridad en aspectos de la intimidad de las personas dado que ésta constituye un bien público como lo es en el caso de la prevención de la diseminación de una enfermedad transmisible, será de carácter obligatorio someterse al respectivo tratamiento.

✓ El Ejercicio de Derechos de Parte de Terceros

El ejercicio del Derecho a interferir en la vida privada de los demás, dice con acierto Ival Rocca, no puede generar la obligación de indemnizar, ni puede disponerse el cese de los actos que, aunque interfieran en la vida privada respondan a la ejecución de alguna facultad.

Es necesario reiterar que las limitaciones en la vida privada de otros, sea ejercida con la finalidad con que han sido previstas y dentro de los límites específicos. Sólo cuando se cumplan estos extremos se justificará la violación de uno de los más trascendentales Derechos de la personalidad.

II.8 Consideraciones sobre el Secreto de las Comunicaciones

II.8.1 Generalidades

Los Revolucionarios avances tecnológicos que caracterizan nuestro mundo tienen una particular incidencia en el campo de las comunicaciones. A los tradicionales medios de la comunicación postal, telegráfica o telefónica, se añaden la radiodifusión, la televisión, el teletipo, el telefax, la computadora, las autopistas de la información (internet) y la aparición de aparatos de grabación y escucha realmente sorprendentes por su sofisticación tecnológica.

Existen, por ejemplo¹¹⁶, sistemas de interceptación de comunicaciones privadas con capacidad para captar y grabar hasta mil escuchas de radio o teléfono a la vez. Con el referido modelo, es posible interceptar cualquier

¹¹⁶ CASADO Pérez, Ob.cit.; Pág. 540 – 541.

conversación telefónica a kilómetros de distancia. El “superescáner” se enlaza con decenas de repetidores de señales para teléfonos móviles o celulares y automáticamente se pone en marcha la grabadora cuando se activa uno de los teléfonos seleccionados. Además, dicho dispositivo (barredor) puede seleccionar de manera aleatoria cualquier conversación realizada desde teléfonos móviles. Asimismo están disponibles micrófonos direccionales con láser, capaces de escuchar conversaciones a través de paredes o cristales, así como mecanismos para controlar comunicaciones privadas por fax mediante un sistema más complejo que el telefónico. Sin embargo, en el campo de la Internet es donde potencialmente se pueden producir mayores ataques a la privacidad, ya que actualmente a través de las llamadas redes sociales se pueden cumplir las funciones del teléfono, la computadora, la radio y la televisión, por lo que quedará expuesta la crónica de nuestra vida diaria de forma electrónica.

Toda esta realidad tecnológica plantea a los legisladores y a los Jueces el reto de evitar, en lo posible, los ataques al Derecho a la intimidad y al Secreto de las comunicaciones, en cumplimiento de su esencial Obligación Constitucional de garantizar efectivamente los Derechos Fundamentales de las personas; pero sobre todo, plantea a la sociedad la necesidad de armarse moralmente contra la amenaza tecnológica a nuestra privacidad.

Tradicionalmente, el Derecho al secreto y a la Inviolabilidad de las telecomunicaciones ha estado ligado a la Protección del contenido de las comunicaciones, no obstante, en la actualidad esta Protección, está claro, abarca también a la existencia de las comunicaciones y a los datos que se generan con ellas que van indisolublemente unidas a las decisiones de las personas, su entorno personal, familiar o profesional, en el uso de los servicios de telecomunicaciones, dentro de lo que se ha venido a denominar el Derecho a la intimidad. Así la Inviolabilidad de las comunicaciones en cuanto al contenido es sólo uno de los aspectos fundamentales del Derecho

de la intimidad. El Derecho a la intimidad hoy es un Derecho amplio en sus alcances y protección, trasciende las fronteras de los Estados, se plantea como un Derecho supranacional¹¹⁷.

II.8.2 Concepto de Comunicaciones

Un estudio del significado del término constitucional *comunicaciones* como objeto material de Derecho ha sido realizado por Jiménez Campo¹¹⁸, quien establece tres delimitaciones del mismo:

“Es en primer lugar un proceso, esto es, un procedimiento de relación significativa entre personas que queda defendido por la Norma frente a cualquier interceptación, suponga ésta mera retención o suspensión del curso de la comunicación o, en otro caso, además, el conocimiento por tercero de su contenido”.

Una segunda afirmación respecto del concepto comunicación es para el autor que venimos citando el *«proceso de transmisión de mensajes, un proceso en cuyo curso se hacen llegar a otro expresiones del propio pensamiento articuladas en signos no meramente convencionales»*.

Por último establece que *“sólo es comunicación, para los efectos del precepto que se examina, aquella que se mantiene a través de un determinado medio técnico, quedando fuera del ámbito de esta disposición —aunque no por ello desprovista de toda protección constitucional— las conversaciones directas o en persona”*.

¹¹⁷ ROZAS Olivera, Hortencia; “El Secreto, La Inviolabilidad de las Telecomunicaciones y La protección de Datos de Los Abonados de Telefonía Fija: a propósito de la resolución N° 004-2004-cd/osiptel”; Revista Peruana de Derecho de la Empresa; proveído por <http://www.teleley.com/revistaperuana/8hortencia57.pdf>.

¹¹⁸ JIMÉNEZ CAMPO, J.; «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones»; Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 20 de 1987; págs. 42 y siguientes Pág. 357; Citado por REBOLLO Delgado, Lucrecio; en “El Secreto de las Comunicaciones: Problemas actuales”; Revista de Derecho Político, número. 48-49, 2000, págs. 357.; proveído por <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:Derechopolitico-2000-48-49-129603AD&dsID=PDF>.

Por su parte, el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua entiende por comunicación en su acepción primera “*Hacer a otro partícipe de lo que uno tiene*”. Una delimitación más válida jurídicamente es la acepción segunda del citado texto cuando establece que es “*Descubrir, manifestar o hacer saber a uno alguna cosa*”.

Requiere así la comunicación en esencia de cuatro elementos, un comunicador o emisor, un interlocutor o receptor, un medio a través del cual se realiza la comunicación, y por último, el contenido de ésta, que denominamos mensaje y que en ocasiones comprende en su significado los cuatro elementos citados.

Lo que el Derecho protege en su conjunto es el Proceso de comunicación, lo cual a su vez también plantea problemas de delimitación. De esta forma el Derecho a una comunicación libre protegerá también los momentos previos y los finales de la misma.

II.8.3 La Garantía Constitucional del Secreto de las Comunicaciones

El Derecho al Secreto es el Derecho a tener una vida privada, implica a todo individuo a resguardar determinados datos del conocimiento público ya que si estos fueran divulgados supondría una Violación de la intimidad de todo sujeto, si se deposita en otras personas la confianza de ciertas cosas, estas deben de seguir siendo secreto y no ser publicadas.

La Diferencia entre el secreto y la intimidad¹¹⁹ es aquella en que el depositario del secreto no es titular de un Derecho de Protección sobre el mismo, dicho Secreto no afecta a su esfera privada, siendo el depositario del Secreto el que vería lesionada su intimidad si el mismo se divulgara y

¹¹⁹ GUTIERREZ, David; “El Derecho al Secreto de las Comunicaciones”; extraído el 14 Septiembre de 2010 de http://www.cannabismagazine.es/digital/index.php?option=com_content&task=view&id=143&Itemid=44.

expusiera a la vista de otras personas por lo que el depositario tiene la obligación de guardar el secreto que se le haya confiado.

El Secreto pues es algo íntimo que no puede comunicarse a terceros ni mucho menos divulgar a un tercero desconocedor del mismo así la comunicación de todo secreto es violación del mismo y está protegido por la ley. Por eso es necesario el proteger los mismos a niveles como son:

Comunicaciones: a través de ella se pueden exteriorizar sentimientos, ideas y tendencias, por medio de gestos, escrituras, o por medio de la voz.

Toda intromisión en las mismas extraña una Violación del Secreto de la comunicación. Por eso la Constitución garantiza en el Art. 24 el Secreto de las comunicaciones independientemente del término que se emplee para realizarlo (cartas, papeles escritos y cerrados...) ya que toda comunicación publicada de este modo no puede hacerse sin el consentimiento del remitente. Puede ocurrir que en el supuesto de que exista un interés legítimo como justa causa se justifica con la existencia de una efectiva necesidad de revelación.

Al igual ocurren con las comunicaciones por teléfono en la cuales se necesita la protección de la misma forma que las anteriores, éstas pueden ser desveladas y atentar contra la vida privada en nuestros días. Por eso es posible el "*intervenir*" un teléfono siempre y cuando sea por Autorización Judicial con el Fin de perseguir un Delito.

II.8.4 El Secreto como elemento esencial del Derecho a la Inviolabilidad de las comunicaciones

Algunos autores ven inevitable la relación entre el Secreto de las comunicaciones y el Derecho a la intimidad. Así, Rodríguez Ruíz entiende que "el Secreto de las comunicaciones es un aspecto de la intimidad que

tiene fronteras conceptuales propias y puede, por tanto, ser reconocido como Derecho autónomamente¹²⁰”, aunque con posterioridad manifestará la autora que el Derecho que estudiamos “debe ser tratado como un aspecto del Derecho a la intimidad”.

También Martín Morales¹²¹ configura una relación significativa entre el Derecho a la intimidad y el Derecho al secreto de las comunicaciones, de tal forma que ve en éste último un Instrumento de Protección del primero. Entiende el autor citado que “así como el Derecho a la intimidad se comporta Constitucionalmente como Garantía de la libertad, el Derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones funciona como una Garantía de la intimidad, pero adquiriendo, además, la función de Garantía de una gran variedad de Derechos y Libertades: contribuye a asegurar la libertad ideológica y política, garantiza la libertad de empresa, el secreto profesional”.

La Ubicación del Derecho a la intimidad en el art. 2, inciso 2º. Cn. y Derecho al secreto de las comunicaciones en el art. 24 Cn. es manifestación del carácter autónomo de ambos Derechos aunque puedan por general encontrarse relacionados, lo que trae la consecuencia de que personas jurídicas son titulares del Derecho al secreto de las comunicaciones, pero no del Derecho a la intimidad personal y familiar. Como dice Moreno Catena¹²², el Derecho al secreto de las comunicaciones “tiene carácter rigurosamente formal, de donde carece de toda relevancia el contenido de la comunicación, y tanto se ha de salvaguardar en los casos que pueda comprenderse en el ámbito de la intimidad o de la vida privada (privacy), como en aquellos en que la comunicación para nada toca esa esfera”.

¹²⁰ RODRÍGUEZ RUIZ, B.; “El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad”; McGraw Hill, Madrid; 1998; pág. 1; Citado por REBOLLO Delgado; Ob.cit.; Pág. 361.

¹²¹ Ibídem; Pág. 23.

¹²² MORENO Catena; Citado por CASADO Pérez, Ob.cit.; Pág. 544 – 545.

La autonomía y carácter meramente formal del Derecho en cuestión tiene la consecuencia de incluir en la protección cualquier contenido de la comunicación, como el llamado recuento (metering), que es la información dada por un aparato-contador sobre los números marcados, el tiempo de duración de la llamada, el día y la hora exacta en que se produjo. A partir de dicha información, necesaria para el control por el usuario de la factura de teléfono, podrían fácilmente obtenerse datos muy interesantes para la investigación de un hecho delictivo, pero dicha información está amparada por el Secreto de las comunicaciones.

El Secreto de las comunicaciones telefónicas comprende incluso, como dice Montero Aroca, el mero hecho de la existencia de la llamada telefónica, poniendo como ejemplo dicho autor la Nulidad por falta de autorización judicial, de la información obtenida por la policía de los registros existentes en la recepción de un hotel donde se hospedaba una pareja de sospechosos acerca de una llamada telefónica efectuada por uno de ellos a la vivienda del que también era imputado en un Proceso por tráfico de drogas. Montero concluye que el Secreto de las comunicaciones telefónicas impide a la policía pedir sin autorización judicial a los servicios de un hotel que le informen de las llamadas efectuadas desde una habitación determinada del mismo, o a una empresa de telefonía que le facilite el listado de las llamadas efectuadas desde un teléfono celular.

En la mayoría de los países, la restricción del Derecho al secreto de las comunicaciones ha de reunir los siguientes requisitos¹²³:

- Que sea adoptada por la Autoridad Judicial, en los términos mencionados.

¹²³ MAYO Genovés, Teresa; “Restricción del Derecho al Secreto de las Comunicaciones”; extraído el 23 Agosto de 2010 de http://www.Icalba.Com/.../Restriccion_del_Derecho_al_Secreto_de_las_Comunicaciones.Doc.

- Que tenga como finalidad exclusiva la investigación de un Delito concreto y la detención de los responsables, en el marco de un Procedimiento Penal abierto, rechazándose las intervenciones predelictuales o de prospección.
- Ha de atender al principio de proporcionalidad, en el sentido de que debe tratarse de la investigación de un Delito grave, atendiendo a la previsión legal de una pena privativa de libertad grave y a la trascendencia social del Delito que se trata de investigar.
- Debe reunir los caracteres de necesidad, excepcionalidad e idoneidad, ya que sólo debe acordarse cuando, desde una perspectiva razonable, no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los Derechos Fundamentales del investigado e igualmente útiles para la investigación.

Debe resultar necesaria por tanto esta medida expuesta anteriormente para los fines de investigación, y ser proporcionada siempre con el Delito investigado y suponer un grado de injerencia inferior a los ya autorizados anteriormente, por lo que entonces concurrirán todos los Requisitos Legales y Jurisprudenciales para su autorización. Existe una especial necesidad cuando además el imputado de este delito está en una situación de busca y captura por la Justicia, por tener un domicilio desconocido o ignorado paradero.

II.8.5 Sobre los delitos contra el Secreto de las comunicaciones

II.8.5.1 Antecedentes

No hay ejemplos claros de que en Roma se conocieran delitos similares a los que atentan la Inviolabilidad del secreto. Usualmente se cita la frase de Cicerón, que otorga la calidad de crimen de lesa humanidad a la violación de correspondencia ajena (“Humanitatis expers, et vitae communis ignarus”). En

la gama de Delitos previstos en Derecho Romano, encontramos el “falsum” que consistía en la apertura indebida de los testamentos.

Carrara, afirma que la primera forma de revelación de secretos que señalan los criminalistas y los Códigos de la época, es la revelación a un Estado extranjero de un secreto importante para la nación, realizada por un Funcionario Público que, por razón de su cargo, se informó de ese secreto; sin embargo, esta figura más se asemeja a la “traición” que a una revelación de secreto, por lo que resulta inadecuado mencionarla como antecedente de los Delitos de revelación de secretos. No es sino hasta el año 1724 cuando en Francia, a través de una Declaración Real, encontramos el primer precedente de la violación de correspondencia, referido a los encargados del servicio postal.

Posteriormente, en 1795, en España, encontramos la Declaración Real de Carlos IV que regula los “actos contra el sagrado secreto que debe guardarse inviolable en los pliegos y cartas de mi servicio y del público.

Finalmente, el 14 de agosto de 1790, la Asamblea Constituyente Francesa declaró “inviolable, bajo ningún pretexto, el secreto de las cartas, ni por las corporaciones ni por los individuos”. El Código de Napoleón penalizó también la revelación del secreto médico.

II.8.5.2 Bien jurídico protegido

El bien jurídico que protege este Tipo Penal es la Intimidad, es decir, el ámbito personal preservado del mundo exterior en el que el ser humano desarrolla y fomenta su personalidad, tal como se expuso con anterioridad. Henkel distingue tres esferas concéntricas de la intimidad¹²⁴:

¹²⁴ GOMEZ Pavón, Pilar; “La Intimidad como objeto de Protección Penal”; Madrid, España; AKAL/IURE; 1989; Pág. 39 citado por FUENTES De Paz, Ana Lucila, Rodríguez Cruz, Delmer Edmundo, Serrano, Armando Antonio y Trejo Miguel Alberto; “Manual de Derecho Penal, Parte Especial - I Delitos contra los bienes jurídicos de las personas, Tomo II”; San Salvador, El Salvador; 1993; Pág. 692.

- a) La esfera privada, que comprende los datos o noticias cuyo titular quiere que sean conocidos por el público.
- b) La esfera de la intimidad confidencial constituida por las noticias cuyo titular los participa a quienes gozan de su confianza. Comprende el secreto profesional y la correspondencia.
- c) La esfera del secreto. De ésta se excluye a todos los individuos ajenos a la titularidad del dato. Son los secretos documentales.

En conclusión, el Secreto es relevante cuando su descubrimiento o revelación lesiona lo que la Norma pretende proteger; entonces, “si un conocimiento reservado (secreto) es tan insignificante que su descubrimiento no puede lesionar la esfera de intimidad (tal sería al caso de la simple indiscreción), entonces decimos que se ha revelado un secreto sin trascendencia jurídica, por no quedar afectado el bien jurídico protegido”.

II.9 Consideraciones sobre las intervenciones telefónicas

II.9.1 Definición de la Intervención Telefónica

La intervención de comunicaciones implica interferir, por el Órgano Jurisdiccional, las llamadas telefónicas, o cualquier otro tipo de comunicación que por medios técnicos efectúe el imputado o estén dirigidas a él, con la finalidad probatoria de interiorizarse sobre lo dialogado o de impedir dicha comunicación en resguardo de la eficacia de la investigación¹²⁵.

Una definición sobre el significado de las intervenciones telefónicas aparece recogido en el Auto del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1999 (Sr. Puerta Luis), luego reproducido por el Auto del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1999 (Sr. Martínez Arrieta), y por las Sentencias del Tribunal

¹²⁵ JAUCHEN; Eduardo M.; “Tratado de la Prueba en Materia Penal”; Rubinzal – Culzoni Editores; Buenos Aires, Argentina; 2004; Pág. 184.

Supremo 1295/1999, de 21 de septiembre (Sr. García-Calvo y Montiel), y 325/2001, de 21 de febrero (Sr. Delgado García):

“las intervenciones telefónicas —vulgarmente denominadas “escuchas 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 ordenadas 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 comuniquen, 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 (Sentencia de 26 de mayo de 1997)”¹²⁶.

Podemos definir con Gimeno Sendra la intervención telefónica, como:

“Todo acto de investigación limitativo del Derecho Fundamental al secreto de las comunicaciones, por el que el Juez de Instrucción, en relación con un hecho punible de especial gravedad y en el curso de un procedimiento penal, decide, mediante auto especialmente motivado, que por la policía judicial se proceda al registro de llamadas y/o a efectuar la grabación magnetofónica de las conversaciones telefónicas del imputado, durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba del hecho punible y la participación de su autor”¹²⁷.

Se trata de una medida tendiente a obtener datos de convicción resultantes de las ideas o pensamientos transmitidos a través de las comunicaciones telefónicas¹²⁸.

Se extraen las dos funciones básicas que cumple esta diligencia instructora:

¹²⁶ CLIMENT Durán, Carlos; “La Prueba Penal”; 2ª Edición, Tomo II; Editorial TIRANT LO BLANCH; Valencia, España; 2005; Pág. 1567.

¹²⁷ GIMENO Sendra, V.; “Las Intervenciones Telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, en La Ley”, tomo 2, 1996; Pág. 1618; Citado por REY Huidobro, Luis Fernando; “El Delito de Tráfico de Drogas. Aspectos Penales y Procesales”; Editorial TIRANT LO BLANCH; Valencia, España; 1999; Pág. 405.

¹²⁸ VARELA, Casimiro A.; “La Valoración de la Prueba. Procedimientos civil, comercial y penal”; 2ª edición actualizada y ampliada 1ª reimpresión; © Editorial ASTREA DE ALFREDO Y RICARDO DE PALMA SRL; Buenos Aires, Argentina; 1999; Pág. 348.

- a) **Aporta objetos de prueba:** La intervención es fuente de prueba y su resultado, las intervenciones, son los objetos de prueba que introducidos en el Juicio Oral por medio de la actividad probatoria consecuente, se transformarían en prueba plena surtiendo todos sus efectos.
- b) **Labor indagatoria:** De búsqueda de otros elementos que puedan generar ulteriores pruebas.

Cabe en este punto distinguir entre la intervención propiamente dicha y la observación:

Así aunque Pascua¹²⁹ no utiliza esa nomenclatura, expone que las primeras son aquellas en las que la grabación del audio se realiza previo proceder a captar la señal telefónica del abonado a intervenir por intermedio de los organismos especializados al efecto, tomando posesión del número y la longitud para luego imponerse del contenido de las llamadas con o sin registro en los soportes respectivos, en las segundas, en cambio, se trata de la grabación de la conversación comunicación entre personas, en las cuales se procede a registrar, bien el mensaje telefónico, sin intervenir la línea, o bien la charla «in personam» mantenidas por ellas, que puede ser ocasional, fortuita (subrepticia) o legal (jurisdiccional), y que conforme sus operadores puede ser realizadas por particulares o por organismos estatales.

Se puede decir que una intervención telefónica es¹³⁰ toda interferencia o intromisión realizada a través de varios dispositivos posibles ofrecidos por la técnica tendientes a escuchar (y eventualmente también a registrar

¹²⁹ PASCUA, Francisco Javier; “Escuchas Telefónicas, Grabaciones de Audio subrepticias y filmaciones”; Cuarta Reimpresión, Mendoza, Argentina; 2003; Pág. 77; citado por DUARTES Delgado, Edwin y Espinoza de Chan, Lourdes; La Medida de Intervención Telefónica: Análisis comparativo Costa Rica – Panamá; extraído el 05 Octubre de 2010 de http://egacal.e-educativa.com/upload/AAV_EdwinDuarde.pdf; Pág. 568.

¹³⁰ SOSA, María Julia; Ob.Cit.

mediante análogos dispositivos), las comunicaciones verbales de otro y en donde ninguno de los comunicados prestó su consentimiento para la misma. Algunos autores distinguen entre observación (operación consistente en conocer el destino de la conversación y la identidad del emisor, pero sin penetrar en el contenido de la misma), conocida en Estados Unidos como método del pen register, denominado en francés comptage y en español tarifador, contador o recuento. Consiste en el empleo de un mecanismo que registra los números marcados en un aparato telefónico, la hora y duración de cada llamada, y la intervención (permite conocer la existencia de la comunicación, personas que la mantienen, contenido, grabación y escuchas).

En síntesis la medida de intervención telefónica se compone pues, de dos elementos; la intervención y la observación. La intervención supone, como se explicó, apoderarse del contenido de las comunicaciones, en tanto el término observación se reduce a tomar conocimiento del destino de la comunicación y de la identidad subjetiva del receptor de la comunicación, en la Legislación Costarricense y la Panameña se utiliza intervención como sinónimo de interceptación, que es más comprensivo de cualquier forma de captura de la comunicación ajena, incluye la observación como la intervención.

López de Quiroga coincidentemente establece que¹³¹:

“...la intervención...supone apoderarse del contenido de las conversaciones telefónicas, poder llegar a conocerlas. Por su parte el término observación ha de reducirse a poder tomar conocimiento del destino de la comunicación, la identidad subjetiva del receptor de la comunicación, al menos del titular, pero no permite el conocimiento del contenido, que debe permanecer secreto”.

¹³¹ LOPEZ de Quiroga; “Las Escuchas Telefónicas y La Prueba Ilegalmente Obtenida”; Editorial AKAL, Madrid, España; 1989; Pág. 194; Citado por DUARTES Delgado, Ob.Cit. Pág. 568.

Podemos conceptualizar a las intervenciones como aquellas Medidas instrumentales restrictivas del Derecho Fundamental del Secreto de las comunicaciones personales, ordenadas 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 comunicación, investigar determinados Delitos, y, en su caso, aportar al Juicio Oral determinados elementos probatorios.

De este concepto derivan los siguientes elementos¹³²:

a) Medida instrumental instructoria:

Ello nos lleva a determinar su naturaleza jurídica, estableciendo su esencia como simple medida investigadora, como medida coercitiva o como medida cautelar -a nuestro criterio consideramos adecuada la denominarla como una Medida de Sujeción Procesal, la cual será desarrollada en el apartado relativo a la naturaleza jurídica-. La importancia de la determinación de su naturaleza jurídica no radica en un mero afán teórico, sino en importantes efectos o condiciones para su admisibilidad o eficacia; por ejemplo: el caracterizar a estas medidas como instrumentales e instructorias supondrá el que puedan utilizarse con el mero fin de prevención de Delitos o basarse en indicios directos y no en simples sospechas o conjeturas.

b) Medida restrictiva de un Derecho Fundamental:

La cual incide directamente en el problema de su naturaleza jurídica por ende, en la necesidad de determinar e interpretar sus presupuestos y efectos a la luz de un especial relieve garantista.

¹³² CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; “La Restricción de los Derechos Fundamentales de la Persona en el Proceso Penal”; Imprime: Mateu Cromo S.A.; Madrid, España; 1993; Pág. 83 – 84.

c) Órgano competente para su autorización y control:

En consideración a este relieve de Garantía Constitucional determina la naturaleza del Órgano que legítimamente pueda ordenar y fiscalizar una medida de control telefónico. Establecido por el propio Constituyente el Monopolio Jurisdiccional, tendremos que concretar competencia entre los diversos Órganos Jurisdiccionales, así como requisitos a la hora de formalizar el Órgano que trate su competencia con la adopción de la resolución pertinente.

d) Elemento temporal:

Este elemento tendrá que aclararnos tanto el *dies a quo* como el *dies ad quem* para ordenar válidamente una intervención telefónica.

e) Sujetos pasivos:

Qué cualidad jurídica procesal ha de poseer el sujeto frente al que se ordene una de estas medidas, ello a la luz de la naturaleza de la medida como restrictiva del Derecho Fundamental al secreto de las comunicaciones.

f) Objeto:

Podemos expresar el problema del objeto como problema terminológico, o sea: qué expresión es la más adecuada para referimos al objeto de la medida: ¿intervención, observación, escucha, interceptación control de las comunicaciones?

g) Fin:

Nos obliga a diferenciar su posible finalidad probatoria en relación con su inmediato efecto investigador. Como siempre el fin de un instituto jurídico aparece como elemento esencial para la determinación de su contenido: así aparecerá el problema de la prueba ilícita o prohibición de utilización de los resultados obtenidos; también nos enfrentaremos al delicado problema de los descubrimientos casuales o fortuitos, sin conexión, al menos directa, con el fin o fundamento de la orden de intervención telefónica.

II.9.2 Objeto de la intervención telefónica

Las intervenciones telefónicas implican una actividad de control de las comunicaciones entre particulares. Se ordenan por el Juez en la fase instructora o sumarial y su finalidad es captar el contenido de las conversaciones para la investigación de delitos concretos, ésta puede aplicarse no sólo a quienes tengan la condición de imputados o sobre los que existan indicios racionales de responsabilidad criminal, sino también en relación con no imputados, como pudieran ser los propietarios o usuarios de un teléfono del que se sirve el sospechoso¹³³.

Las medidas de intervención telefónica, por sus propias particularidades, hace aún más problemática la distinción entre ambas funciones. Porque con la intervención telefónica se pueden conocer determinados hechos que, normalmente, no preexisten al momento en que se adquiere su conocimiento y, a la vez, se pueden estar generando determinados elementos probatorios, los cuales, una vez se han cumplido con importantes Garantías, podrán introducirse en el juicio oral a través de concretos medios de prueba. En definitiva, la determinación de la naturaleza jurídica de una medida de observación telefónica pone de manifiesto dos aspectos trascendentales: uno, que la misma supone una medida instrumental restrictiva de un Derecho Fundamental, factor que desempeña un papel esencial a la hora de interpretar su Régimen Jurídico. Dos, la propia especialidad de esta medida, dentro del conjunto de medidas restrictivas de Derechos Fundamentales, la dotan de unas características peculiares que se manifiestan directamente en los resultados que puede generar. Así la intervención telefónica puede dar lugar a resultados puramente

¹³³ CONSELL CONSULTIU DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, Agencia Catalana de Cooperació al Desenvolupament de la Generalitat de Catalunya, Centro de Estudios y Formación Constitucional Centroamericana; “Constitución y Justicia Constitucional: Jornadas de Derecho Constitucional en Centroamérica”; Edición realizada por Rosa Esteve i Associats; Barcelona, España; 2008; Pág. 142.

investigadores, pero puede también proporcionar una pieza de convicción, que habrá de remitirse al Tribunal sentenciador, pudiendo naturalmente impugnarse su autenticidad o desvirtuarse su contenido.

En fin, la medida de intervención telefónica cumple o puede cumplir dos funciones trascendentales: por un lado desempeña una función probatoria, no es en sí misma un medio de prueba, y por lo tanto, no da lugar, propiamente hablando a una prueba anticipada, sino una fuente de prueba, o, más exactamente, constituye una operación técnica cuyo objeto —la conversación u otros aspectos del proceso de comunicación— puede crear elementos de prueba, que luego tendrán que introducirse en el Juicio Oral a través de determinados medios probatorios. En segundo término, estas medidas cumplen también una función investigadora, tanto para obtener otros elementos de prueba como para ordenar sucesivos actos de investigación.

II.9.3 Clases

Doctrinalmente se han distinguido distintos supuestos de intervención Telefónica¹³⁴:

- a) Intervención telefónica por orden judicial o administrativa;
- b) Grabación de conversaciones telefónicas por terceras personas;
- c) Grabación de la conversación por uno de los interlocutores.

Frente a los dos últimos supuestos, no se han admitido las grabaciones de conversaciones telefónicas como medio de prueba presentado por uno de los interlocutores pues no se había comunicado al otro que las mismas eran objeto de grabación. Parecería que, teniendo en cuenta que lo que estamos violentando con tal medio de prueba es un Derecho Constitucional, no son

¹³⁴ RUSSO, Josefina; “Inconstitucionalidad de la intervención telefónica”; extraído el 31/08/2010 de Revista Electrónica Cartapacio de Derecho. ISSN. 1850-0722 vol. 5 2003 3 Ensayo. <http://www.cartapacio.eduar/ojs/index.php/ctp/article/view/File/47/31>.

aplicables las analogías pues las limitaciones a los mismos son excepcionales.

La Dra. Kemelmajer de Carlucci señala que en la Jurisprudencia Española, las grabaciones telefónicas hechas por la misma persona que participa de la conversación son fuente de prueba lícita, siempre que no afecten al Derecho a la intimidad de su interlocutor. Los tribunales han admitido como fuente de prueba incluso las conversaciones grabadas aunque el detective haya actuado como agente provocador.

II.9.4 Naturaleza de la intervención telefónica

II.9.4.1 Como medio de prueba

Posee una doble naturaleza en el Proceso Penal¹³⁵, pueden servir por una parte como fuentes de investigación de delitos orientando la encuesta policial, o por otra parte, utilizarse ellas mismas como medio de prueba. En todo caso han de reunir las condiciones de certeza y credibilidad que sólo quedan garantizadas con el respeto a las Leyes Procesales, siendo especialmente importante el proceso de introducción de estas intervenciones en la Causa Penal y su concreción en prueba de cargo. Una vez introducida la intervención en el proceso, su valoración como prueba requiere en principio su audición en Juicio Oral, previo el reconocimiento de la voz del imputado.

De igual manera Moreno Castillo, María Asunción¹³⁶ sostiene que la intervención de las comunicaciones telefónicas y la interceptación de comunicaciones escritas o telegráficas, constituyen una intromisión de los Órganos de persecución penal del Estado en el libre ejercicio del Derecho

¹³⁵ *Ibíd.*; Pág. 143.

¹³⁶ MORENO Castillo, María Asunción; “Las Intervenciones de las Comunicaciones Telefónicas y la interceptación de Comunicaciones escritas, telegráficas y electrónicas como medios de prueba en el Nuevo Proceso Penal”, Revista de Derecho; Universidad Centroamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Nicaragua; extraído el 10 Julio de 2010 de http://enj.org/portal/biblioteca/penal/la_prueba_proceso_penal/14.pdf; Pág. 7.

Fundamental de las personas, cuya finalidad consiste en averiguar la verdad, por su relación con un hecho delictivo.

Un sector doctrinal afirma 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 y garantía de los Derechos Fundamentales¹³⁷. Así pues, puede resultar compatible con el respeto a la dignidad e intimidad o vida privada de la persona humana, cuando se permiten intromisiones, en principio ilegítimas en la vida privada, sí, y solamente sí, existe el obligado correlato o proporcionalidad entre el Derecho vulnerado y la intromisión efectuada. De tal forma que se señalan como exigencias o requisitos para estas restricciones, que son contempladas como excepciones al principio general expuesto en los apartados anteriores, ante todo la motivación de la medida e, igualmente, que exista proporcionalidad en la misma.

II.9.4.2 Como una medida coercitiva accesoria

La medida de intervención telefónica es una medida coercitiva, limitativa de Derechos Fundamentales¹³⁸. Así ha sido reconocido por la doctrina, al señalar que: “constituye una medida coercitiva accesoria que tiende por lo general a la obtención de pruebas conforme lo que se transmite por medio de la palabra a distancia por esta vía”.

II.9.4.3 Como acto de investigación y de los medios de prueba

En el marco del Derecho Comparado, las intervenciones telefónicas son actos de investigación restrictivos del Derecho Fundamental al secreto de las comunicaciones que exige la previa y motivada resolución judicial represiva

¹³⁷ RUIZ, Estrella; Entrada y Registro, Interceptación de comunicaciones postales, etc., en: Medidas Restrictivas de Derechos Fundamentales, CDJud, 1996; Pág. 354 y ss., Ibídem.

¹³⁸ DUARTES Delgado, Ob.cit.; Pág. 568 - 569.

de las condiciones subjetivas y objetivas, temporales y formales a las que ha de someterse la injerencia en el Derecho Fundamental.

La Finalidad de la medida es la obtención de elementos probatorios que permitan dar un mayor alcance a la investigación y, en su caso, una sólida fundamentación del juicio de acusación y del posterior juicio en donde las escuchas telefónicas se harán valer a través de la transcripción y audición, total o parcial, de las cintas magnéticas que contengan las conversaciones grabadas; pudiendo las partes requerir la presencia de los agentes policiales que realizaron las escuchas para someterlos al debido interrogatorio. Las intervenciones telefónicas participan, por tanto, de la naturaleza de funciones propias de los actos de investigación y de los medios de prueba¹³⁹:

- a) Como actos de investigación, servirán para desechar o mantener en su caso, el carácter presuntamente delictivo de determinados hechos mediante una resolución de sobreseimiento o de apertura del juicio o en su caso;
- b) Como actos de prueba, las escuchas telefónicas generan en palabras de Gimeno Sendra, un acto peculiar de “prueba instructora anticipada” que, al contrario de las demás pruebas anticipadas reguladas en el art. 177 CPr.Pn., no es suficiente con que durante la vista oral sea leída el acta que contenga las transcripciones de las cintas sino que las mismas, una vez superada la eventual cuestión de su autenticidad, debe ser sometida íntegramente, si lo quiere alguna de las partes, a la total audición por el Tribunal, requiriéndose la unanimidad para la reproducción parcial.

¹³⁹ CASADO Pérez; Ob.cit.; Pág. 550 – 551.

Es importante destacar que las intervenciones telefónicas afectan al Derecho al secreto de las comunicaciones, no a lo comunicado que puede, en principio, transmitirse libremente.

Carbone, Carlos Alberto expone de forma sistemática algunos motivos por los cuales no es adecuado denominar bajo alguno de los apartados que anteceden la naturaleza de la intervención¹⁴⁰, así:

a) Medio de prueba

Podría decirse que la naturaleza de estas intervenciones es un medio de prueba. El fundamento es que según el Código Procesal Penal en el Título V denominado Medios de prueba, en el Artículo 176 se establece la Libertad probatoria, en consonancia con las Garantías Constitucionales, ello en razón que en algunas obras de Derecho Procesal se estudia el tema de las intervenciones telefónicas dentro de los demás medios de prueba, pero debemos descartar esta teoría, porque si bien es innegable que cumple una función probatoria en sí misma no son medios de pruebas, sino una fuente de prueba que se introducirá por los medios pertinentes; no debemos olvidar que la intervención es una operación técnica, que necesita de aparatos afines, cuyo objeto es captar una conversación con el fin de crear elementos de prueba.

b) Aseguramiento de prueba

Como se ordenan en la instrucción conforme al fin que le asignamos, no serían otra cosa que una prueba anticipada, es decir colectada antes del juicio y su fin es para rendirse en él, pudiendo de este modo equipararse al

¹⁴⁰ CARBONE, Carlos Alberto; “Grabaciones, Escuchas Telefónicas y Filmaciones como Medios de Prueba”; Rubinzal – Culzoni, Editores; Buenos Aires, Argentina; 2005; Pág. 247.

aseguramiento de pruebas en materia civil; esta concepción puede aceptarse por su carácter de prueba preconstituida, sin perjuicio de admitirse que servirá la grabación como prueba documental, pero si sostenemos la idea anterior no podemos suscribir ésta, porque el criterio se basa en que es un medio de prueba, aunque anticipada.

Así por ejemplo, en las intervenciones de la correspondencia es difícil saber de antemano su contenido, y generalmente tanto lo pesquisado en la correspondencia como la intervención telefónica, es decir su carácter investigador ordinario no preexiste al momento en que se adquiere su conocimiento, como sucede en el aseguramiento de prueba. Aquí el elemento de prueba se forma en el mismo momento de la interceptación siempre y cuando sea de interés para lo investigado, de modo que tampoco nos convence esta opción.

c) Medida de investigación

Antes de determinar la naturaleza jurídica de una medida de intervención telefónica se considera oportuno hacer referencia al Sumario, y en general a la etapa instructoria, como una fase procesal preparatoria del Juicio Oral, en la que se integran una serie de actos que, estando en una relación de medio a fin con el juicio oral, se dirigen a comprobar el Delito y a averiguar al delincuente, con el fin de posibilitar la acusación y la defensa. En la instrucción se integran todo un conjunto de actos que cumplen una diversa función específica, a grandes rasgos nos encontramos con¹⁴¹: medidas instructorias que persiguen un fin puramente investigador (comprobar y averiguar); medidas de investigación o de coerción que restringen directamente Derechos Fundamentales; medidas preventivas o cautelares, que también pueden limitar importantes Derechos Fundamentales, medidas

¹⁴¹ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; Ob.cit.; Pág. 85.

de aseguramiento de elementos de prueba, y, en su caso, práctica anticipada de prueba. En realidad, estas últimas medidas pueden conjugarse con las medidas de investigación y de coerción, tanto en su aspecto de prueba anticipada o preconstituida como de conservación de elementos probatorios.

En este sentido podemos afirmar que las medidas de intervención telefónica suponen medidas de investigación¹⁴², con posible función probatoria, restrictivas del Derecho Fundamental al Secreto de las comunicaciones personales, integrándose, por lo tanto, en el grupo de las medidas instrumentales restrictivas de Derechos, en cuyo seno aparecen todo un conjunto de actos de investigación que, teniendo como denominador común la incidencia en un Derecho Fundamental, constituyen diligencias perfectamente diferenciadas.

Manzini refiere que no son medios de prueba¹⁴³, sino un elemento de búsqueda, con algún seguimiento jurisprudencial que las estima como acto de investigación; no hay duda alguna que participa de este carácter pero en realidad muchas otras lo son y nada tienen que ver con la naturaleza de la investigación, como por ejemplo realizar una inspección ocular, ordenar un informe técnico de balística, entre otros, de modo que es necesario encontrar otra figura para anclar su especialidad.

d) Medida cautelar

Sabido es que las medidas cautelares, cualquiera sea el Proceso donde se despachen, tienden a asegurar la efectividad de la sentencia, que su resultado no se haga ilusorio por el transcurso del tiempo, por lo cual se inmovilizan bienes, secuestrándolos o embargándolos, y para la totalidad de

¹⁴² *Ibíd.*; Pág. 86.

¹⁴³ MANZINI, citado por CARBONE; *Ob.Cit.*; Pág. 249.

la doctrina, en sede penal, también la propia libertad del imputado, para evitar que se frustren los fines del Proceso.

La intervención de las comunicaciones, la interceptaciones de correspondencia, junto con el allanamiento del domicilio, son medidas cautelares, pero no debe confundirse el fin de toda medida cautelar con algunas de las formas de su ejecución, por ejemplo el ejercicio de la fuerza, ya que en materia civil toda medida cautelar significa una dosis de coerción sobre bienes (embargo de bienes, secuestro, o sobre las personas, por ejemplo).

Las medidas de intervención telefónica no gravan cosas o inmovilizan personas para asegurar el resultado práctico de la sentencia, más bien generarán elementos de prueba para fundar en su caso una sentencia con relación a la acreditación o no del hecho investigado.

II.9.4.4 Como medida de sujeción procesal¹⁴⁴

La Doctrina Italiana Clásica afirma que la intervención es una medida de coerción, en este punto cabe distinguir si se trata de una medida de coerción real o personal.

Así Manzini refiere que es un acto de coerción *in re*, no porque la transmisión o la interceptación sean cosas, sino porque el Juez somete un medio material mecánico del que no puede normalmente disponer.

Leone, siguiendo a dicho autor, recuerda que la coerción no deja de ser real ante la circunstancia que lo captado carezca de toda corporalidad; el objeto inmediato no es lo transmitido sino el transmisor, es decir el mecanismo técnico utilizado por el imputado o por quienes se comuniquen con él, por eso no se adecua bien con el secuestro.

¹⁴⁴ CARBONE, Ob.Cit.; Pág. 252 – 254.

Por otra parte Clariá Olmedo sostiene que es una medida espacialísima de coerción real, al igual que la mayoría de la doctrina.

En cuanto a la Sujeción Procesal a su vez repercute notablemente en el ámbito de la intimidad, privacidad, que supone este tipo de injerencia denotando su cualidad específica incidiendo directamente en la esfera de sus Derechos Fundamentales.

Al igual que la requisita individual, el registro domiciliario, la interceptación de correspondencia, este tipo de medidas restringe esa porción privada de las personas y es ésta demostración del ejercicio de la fuerza legitimada por medio de la cual el Estado sacrifica esa porción esencial de su ámbito de relación.

En este orden de ideas estas medidas coercitivas en el ámbito del Proceso Penal son actos procesales, ya que son ejecutadas por los Órganos que tienen a su cargo la prosecución penal, Fiscal o Juez instructor, y se caracterizan por exceder el normal origen de intensidad que los actos poseen en este tipo de procesos, ya que suponen una intrusión contra la voluntad del afectado en algún aspecto de su Derecho Fundamental como persona para hacer efectiva la persecución penal.

Hay diversos tipos de sujeciones procesales, como los exámenes corporales, las extracciones de sangre, las identificaciones dactiloscópicas, además de las interceptaciones de correspondencia o telefónicas, hay entonces una relación directa entre restricción al Derecho Fundamental y el Poder Estatal necesario para lograrlo.

Dicho lo anterior es oportuno establecer que: “si bien todas las medidas cautelares son coercitivas, no todas las medidas coercitivas son cautelares”, ejemplo de ello son el allanamiento de la morada privada, que nadie duda que es una medida de coerción, pero que nada tiene que ver con los postulados de las medidas cautelares que tienen un fin exógeno al objeto mediato de la sentencia. El allanamiento y todos los pasos que se pueden

seguir de él precisamente se relacionan de modo endógeno a dicho cometido, por lo menos en lo que se refiere a la sospecha inicial de la investigación preliminar.

En materia Doctrinal Procesal Penal muchas veces se trasladan los conceptos de la teoría cautelar del Proceso Civil que nada tienen que ver con determinados institutos, como el encarcelamiento preventivo por ejemplo, al solo efecto de validar su Constitucionalidad, pero esto no es nada más que un anticipo de pena de prisión. Nada más idéntico que estar en la cárcel “cauteladamente” sin siquiera todavía haber sido oído, ni verificado sospechas, en los primeros tramos de la investigación, que seguir estándolo “definitivamente” en virtud de una sentencia firme. Bien refiere Carlos Creus que estos casos de detenciones y limitaciones de la libertad son anticipaciones de juzgamientos en el Proceso Penal donde el Juez penal provisoriamente juzga sobre si procederá o no la condena condicional al resolver una excarcelación.

Por otro lado las medidas cautelares presentan una cierta homogeneidad configurando de algún modo un procedimiento abreviadísimo, pero instrumental, y su efecto práctico aparece como menos grave y penetrante que en las medidas coercitivas.

En cuanto a la Naturaleza de la medida, se trata de un medio de coerción procesal. Su finalidad es obtener elementos o datos probatorios sobre el hecho que se investiga que se ha cometido o sobre algún Delito que se esté por cometer, esto último será a los efectos de frustrar su consumación y detener a sus autores, partícipes o cómplices. Los datos serán los pensamientos, ideas, mensajes transmitidos, ya sea mediante la palabra, siglas, signos, etcétera, entre las personas que mantienen el diálogo.

Además de esta finalidad de obtención de datos probatorios, la medida puede tener otro propósito, cual es el de impedir la comunicación¹⁴⁵. Con este fin se intenta resguardar la eficacia de la investigación, evitando que el imputado incomunicado eluda esta medida mediante la vía telefónica o por otro medio técnico, y aún cuando estando en libertad y no incomunicado, se tenga la sospecha que entorpecerá la instrucción de esa forma. “La coerción no deja de ser real ante la circunstancia de que lo captado carezca de toda corporalidad. El Objeto inmediato de la medida no es lo transmitido sino el transmisor, es decir el mecanismo técnico utilizado por el imputado o por quien se comunica con él”.

La Práctica de la medida consiste en captar la comunicación, luego desgrabarla y documentar por escrito su contenido, remitiendo al Juez que ordenó la medida las grabaciones y el documento de su transcripción en acta, los cuales serán firmados y certificados por la autoridad que haya llevado a cabo directamente la medida, conforme a las formalidades; de lo contrario, el acta de transcripción es nula.

Si la Finalidad de la medida fue ordenar que se impidan las comunicaciones del imputado, ésta se cumple, por las autoridades delegadas, controlando el teléfono de aquél, procurando la incomunicación del mismo, dando información al Órgano Jurisdiccional cuando éste lo solicite o dentro de los períodos que se hayan impuesto en la orden respectiva.

En conclusión, es adecuado entonces calificar a las intervenciones de comunicaciones ordenadas judicialmente como medidas coercitivas, de carácter real destinadas a la obtención de pruebas, porque para cumplir su fin se debe excepcionar determinada Garantía Constitucional con destino a obtener elementos de pruebas que son los datos o circunstancias de utilidad

¹⁴⁵ JAUCHEN; Ob.cit.; Pág. 185 – 186.

para el Proceso y que se incorporan al mismo a través del medio pertinente, que es la Documental y su complemento con el Reconocimiento judicial.

Todas las formas de coerción accesoria se justifican en la medida que su aplicación práctica sea indispensable para descubrir la verdad; debiendo interpretarse de manera restrictiva, lo que se denomina como “medidas coercitivas auxiliares”. Las cuales permiten que se autoricen ciertas restricciones a Derechos personales o reales del imputado o de terceros, cuando sean indispensables para garantizar la producción o fiel conservación de las pruebas¹⁴⁶.

II.9.5 La Garantía Constitucional de la Intervención de las comunicaciones

Los Derechos y Garantías Constitucionales no son absolutos sino que deben compatibilizarse con el Derecho de los demás en procura de la sana coexistencia ciudadana y de la paz social, estando sujeto a las Leyes que reglamentan su ejercicio, las que a su vez no pueden alterar el contenido esencial de aquéllas. Una de las situaciones que justifican una restricción a la Garantía de las comunicaciones privadas está dada, como en los otros supuestos de medidas de coerción real, ante la presencia de la comisión de un delito, que por estar de por medio el Orden Público, existen razones valederas para restringir la Garantía con la finalidad de comprobar la existencia del ilícito, la participación que le cabe al imputado, o a impedir su comunicación con otras personas entorpeciendo la investigación. Pero atinadamente se ha aclarado que “Como la intervención de las comunicaciones supone una grave inferencia a la intimidad personal, ha de

¹⁴⁶ CAFFERATA Nores, José I.; “La prueba en el Proceso Penal”; Ediciones De Palma; Buenos Aires, Argentina; 1988; Pág.31-32.

estar sometida a los principios de legalidad y, en especial, al de proporcionalidad”¹⁴⁷.

La protección por el Estado del Derecho a la intimidad que merecen las comunicaciones privadas ha llevado al Legislador a considerarla un bien jurídicamente tutelable, y en consecuencia le otorgó Relevancia Constitucional y en consecuencia la Ley Secundaria como excepcionalidad a la prohibición.

II.9.6 Principios Generales para adoptar la medida

Los principios generales de las resoluciones restrictivas de Derechos Fundamentales en general son los de legalidad, jurisdiccionalidad, proporcionalidad y motivación¹⁴⁸.

II.9.6.1 Forma de las resoluciones

Si el deber de motivación tiene que ser observado al dictar cualquier clase de resolución judicial que, por razón de la forma que adopte, debe fundamentarse, cuando dicha resolución tiene por objeto la restricción de Derechos Fundamentales tal exigencia de motivación aparece reforzada, porque cualquier restricción de los mismos tiene que adoptarse con observancia de la regla de la proporcionalidad¹⁴⁹, lo que implica no solamente motivar la decisión sino también razonar el por qué debe sacrificarse el Derecho Fundamental que se restringe, de modo que puedan ser conocidas las razones que justifican la restricción impuesta. Dicho con otras palabras, cuando se denuncia la Vulneración de un Derecho

¹⁴⁷ HERNÁNDEZ GIL, F.; “La prueba preconstituida, en la prueba en el proceso penal”; publicación del Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia de Madrid, España; Pág. 96.

¹⁴⁸ MENÉNDEZ de Luarda, Miguel Colmenero; “Cuadernos de Derecho Judicial XV – 2003 Constitución y Garantías Penales”, Concejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Jurídica; Madrid, España; 2003; Pág. 100.

¹⁴⁹ *Ibíd.*; Pág. 112.

Fundamental por defecto de motivación de la resolución judicial que impone una restricción al mismo, hay que entender vulnerado el Derecho Fundamental restringido y no solamente el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva.

La consecuencia que se desprende de lo expresado es que las Resoluciones Judiciales Restrictivas de Derechos Fundamentales no pueden adoptarse utilizando la fórmula de las providencias, porque éstas carecen, ex lege, de motivación, sino que deben revestir, al menos, la forma de auto. Es impensable que, si en la resolución judicial se tienen que exteriorizar las razones de la decisión, valorando si la restricción del Derecho Fundamental es proporcionada con la obtención del fin que se pretende conseguir con la misma y realizando, además, dicha valoración en la forma que se deja expuesta, la misma pueda revestir una forma diferente.

En relación con este tema de la forma de las resoluciones restrictivas de Derechos Fundamentales hay que plantearse, al menos, dos cuestiones más: una es la de si pueden utilizarse modelos impresos y otra la del tipo de procedimiento en que dichas resoluciones pueden acordarse.

Por lo que respecta a la utilización de modelos impresos, en la actualidad, es una cuestión que no carece de interés ya que la práctica generalización de la dotación de equipos informáticos a los órganos judiciales por una parte y, además, la utilización de programas conteniendo modelos de las distintas resoluciones judiciales que puedan adoptarse en la tramitación de cada proceso, determinan que, aunque no sean reconocibles, la mayoría de las resoluciones se dicten hoy en modelo impreso.

II.9.6.2 Competencia para dictarlas

Desde la Perspectiva Constitucional, la competencia Judicial para la adopción de resoluciones restrictivas del ejercicio de Derechos Fundamentales, se considera que son cuestiones de legalidad ordinaria,

conforme a la cual el Juez competente para dictarlas es el que conociere de la causa¹⁵⁰, expresión que, hay que interpretar en el sentido de entender que el Juez competente para dictar la resolución es el que lo fuere para instruir el Proceso incoado o que deba incoarse para el enjuiciamiento del hecho.

En la doctrina científica hay opiniones que sostienen que la vulneración de las normas de competencia objetiva o territorial viola el Derecho al juez predeterminado por la ley. Por ejemplo, ARAGONESES MARTINEZ¹⁵¹ dice que *“las normas para la determinación de la competencia objetiva, funcional y territorial son improrrogables”*.

Por su parte MORENO CATENA afirma que:

“... el contenido esencial (del Derecho al juez predeterminado por la Ley) viene establecido por tres pilares básicos: la prohibición de instituir Órganos Jurisdiccionales a no ser por una Ley en sentido estricto; la prohibición de Tribunales Especiales, y la posibilidad de determinar con absoluta certeza el Órgano llamado a resolver sobre un hecho desde el momento de su comisión. Estos criterios de generalidad y anterioridad constituyen la Garantía de la inexistencia de Jueces ad hoc”.

Agrega además, el citado autor que:

“... el Derecho al Juez predeterminado por la Ley requiere que se cumplan escrupulosamente los preceptos relativos al repartimiento y distribución de asuntos (cuando existan varios Juzgados o secciones del mismo tipo en la población), así como en la composición de los Tribunales Colegiados, debiendo de seguirse normas previas y objetivas para la designación de los miembros que han de constituirlo”.

II.10 Las intervenciones telefónicas en el Proceso Penal

II.10.1 El Derecho Fundamental afectado

El Derecho al secreto de las comunicaciones tiene como referente el Derecho a la intimidad, y éste al mismo tiempo tiene una conexión directa

¹⁵⁰ *Ibíd.*; Pág. 117 – 118.

¹⁵¹ A. DE LA OLIVA SANTOS y VVAA; “Derecho Procesal Penal”; Madrid; 1995; pág. 115; Citado por MENÉNDEZ de Lueca; *Ob.cit.*; Pág. 120.

con el principio fundamental de la libertad inherente a todo Estado Social Democrático. Por lo tanto al analizar cuál es el bien jurídico protegido por el Derecho consagrado en el art. 24 Cn., es oportuno distinguir previamente qué se entiende por intimidad y por libertad, nociones o conceptos que se caracterizan por su imprecisión. Sin ánimo de realizar un análisis profundo del concepto de Intimidad, la misma puede ser definida como el Derecho a controlar o autodeterminar por parte del sujeto titular de la misma sus zonas de Secreto o también denominadas de retiro, o incluso el Derecho a ser dejado en paz.

El contenido material del Derecho a la intimidad, no es un tema fácil de exponer¹⁵², así sobre el concepto de intimidad, resultan muy interesantes las matizaciones que apunta MORALES PRATS¹⁵³, en el sentido que el concepto anglosajón tradicional de “privacy”, ha evolucionado de tal modo que pueden distinguirse dos vertientes en el propio Derecho: una inicial, enmarcada en la esfera de la libertad negativa, en el que la “privacy” se configura como el Derecho a estar solo (“To be let alone”¹⁵⁴), esto es, dotada de un contenido negativo de exclusión, como Garantía y Defensa de la esfera de la vida privada frente a las injerencias externas y una segunda etapa, que es la actual, en la que privacy se concibe como una Libertad positiva para ejercer un Derecho de control sobre la información y los datos referidos a la propia persona, incluso los ya conocidos, esto es, que han salido ya de la

¹⁵² Así lo sostienen, entre muchos autores, REBOLLO VARGAS, Rafael, “Título X: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio” en Comentarios al Código Penal (CÓRDOBA RODA, Juan y GARCIA ARAN, Mercedes), Parte Especial, Tomo 1, ed. Marcial Pons, Barcelona, 2004, pág. 451, así como MUÑOZ CONDE, Francisco; “Derecho Penal, Parte Especial”, ob.cit. pág. 242 al afirmar de forma clara que: «El derecho a la intimidad se configura como uno de los derechos de la personalidad más sutiles y más difíciles de delimitar y proteger por el Derecho Penal»; citado por: MARCO Urgell; Ob.cit.; Pág. 105.

¹⁵³ MORALES PRATS, Fermín; “La Tutela Penal de la Intimidad: Privacy e Informática”, ed. Destino, Barcelona; 1984; págs. 15 y ss; Ibíd.

¹⁵⁴ Esta primera teoría de la privacy fue acuñada por los juristas de Boston, Warren y Brandeis en 1890 titulada el Right to Privacy.

esfera de la intimidad, para que sólo puedan utilizarse conforme a la voluntad de su titular.

La Doctrina mayoritaria sostiene que el criterio para distinguir ambos Derechos es que mientras que la intimidad es un concepto de carácter material mediante el cual el ordenamiento designa el área o espacio que cada individuo reserva para sí, el Derecho al secreto de las comunicaciones privadas posee un contenido rigurosamente formal, así LÓPEZ BARJA DE QUIROGA¹⁵⁵ establece que:

“no se dispensa el secreto en virtud del contenido de la comunicación ni tiene nada que ver esta protección con el hecho —jurídicamente indiferente— que lo comunicado entre o no en el ámbito de la privacy”.

Asimismo JIMÉNEZ CAMPO, sostiene que todas las comunicaciones serán secretas, pero no necesariamente íntimas, lo cual sintetiza en gran medida la idea que el Derecho a la intimidad y el Derecho al secreto de las comunicaciones privadas se hallan estrechamente vinculados, aunque no siempre su ámbito de protección coincide.

En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE¹⁵⁶ también considera que el Derecho a la intimidad tiene algún parentesco con otros Derechos protegidos en la misma norma -como el Derecho al honor y a la propia imagen o a la Inviolabilidad del domicilio y el Secreto de las comunicaciones- si bien no siempre coinciden.

Además conviene señalar que la Protección Constitucional alcanza no sólo el contenido de lo comunicado, tanto si éste es o no íntimo, sino también el proceso comunicativo, no hay que olvidar que el Derecho al secreto de las comunicaciones no impone a las partes del proceso comunicativo un deber de reserva sobre el contenido de ésta, a diferencia del Derecho a la intimidad que sí impone tal deber; en lo que al Derecho a la intimidad respecta

¹⁵⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA; Citado por: MARCO Urgell, Anna; ob.cit.; Pág. 108.

¹⁵⁶ MUÑOZ Conde; Citado por MARCO Urgell; Ob.cit.; Pág. 109.

únicamente impone el deber de reserva en la medida que lo comunicado incida o afecte a la esfera más íntima del sujeto participante de la comunicación.

De la interpretación respecto de la conexión existente entre ambos Derechos Fundamentales, adquiere gran relevancia el papel que pueda tener el consentimiento de uno de los interlocutores en el proceso comunicativo.

Diversas dificultades pueden surgir en aquellos casos en los que hay varios interlocutores y uno de ellos consiente en la escucha o grabación por un tercero ajeno a la conversación mientras que los otros lo ignoran. En tales casos cabe plantearse si el consentimiento de uno de los interlocutores actuaría o no como causa de justificación. Pues bien, tal cuestión no tiene una respuesta pacífica entre la doctrina, toda vez que hay un sector doctrinal que considera que en los supuestos de secretos compartidos, no es ilícita la conducta por virtud de la cual uno de los titulares del bien jurídico autoriza la grabación de la conversación, ni la posterior divulgación del secreto.

Mientras, que otros autores entienden que el consentimiento de uno de los interlocutores para la grabación no justificaría el hecho de que posteriormente se divulgara a terceros dicha información.

En conclusión, todo ello ha llevado a la Doctrina mayoritaria a sostener que el bien jurídico protegido es el Secreto de las comunicaciones privadas, el cual presupone la libertad de comunicación.

II.10.2 Principios aplicables a la medida de intervención telefónica

II.10.2.1 Principio de legalidad

Es un principio esencial tanto en materia de intervenciones telefónicas, como en relación con cualquier otro supuesto de limitación de un Derecho

Fundamental¹⁵⁷, puesto que exige que la restricción de un Derecho personal básico esté reglamentada de una manera suficientemente pormenorizada, con lo que el individuo afectado no verá mermado su Derecho Fundamental más allá de lo estrictamente necesario.

Según este principio cualquier injerencia en un Derecho Fundamental, en este caso, el Derecho Fundamental a la vida privada debe estar avalada por una Norma Constitucional o legal para que tenga validez como prueba dentro del Proceso Penal¹⁵⁸.

II.10.2.2 Principio de Jurisdiccionalidad

Junto a la preceptiva regulación legal de las intervenciones telefónicas, es un principio básico el de la exclusividad jurisdiccional¹⁵⁹, es decir, que sea el Órgano Judicial el que autorice y controle la observación telefónica en el marco de un Proceso.

II.10.2.3 Principio de necesidad

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 lesivos¹⁶⁰.

II.10.2.4 Principio de proporcionalidad

La Finalidad perseguida con las intervenciones telefónicas ha de ser Constitucionalmente legítima, tratándose de preservar alguno de los valores superiores del Ordenamiento Jurídico. Esto exige sopesar racionalmente si

¹⁵⁷ CLÍMENT Durán; ob.cit.; Pág. 1577.

¹⁵⁸ RUIZ; Ob.cit.; Pág. 353 y 354; citada por MORENO Castillo; “La Intervención de las Comunicaciones Telefónicas...”; Ob.cit.; Pág. 8.

¹⁵⁹ CLÍMENT Durán; Ob.Cit.; Pág. 1581.

¹⁶⁰ RUIZ; Ob.cit.; citada por MORENO Castillo; “La Intervención de las Comunicaciones Telefónicas...”; Ob.cit.; Pág. 8.

mediante la restricción del Derecho Fundamental a la intimidad personal se obtiene esa finalidad protectora. Una ponderación así significa haber hecho uso del principio de proporcionalidad¹⁶¹.

Como antes se indicó, la motivación de la resolución debe consagrar un juicio de proporciones entre el sacrificio del Derecho y el fin investigador que se pretende con su adopción.

II.10.2.5 Principio de 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 se enuncia tiene un fin evidente, que no es otro que la posibilidad que el destinatario de la medida conozca 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 respecto de otros principios que informan la adopción de la medida como la proporcionalidad de los sacrificios, en clara consonancia con la motivación.

II.10.2.6 Principio de temporalidad

Hace referencia a que la intervención se mantendrá durante el tiempo establecido en la resolución motivada, en la cual se autoriza, pues sino sería abusiva.

II.10.2.7 Oportunidad

La medida debe ser dictada por la Autoridad Judicial con antelación aunque pueden existir circunstancias de urgencia que convaliden actuar pudiendo el Juez posteriormente mantener o hacer cesar la medida.

¹⁶¹ CLÍMENT Durán; Ob.Cit.; Pág. 1583.

II.11 Requisitos de la intervención telefónica

Para una mejor comprensión de los requisitos que deben observarse tanto al momento de la adopción de la medida, como los que deben cumplirse durante su ejecución, se considera pertinente desarrollarlos individualmente.

II.11.1 Requisitos para la adopción de la medida

Como se trata de una resolución judicial que restringe el ejercicio de Derechos Fundamentales, debe adecuarse a los principios generales establecidos con anterioridad, siendo indispensable que la misma esté motivada de manera suficiente, lo que implica que contenga los Elementos Fácticos y Jurídicos necesarios para realizar el juicio de proporcionalidad y que, al mismo tiempo, permitan comprobar su observancia en eventuales controles que pueda sufrir dicha resolución por la vía establecida; lo anterior significa que en la resolución se debe expresar¹⁶²:

- a) Indicios que existe una presunta comisión de un hecho delictivo por parte de una determinada persona, es preciso, que se trate de indicios racionales de criminalidad, no bastan las sospechas si éstas no están fundadas en datos objetivos.
- b) Determinación precisa del número o números de teléfonos cuya intervención se acuerda y de los nombres de las personas cuyas conversaciones deben ser intervenidas, que, en principio, deben ser las personas sobre las que existen sospechas fundadas en datos objetivos de su participación en los delitos que se pretenden investigar con la intervención.
- c) Tiempo de duración de la intervención.
- d) Autoridad que ha de llevar a cabo la intervención.

¹⁶² MENÉNDEZ de Luarca; Ob.cit., Pág. 156, 158.

- e) Forma en la que se ha de efectuar la intervención, y
- f) Períodos en los que deba efectuarse judicialmente el control de la intervención acordada.

II.11.2 Requisitos objetivos de la intervención

La Delimitación del Contenido del Derecho afectado exige distinguir los elementos objetivos, que son comunes a cualquier clase de comunicación, y los elementos subjetivos, que tienen especial relevancia en las comunicaciones telefónicas.

En relación a los requisitos objetivos, son los que están constituidos fundamentalmente por el Secreto y la Comunicación¹⁶³.

II.11.2.1 Secreto

Con respecto al Secreto la doctrina ha establecido:

1. El bien jurídico Constitucionalmente protegido es, a través de la imposición a todos del Secreto, la libertad de las comunicaciones, por lo que su vulneración se puede producir tanto mediante la aprehensión física del soporte, con conocimiento o no del mensaje, como a través del conocimiento antijurídico de éste, como, por ejemplo, mediante la apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario.
2. El Secreto se extiende no solamente al contenido de la comunicación sino también a la identidad de quienes la mantienen, debiendo entenderse que también quedan bajo la salvaguarda Constitucional los listados de números a los que se efectúan llamadas telefónicas, cuya identificación se efectúa mediante un artificio técnico llamado comptage o pen-register, ya que tales

¹⁶³ *Ibíd.*; Pág. 149 – 152.

listados incorporan datos relativos al teléfono al que se efectúa la llamada, tiempo en el que y durante el que se efectúa la comunicación, por lo que para su captación resulta necesario acceder al proceso de comunicación mientras el mismo está teniendo lugar.

3. La Eficacia de la protección se produce no solamente frente a los particulares sino también frente a quienes desempeñen funciones públicas.
4. El Concepto de lo secreto tiene carácter formal, esto es, abarca todo el contenido de la comunicación, con independencia de que afecte o no a la intimidad.

Por otra parte, el Secreto de las comunicaciones es compatible con otros secretos, ejemplo de ello serían los Secretos profesionales, por cuya razón el levantamiento de aquél no implica el de éstos, salvo que sus titulares sean los sujetos pasivos del proceso, por ser las personas respecto de las que existen indicios de haber participado en la comisión de los delitos que constituyen su objeto.

II.11.2.2 Comunicación

Respecto a lo que deba entenderse por Comunicación la Doctrina declara:

1. La Protección se instaura desde que se inicia el proceso de la comunicación y se mantiene mientras dicho proceso está vigente, por lo que si el soporte se aprehende o si el proceso se intercepta antes de haberse iniciado la comunicación o si su intervención se produce una vez que ha finalizado, el Derecho que se vulnerará no será el Derecho al Secreto de las comunicaciones, sino, en todo caso, el Derecho a la intimidad.

2. La diferencia existente entre la apreciación de una y otra vulneración no es meramente semántica sino que tiene importantes consecuencias a la hora de determinar los requisitos que debe cumplir la resolución que restrinja el ejercicio de uno y otro Derecho, ya que, mientras la interceptación de lo que es estrictamente la comunicación precisa de Autorización Judicial porque así lo dispone el art. 24 Cn., la interceptación de los soportes físicos de la comunicación ya efectuada o antes de que comience el proceso comunicador no requiere tal autorización, razón por la cual, para que se entienda compatible con la Constitución, es necesario que exista una previsión legal y que la medida sea proporcional.

Esta medida puede abarcar un triple ámbito material u objetivo, así¹⁶⁴:

- Números marcados e identidad de los interlocutores.
- Si en la realización de esta medida apareciera un número del que ha solicitado el titular su exclusión de los listados (número secreto), deberá requerirse de la Autoridad judicial competente que por la compañía operadora de telefonía, se faciliten los datos de estas personas.
- Comunicación telefónica verbal. Conocimiento y registro de todas las comunicaciones recibidas y transmitidas desde un número concreto.
- Comunicación de datos vía telefónica. Pueden transmitirse:
 - a) Vía telefónica mediante «par físico». Teléfono por cable.
 - b) Telefonía móvil.
 - c) Mensajes-Fax.

¹⁶⁴ MARTÍN Ancín, Francisco y Álvarez Rodríguez, José Ramón; “Metodología del Atestado Policial, Aspectos Procesales y Jurisprudenciales”; Editorial TECNOS; Madrid, España; 1999; Pág. 329.

- d) Comunicación Modem. Transmisión de datos informatizados, bien de un usuario a otro o a través de una red.
- e) Comunicación vía Internet.

En este sentido, el artículo 4 lit. a) de la Ley Especial define el término Telecomunicaciones de la siguiente manera: “cualquier tipo de transmisión, emisión, recepción de signos, símbolos, señales escritas, imágenes, correos electrónicos, sonidos o información de cualquier naturaleza por hilos, radioelectricidad, medios ópticos u otro sistema electromagnético, quedando comprendidas las realizadas por medio de telefonía, radiocomunicación, telegrafía, medios informáticos o telemáticos, o de naturaleza similar”.

II.11.3 Requisitos subjetivos de la intervención

II.11.3.1 Sujeto pasivo

Será todo aquel contra el que se dirija la investigación y del que se pretenda obtener la información necesaria para esclarecer una determinada actividad delictiva o bien obtener los medios de prueba.

Cuando se interviene un aparato telefónico ya no sólo se están conociendo las comunicaciones que el presunto responsable del hecho delictivo efectúa o recibe, sino las de todas aquellas personas que utilicen este medio concreto, que puede que no tengan nada que ver con el objeto de la investigación.

El Sujeto pasivo puede serlo tanto una persona física como una jurídica, así la medida deberá recaer únicamente sobre los teléfonos de las personas indiciariamente implicadas en un hecho delictivo, ya sean titulares de los teléfonos o sus usuarios habituales.

II.11.3.2 La autoridad judicial

Será exclusividad del Juez de Instrucción competente territorial y objetivamente. La resolución que adopte precisará de los instrumentos de aplicación, el correspondiente auto necesariamente motivado acordando tal medida y un mandamiento dirigido a la compañía operadora para que desarrollen las técnicas necesarias al objeto de realizar la interceptación.

II.11.3.2.1 El ente encargado de solicitar la intervención ante el Órgano Judicial

Según la Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones, se refiere a la facultad que la Fiscalía General de la República tendrá para solicitar la medida, éste requisito subjetivo será desarrollado con posterioridad en el capítulo III.

II.11.4 Requisitos Procesales de la intervención¹⁶⁵

II.11.4.1 Requisitos Sustantivos

II.11.4.1.1 Principio de Legalidad o reserva de ley

Toda injerencia Estatal en el ámbito de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas, que incide directamente sobre su desarrollo, limite o condicione su ejercicio, precisa una habilitación legal¹⁶⁶”.

El contenido mínimo de la norma, sin el cual no se satisface la exigencia de reserva de Ley, se desenvuelve en dos ámbitos:

En primer lugar, el de las finalidades legítimas que han de perseguir las medidas de intervención telefónica, finalidades que han de estar vinculadas a 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

¹⁶⁵ Así países como España en los cuales ya se ha incorporado esta medida, ha desarrollado también un cuerpo de doctrina en el que se recoge una serie de Requisitos y Exigencias necesarias para que pueda reconocerse la legitimidad y la validez de las intervenciones telefónicas, tales como: 1) la exclusividad jurisdiccional de dichas intervenciones, implica que únicamente la autoridad judicial podrá establecer restricciones y derogaciones al Derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas; 2) su finalidad exclusivamente probatoria de las intervenciones que han de encaminarse a establecer la existencia de delito y el descubrimiento de las personas que pudieran ser criminalmente responsables del mismo; 3) la excepcionalidad de la medida significa que sólo habrá de adoptarse cuando sea necesaria y no pueda recurrirse a otro medio de investigación que sea de menos grave incidencia y daño para los Derechos y Libertades individuales que los que inciden sobre la Protección de la intimidad personal; 4) su proporcionalidad de la medida de intervención, que sólo podrá acordarse cuando se trate de investigar delitos graves en los que las circunstancias concurrentes y la trascendencia social del hecho delictivo aconsejen la derogación en el caso concreto del principio garantizador en proporción a la legítima finalidad perseguida; 5) la limitación temporal de la medida interceptora que legalmente no podrá exceder de períodos trimestrales aunque prorrogables, aunque no de forma indefinida o excesiva; 6) la especialidad y concreción del hecho delictivo que se investigue, pues no cabe decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir indiscriminadamente la existencia de actos delictivos; 7) el que la medida deberá recaer únicamente sobre los teléfonos de las personas indiciariamente implicadas, sean los titulares o usuarios habituales de los mismos; 8) la existencia de un procedimiento, previo o simultáneo a la autorización de la medida ; 9) la existencia previa de indicios de la comisión de algún hecho delictivo (si bien, como quiera que la medida no es posterior a su descubrimiento, sino que se dirige a su averiguación, bastará para acordarla la existencia de indicios o sospechas racionales del delito que se investigue y que, por ello, sólo está en fase de presunción); 10) el riguroso control judicial de la medida, tanto en su ordenación como en su desarrollo y cese; y 11) la suficiente motivación de la correspondiente resolución judicial, que exige la explicación razonable y razonada por el juez de acuerdo con la Ley y los principios constitucionales, que puede ser complementada por la explicitación de indicios suministrada policialmente, que va a quedar unida en las actuaciones judiciales; Ver la Sentencia del Tribunal Supremo 102/1998, de 3 de febrero (Sr. Puerta Luis), así como los Autos de 18 de junio de 1992 y Sentencias de 25 de junio de 1993, 25 de marzo, 18 de abril y 12 de septiembre de 1994, 22 de enero y 20 de diciembre de 1996, y de 2 diciembre 1997.; Citado por CLIMENT, Durán; Ob.cit. Pág.1584 y ss.

¹⁶⁶ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; “La Prueba en el Proceso Penal, Manuales de Formación Continuada 12”, imprime LERKO PRINT, S.A; Madrid, España; 2000; Pág. 250 y ss.

la moral, o la Protección de los Derechos y Libertades de los demás. En este marco ha de operar también el requisito de necesidad, en el sentido que las medidas han de ser necesarias para la consecución de esos fines.

Y en segundo lugar, el de la previsibilidad, cualidad que implica que las personas interesadas han de poder prever las consecuencias de su aplicación, lo que supone que la Ley ha de ser suficientemente clara en sus términos para indicar a los ciudadanos las circunstancias y condiciones en las que las Autoridades Públicas podían interferir en el Derecho al respeto de la vida privada y la correspondencia; aún más, las disposiciones que habilitan la injerencia han de ser particularmente claras y precisas, evitando contradicciones en la Normativa Legal, incluso con otras materias, que hagan imposible prever cuándo la medida de intervención se aplica conforme a la Ley.

II.11.4.1.2 Principio de Exclusividad jurisdiccional

Hace alusión a la limitación del Derecho Fundamental recogido en el artículo 24 Cn., estableciendo como condición la Autorización Judicial; únicamente la Autoridad judicial competente puede establecer restricciones y derogaciones al Derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas.

“Sólo el Juez puede autorizar una intervención telefónica, conforme a la Ley y conforme a sus principios; que no es ni puede ser un indicio la simple manifestación por parte de quien solicita la medida, si no va acompañada de algún otro dato que permita al Juez valorar la racionalidad de su decisión en función del criterio de proporcionalidad; y que de alguna manera ha de existir una investigación penal en curso, incluido el supuesto de que ésta se inicie sobre la existencia de tales indicios, precisamente con la intervención telefónica, inmediatamente después de la incoación, pues sólo cabe la

intervención-observación telefónica abierto un proceso penal y dentro de él” (Auto de 18 de junio de 1992, «Caso Naseiro»¹⁶⁷).

El requisito *sine qua non*¹⁶⁸ de que la medida ha de ser acordada por un Juez, puede determinar el levantamiento del Secreto de las comunicaciones. Su decisión no puede o no debe ser arbitraria, y como decisión propia debe fundarse en indicios constatables en la causa, por lo que el Juez es el que tiene los indicios y el que aprecia la necesidad, la oportunidad, y la proporcionalidad de la medida. No deberán fundamentarse en sospechas policiales las que legitimen la medida; toda vez que la intervención telefónica constituye una restricción a un Derecho Fundamental de las personas debe intervenir el Órgano Judicial, sea con anterioridad a la restricción misma, mediante el análisis de los presupuestos en que cabe ordenarla o posteriormente de ejecutada por un Órgano Administrativo, para controlar su fundamentación y legalidad¹⁶⁹. Se sostiene que sólo un Juez puede tener autoridad para emitir una orden de esa naturaleza.

La exclusividad jurisdiccional en la autorización de la medida requiere estricta sujeción de los Funcionarios que la practiquen en base a los términos personales, temporales y fácticos de la habilitación judicial que otorga cobertura a su actuación¹⁷⁰, en relación a la adopción de la misma en el marco de una investigación en curso y, por ende, con existencia de indicios suficientes de criminalidad, respeto al principio de proporcionalidad en sentido amplio, lo que exige valorar la necesidad de la medida, así como realizar un juicio de ponderación entre la afectación que supone para el

¹⁶⁷ Auto emitido por el STS de España el 18 de junio de 1992, en el Caso Naseiro; citado por MARTIN, Ancín. Ob.cit.; Pág. 332.

¹⁶⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; “Instituciones de Derecho Procesal Penal”; Ediciones Jurídicas Cuyo; Mendoza, Argentina; Pág. 360.

¹⁶⁹ SOSA, María Julia; Ob.Cit.

¹⁷⁰ CORREA DE CARVALHO, José Theodoro; “Intervención de las Comunicaciones Telefónicas en España”, extraído el 08 Agosto 2010 de http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=jose_theodoro_carvalho.

Derecho Fundamental implicado y la gravedad del ilícito que se trata de acreditar.

Por otro lado el Proceso de ejecución de la medida debe estar también bajo la inmediata dirección y control del Juez que la ordenó. Si bien la función de grabación y transcripción es efectuada por los auxiliares de la justicia, el Juez deberá controlar su veracidad y deberá efectuar la selección de su contenido, no permitiendo que esta función sea efectuada por quien solicita la medida y durante la ejecución de la misma. Esta selección estará encaminada a dejar en descubierto todo aquello que se vincule con el ilícito investigado, pero no cuestiones de la vida privada del sospechado o de las personas que con él se comunican, como no es posible que los auxiliares tomen conocimiento del contenido de las comunicaciones antes de que el Juez decida sobre su selección y utilización es imperioso que se los obligue a guardar secreto sobre lo que han conocido sin orden judicial.

Es el Juez quien tiene los indicios delictivos -relación entre la persona y el delito investigado¹⁷¹- y a la vista de los mismos debe valorar la necesidad y proporcionalidad de la medida.

De la Nota de Judicialidad en la medida, se derivan como consecuencias las siguientes¹⁷²:

- a) Que sólo la Autoridad Judicial competente puede autorizar el sacrificio del Derecho a la intimidad.
- b) 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.

¹⁷¹ MARCO, Urgell; Ob.Cit. Pág.117 y 118.

¹⁷² CLIMENT, Durán; Ob.cit.; Pág.1598.

- c) Que por ello la intervención debe efectuarse en el marco de un Proceso Penal Abierto, rechazándose la Técnica de las Diligencias Indeterminadas.
- d) Al ser medida de exclusiva concesión judicial, ésta debe ser fundada en el doble sentido de adoptar la forma de auto y tener suficiente motivación o justificación de la medida, ello exige del ente solicitante la expresión de la noticia racional del hecho delictivo a comprobar y la probabilidad de su existencia.
- e) Es una medida temporal, sin perjuicio de prórroga.
- f) El principio de fundamentación de la medida, abarca no sólo al acto inicial de la intervención, sino también a las sucesivas prórrogas.

Consecuencia de la exclusividad judicial, es la exigencia de Control Judicial en el desarrollo, prórroga y cese de la medida.

La resolución judicial puede considerarse suficientemente motivada si, integrada incluso con la solicitud a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder realizar con posterioridad el correspondiente Juicio de Proporcionalidad.

Cuando se coarta el libre ejercicio de los Derechos Fundamentales, es preciso encontrar una causa suficientemente explicada con las razones por las que ese sacrificio necesario se lleve a cabo¹⁷³.

Es decir, que ésta reserva jurisdiccional impone que tal limitación deberá ser motivada, la cual encuentra su razón de ser en la exigida proporcionalidad de esta medida en relación con el Delito investigado.

¹⁷³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y AGENCIA ESPAÑOLA DE COOPERACION INTERNACIONAL, Por Casado Pérez, José María; “La Prueba en el Proceso Penal”; Pág.547.

II.11.4.1.3 Principio de Proporcionalidad

Se debe tener en cuenta la importancia de lo que se busca y el Derecho Fundamental que se infringe, debiendo existir una adecuada ponderación, pues sólo habrá de acordarse cuando no haya otro medio para alcanzar la verdad formal menos dañoso para las libertades y Derechos ajenos, ya que al tratarse de una medida restrictiva de un Derecho Fundamental que puede englobar a varias personas (investigado y demás personas que utilicen el teléfono bien sea emitiendo o bien recibiendo las llamadas), sólo cabrá adoptarse en el caso de delitos previstos en la Ley que ampara la medida, en los que las circunstancias que concurren y la trascendencia social del hecho delictivo aconsejen la adopción de esta medida.

“La proporcionalidad supone que exista una correlación entre la medida, su dirección y su extensión y las circunstancias del caso, especialmente la naturaleza del delito, su gravedad y su propia trascendencia social¹⁷⁴.”

Asimismo implica, además, de un lado, que la medida sólo puede ser adoptada por resolución judicial que exprese la ponderación exigida por el juicio de necesidad en atención a los fines legítimos y a las circunstancias concretas concurrentes en cada momento; de otro, que la ejecución de la misma debe atenerse a los estrictos términos de la autorización, tanto en relación a los límites materiales o temporales de la misma como a las condiciones de su autorización.

De esto último se puede concluir que el principio de proporcionalidad exige una relativa gravedad de la infracción perseguida así como una ponderación de los intereses en juego por parte de la Autoridad judicial para discernir si la intromisión y consiguiente restricción del derecho fundamental

¹⁷⁴ CLIMENT, Durán; Ob.cit.; Pág.1598 y ss.

en beneficio del interés público debe primar sobre el interés del titular del Derecho Fundamental al secreto de las comunicaciones¹⁷⁵.

Debe considerarse como medida subsidiaria, pues sólo habrá de acordarse cuando no haya otro medio para alcanzar la verdad formal menos dañoso para las libertades y Derechos ajenos, ya que al tratarse de una medida restrictiva de un Derecho Fundamental que puede englobar a varias personas (investigado y demás personas que utilicen el teléfono bien sea emitiendo o bien recibiendo las llamadas).

Del requisito de proporcionalidad se deriva como consecuencia que este medio excepcional de investigación requiere, también, una gravedad acorde y proporcionada a los delitos a investigar. Ciertamente que el interés del Estado y de la Sociedad en la persecución y descubrimiento de los hechos delictivos es directamente proporcional a la gravedad de éstos, por ello, sólo en relación a la investigación de delitos graves, que son los que mayor interés despiertan su persecución y castigo, será adecuado el sacrificio de la Vulneración de Derechos Fundamentales para facilitar su descubrimiento, pues en otro caso, el juicio de ponderación de los intereses en conflicto desaparecería si por delitos menores, incluso faltas se generalizase este medio excepcional de investigación, que desembocaría en el generalizado quebranto de Derechos Fundamentales de la persona sin justificación posible.

De este principio se deben considerar los siguientes apartados:

1) Delitos que pueden justificar la injerencia en el secreto de las comunicaciones

Es decir, que debe existir precisión y previsión normativa de los Delitos o tipos penales sobre los cuales será procedente adoptar la restricción al Derecho Fundamental, por lo que la Legislación Secundaria debe incluir de

¹⁷⁵ MARCO Urgell; Ob.cit.; Pág.130.

manera taxativa el catálogo de delitos o condiciones en base a los cuales pueda autorizarse una intervención telefónica, a fin de evitar que el Derecho a la intimidad pueda vulnerarse simplemente para proteger la moral o para prevenir el delito y asimismo hay que tener muy presente el principio de necesidad de la medida.

2) Subprincipios que integran el principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad se halla integrado a su vez por dos subprincipios como son *el de necesidad* y *el de idoneidad de la medida*, más el presupuesto lógico de *la finalidad perseguida*, que se explica con la siguiente aseveración:

“Si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto -STC de de España del 16-12-1996 -¹⁷⁶)”.

✓ El subprincipio de necesidad

El subprincipio de necesidad de la medida, exige que la medida de injerencia deba ser imprescindible para conseguir el objetivo fijado, de tal modo, que si hay diversas medidas aptas para el fin pretendido habrá que escoger aquélla que suponga una menor intromisión en los Derechos Fundamentales. Por lo tanto, si hay otros medios para conseguir la finalidad buscada, la injerencia ya no sería necesaria, y en consecuencia, no debería autorizarse la medida de intervención de las comunicaciones.

¹⁷⁶ *Ibíd.*; Pág.138 y ss.

✓ **El subprincipio de idoneidad**

El indicado principio exige que la medida de intervención sea la adecuada para la finalidad perseguida, o dicho de otro modo, que la injerencia en las comunicaciones sea apta para lograr el fin perseguido. Por consiguiente, si hay otros medios menos gravosos y también idóneos para conseguir la finalidad perseguida -aparte de la intervención de las comunicaciones-, habrá que decidirse por uno de ellos, precisamente el menos restrictivo, puesto que si existieran otras medidas, la injerencia ya no sería necesaria y por tanto, no debería ser autorizada.

En este sentido, el llamado presupuesto habilitante¹⁷⁷, esto es, la relación o conexión existente entre el sujeto que habrá de ser objeto de la investigación y el delito cuya investigación se interesa mediante la solicitud de Autorización Judicial de sus comunicaciones, juega un papel fundamental respecto al principio de proporcionalidad, toda vez que para examinar la concurrencia del indicado principio resulta esencial tener en consideración la persona concreta respecto de la que existen indicios de criminalidad. En definitiva, el llamado presupuesto habilitante se configura como un *prius lógico* del juicio de proporcionalidad de la medida.

✓ **Juicio de proporcionalidad en sentido estricto o la finalidad de la medida**

La medida debe ser congruente y proporcionada a la finalidad perseguida. Es decir, “que tanto la regulación legal como la práctica de las intervenciones telefónicas han de limitarse a las que se hallan dirigidas a un Fin Constitucionalmente Legítimo que pueda justificarlas y que se hallan justificadas sólo en la medida en que supongan un sacrificio del Derecho

¹⁷⁷ Un sector doctrinal considera que el presupuesto habilitante es “un evidente presupuesto del principio de proporcionalidad, pues por una parte nutre de contenido el objeto de la investigación y por qué la misma se solicita contra determinada o determinadas personas”.

Fundamental estrictamente necesario para conseguirlo y resulten proporcionadas a ese sacrificio¹⁷⁸”.

✓ **El principio de especialidad**

Es necesario hacer referencia al principio de especialidad el cual se halla íntimamente vinculado a la finalidad concreta que debe perseguir el acto de injerencia e implica que el Auto que autorice la intervención de las comunicaciones telefónicas habrá de especificar en la mayor medida de lo posible los hechos respecto de los cuales se autoriza la injerencia en el secreto de las comunicaciones de la persona que será objeto de investigación, toda vez que se trata de evitar que se autoricen intervenciones telefónicas para tratar de descubrir actos delictivos en general y es considerado como uno de los pilares esenciales de la licitud de injerencia en el Derecho al secreto de las comunicaciones.

El principio de especialidad no permite que se investiguen hechos delictivos distintos a aquellos por los que fue autorizada la injerencia del Derecho Fundamental de la persona afectada, de modo que de obtenerse indicios fundados de otros hechos delictivos, debería solicitarse nueva Autorización Judicial para iniciar una nueva investigación para comprobar efectivamente los mismos.

Precisamente así surge la cuestión de qué sucede con los llamados hallazgos casuales de pruebas, o también llamados hallazgos fortuitos, que será desarrollado en otro apartado.

¹⁷⁸ MARCO Urgell, Ob.cit.; Pág. 143.

II.11.4.1.4 Excepcionalidad de la medida¹⁷⁹

Sólo habrá de adoptarse cuando no exista otro medio de investigación del delito que sea de menor incidencia en relación al daño sobre los Derechos y Libertades Fundamentales del individuo, que los que inciden sobre la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones¹⁸⁰.

Del requisito de excepcionalidad se deriva que la intervención telefónica no supone un medio normal de investigación, sino excepcional en la medida que supone el sacrificio de un Derecho Fundamental de la persona, por lo que su uso debe efectuarse con carácter limitado, ello supone que ni es tolerable la petición sistemática en Sede Judicial de tal autorización, ni menos se debe conceder de forma rutinaria. Ciertamente en la mayoría de los supuestos de petición se estará en los inicios de la investigación judicial - normalmente tal petición será la cabeza de las correspondientes diligencias previas-, pero en todo caso debe acreditarse una previa y suficiente investigación policial que para avanzar necesita, por las dificultades del caso, de la intervención telefónica, por ello la nota de la excepcionalidad, se completa con las de idoneidad y necesidad y subsidiariedad formando un todo inseparable, que actúa como valladar ante el riesgo de expansión que suele tener todo lo excepcional.

¹⁷⁹ Como sostiene Ruiz Vadillo: «La medida ha de ser excepcional y sólo será utilizable en función de la gravedad del hecho que se pretende investigar y, por supuesto, motivada (...) Para tomarle no bastan las sospechas o conjeturas. Es necesario algo más; el indicio, es decir, la sospecha especialmente fundada. A mi juicio, el delito que se investiga ha de ser grave (que lleve aparejada una pena superior a tres años)...» (1997:151). La medida debe ser excepcional. No debe decretarse si existe otro medio menos traumático. (op.cit. P. 151 y López Barja): La exigencia de que el delito sea grave proviene del «... principio de proporcionalidad exige una relativa gravedad de la infracción perseguida o relevancia social del bien jurídico protegido, pero también la ponderación de los intereses en juego para determinar si la vista de las circunstancias concurrentes debe prevalecer el derecho constitucionalmente protegido.» (Montañés Pardo. 1999:33), Ergo, «No es ni puede ser, por consiguiente, un indicio la simple manifestación policial sino va acompañada de algún otro dato o de algunos que permitan al juez valorar la racionalidad de su decisión en función del criterio de proporcionalidad. (Cf Auto del Tribunal Supremo Español 18.06.1992), LOPEZ BARJA, sostiene que la intervención telefónica debe limitarse a delitos graves, lo que es una exigencia del sistema constitucional del equilibrio de las libertades y derechos fundamentales. (op. cit. P. 150), Citados por: DUARTES Delgado; Ob.cit.; Pág.574.

¹⁸⁰ CLIMENT Durán; Ob.cit. Pág.130.

El Tribunal Supremo Español en varias de sus sentencias se ha pronunciado en el sentido de que «sólo cabe la intervención telefónica cuando no existan otros caminos o vías eficaces menos gravosas para llegar a su descubrimiento».

II.11.4.1.5 La existencia previa –objetiva– de indicios de la comisión de un delito y no meras sospechas irracionales o conjeturas

Debe existir información racional del hecho delictivo que se quiera comprobar y de la probabilidad de su existencia; es decir, que la solicitud de aplicación de la medida restrictiva de intervención de las telecomunicaciones debe ir sustentada en una previa investigación en relación con determinado delito o partícipes de tal hecho delictivo, pues las simples sospechas irracionales no son suficientes para justificar la petición, debiéndose aportar los datos, indicios racionales, pruebas y cualquier otro elemento válido que le permita al juez establecer la necesidad de la medida.

Resulta de vital importancia aclarar que la concurrencia de indicios o sospechas objetivas y racionales impide categóricamente la adopción de la injerencia con una finalidad prospectiva o general de averiguación de delitos, en el sentido de que el Secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos, o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en la mente de los encargados de la investigación penal, por más legítima que sea esta aspiración, pues de otro modo se desvanecería la garantía constitucional.

II.11.4.1.6 Limitación temporal

La intervención de las comunicaciones no puede prolongarse sine die, debe estar limitada en el tiempo, el mínimo imprescindible para conseguir el

fin propuesto, cesando tan pronto hayan desaparecido los presupuestos que la generaron.

«La medida no puede prorrogarse de manera indefinida o excesivamente larga porque ello la convertiría fatalmente en desproporcionada e ilegal, fuese cual fuese la naturaleza y gravedad del delito investigado»

El fundamento radica en que se trata de una injerencia al Derecho de intimidad por lo que cualquier exceso constituiría un abuso y una desproporción¹⁸¹.

La Ley debe establecer los períodos en que se autoriza la práctica de la intervención, los cuales no deben ser desproporcionados, ya que no puede autorizar una medida restrictiva de un Derecho Fundamental de manera indefinida o excesiva; por lo tanto, es necesario que el Legislador haya establecido un plazo de duración máximo durante el cual puede mantenerse legítimamente la intervención, precisar los momentos de inicio y duración de su computo, así como la posibilidad de su prórroga, por un número limitado, y su correspondiente plazo, en determinados supuestos que las razones de la investigación pueden aconsejar la ampliación del plazo ordinario para garantizar el éxito de la misma, pero que no deben conllevar una ampliación excesiva del plazo inicialmente previsto para la duración de la medida, por lo se deberá efectuar una nueva valoración de los presupuestos y circunstancias que induzcan su adopción.

II.11.4.1.7 Especialidad del hecho delictivo investigado

La intervención deberá ser para un Delito concreto y determinado, esta especialidad exige que si se ha iniciado una intervención y si lo que se produjo fuere un hallazgo fortuito, se debe solicitar del Juez la extensión del

¹⁸¹ SOSA, María Julia; Ob.cit.

mandamiento original u otro diferente que abarque la nueva infracción descubierta. No cabe decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir de manera general e indiscriminada actos delictivos, en este sentido no caben las escuchas predelictuales o de prospección, desligadas de la realización de un hecho delictivo; es decir que debe de haber una identidad entre el delito objeto de la investigación y el que de hecho se investiga.

II.11.4.1.8 Control judicial

Se exige un control por parte del Órgano Jurisdiccional tanto en la ordenación, como en el desarrollo y la finalización de la medida, la cual debe de abarcar¹⁸²:

- ✓ La observancia de las prescripciones de la resolución judicial autorizante,
- ✓ Precisión en la recepción del material grabado, garantizándose su integridad y autenticidad; siendo obligación remitir al Juez todas las cintas grabadas, numeradas correlativamente y las originales, ésta deberá efectuarse periódicamente, a fin de observar el desarrollo de la intervención;
- ✓ Adopción de las medidas precisas para transcribir las grabaciones obtenidas, seleccionando aquellos pasajes que sirvan a la investigación interesada. El Control Judicial de las escuchas realizadas exige la recepción íntegra de las cintas originales, la audición judicial y la selección de las cintas más interesantes.

¹⁸² MARTÍN, Ancín; Ob.cit.; Pág. 333.

II.11.4.2 Requisitos Formales

II.11.4.2.1 Resolución judicial motivada

La Motivación de la resolución que autoriza la medida supone la expresión tanto de la existencia de los presupuestos materiales de la intervención —investigación, Delito grave, conexión de las personas con los hechos¹⁸³—, como de la necesidad y adecuación de la medida, en cuyo caso, además, deben ponderarse las concretas circunstancias concurrentes en cada momento y el conocimiento adquirido a través de la ejecución de la medida inicialmente prevista. En orden a la Debida Motivación de las resoluciones judiciales que autorizan las intromisiones en los Derechos Constitucionales que protegen la Intimidad y el Secreto de las comunicaciones y la Inviolabilidad del domicilio.

Es decir que ha de exponer las Razones Fácticas y Jurídicas que fundamentan o motivan tal decisión¹⁸⁴ (juicios de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad), y además ha de hacer expresa referencia a los datos que identifican el teléfono a interceptar, la persona sospechosa, el hecho delictivo investigado y el plazo durante el cual pueden efectuarse las escuchas telefónicas, a todo lo que se agregan las demás circunstancias y condiciones a que la intervención ha de ajustarse.

Es de especial relevancia la motivación de la resolución judicial de intervención de las comunicaciones telefónicas puesto que permite el conocimiento y el control de los presupuestos necesarios para su adopción¹⁸⁵, al exigir que se hagan constar expresamente los fines a los que se dirige la medida, los indicios que la justifican así como las razones que demuestran su necesidad e idoneidad. En definitiva, la motivación significa la exteriorización de las razones por las cuales se adopta la Autorización

¹⁸³ CLIMENT Durán, Carlos; Ob.cit.; Pág.1591.

¹⁸⁴ *Ibidem.*; Pág.1644.

¹⁸⁵ MARCO Urgell, Ob.cit.; Pág.153 y ss.

Judicial de injerencia, lo que es fundamental para que el sujeto afectado pueda posteriormente impugnar tal decisión cuando considere que vulnera sus Derechos legítimos. La exteriorización razonada de los criterios en los que se apoya la decisión judicial. Es decir, la exigencia de motivación, se satisface, cuando implícita o explícitamente, se puede conocer el razonamiento, esto es, el conjunto de reflexiones que condujeron al Juez a tomar la decisión que tomó, incluidos los supuestos de conceptos jurídicos indeterminados

Los pilares que integran el contenido de la motivación de la resolución judicial son tres:

- Existencia de un hecho constitutivo de delito, es decir qué se investiga,
- Quienes pueden ser sus autores, ó contra quién se investiga, y ;
- Cuál es la fuente de conocimiento.

La resolución judicial de una medida de intervención telefónica- con independencia de que la misma haga uso de un modelo estereotipado o formularios preestablecidos- debe especificar las circunstancias concretas del caso con especial atención a los indicios delictivos concurrentes.

Igual exigencia de motivación requiere la resolución que acuerde la prórroga de intervención telefónica.

El auto judicial deberá contener una motivación suficiente y convincente para decretar esta medida¹⁸⁶.

¹⁸⁶ Así, CASADO Pérez, José María en su obra titulada “Aspectos Prácticos de la Aplicación del Código Procesal Penal II” Las Intervenciones Telefónicas en el Proceso Penal; Pág. 25-26; expone en relación a este tema: La resolución judicial que autorice la medida restrictiva del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, con específico referencia a las intervenciones telefónicas, deberá ofrecer las siguientes características:

1) Revestir la forma de auto, con su clásica división en antecedentes de hecho, fundamentos jurídicos y parte dispositiva, sin que quepa, de ser necesario continuar con la intervención, una prórroga mediante un simple decreto o providencia judicial, debiendo, pues, dictarse un nuevo auto en caso de prórroga.2) El auto debe estar suficientemente fundamentado o motivado, con el fin de poner de manifiesto la existencia de los requisitos materiales de la intervención a los que no hemos referido. Por ello, la resolución debe expresar las siguientes

Es decir, que la resolución judicial en cuya virtud se lleve a cabo la intervención, debe ser motivada, con el fin de que el interesado pueda en su momento conocer cuáles fueron los motivos que originaron la intervención y con el fin igualmente de facilitar el Derecho al recurso.

Como indica Soto Nieto¹⁸⁷, “la motivación de la resolución judicial lleva consigo, con mayor o menor explicitéz, una ponderación del objeto o fin que la provoca, secundada de las reflexiones oportunas acerca de la gravedad de los Delitos cuyo descubrimiento en alguno de sus órdenes objetivos o subjetivos se busca, y de la necesidad de puesta a contribución de las medidas propugnadas”.

II.11.4.2.2 La existencia previa –objetiva– de indicios de la comisión de un delito

razones técnicas y jurídicas de la injerencia: gravedad del delito objeto de investigación; utilidad o necesidad de la medida, poniéndose de manifiesto que no existen otros medios menos lesivos para el ejercicio del derecho fundamental afectado por la actuación; forma de realización de las escuchas y sistema de control por parte de la autoridad judicial; plazo de duración de las mismas, que deberá ser, como dijimos, el absolutamente indispensable para los fines de la investigación; los indicios contrastados de carácter delictivo respecto de una o varias determinadas personas que justifican la escucha de sus conversaciones.

Montón Redondo (La Ley, 21.11.95) recoge, entre otras, las siguientes indicaciones del juez a los encargados de llevar a cabo las escuchas telefónicas, que deben expresarse en la resolución autorizante:

- El período de tiempo por el que se autoriza la escucha y la línea o líneas telefónicas que han de ser interceptadas.
- Poner en conocimiento del juez el sistema técnico que vaya a utilizarse para efectuar las grabaciones.
- Mantenimiento absoluto de la integridad de las cintas.
- La interceptación ha de ser permanente durante el período de tiempo por el que se acuerde, por lo que debería establecerse la obligatoriedad de datar los distintos registros, con indicaciones de fechas y horas.
- Poner en conocimiento judicial la posible obtención de datos sobre delitos distintos a los que son objeto de investigación.

Todo ese conjunto de requisitos, unos de legalidad constitucional y otros de legalidad ordinaria, son examinados ampliamente en las STS de 6 de octubre de 1995 (Rj 1 7595) y por Montero Aroca “La Intervención de las Comunicaciones Telefónicas en el Proceso Penal”. (Tirant lo blanch, Valencia, 1999, España).

3) Finalmente, en la parte dispositiva se reflejaran el nombre y los apellidos del destinatario de la actuación, el número de teléfono intervenido y el delito concreto que justifica la realización de la escucha, con la expresa advertencia a la policía de que se abstengan de escuchar y grabar conversaciones en las que no intervenga la persona sujeta a investigación.

¹⁸⁷ SOTO Nieto, Citado por REY HUIDOBRO; ob.cit.; Pág.410.

Éste ya fue desarrollado en el apartado relativo a los Requisitos Sustantivos de la medida de intervención.

II.11.4.2.3 Declaración de secreto

Para la eficacia de la medida resulta obligado que la Autoridad Judicial declare el Secreto de las actuaciones. Secreto que estará limitado durante cierto tiempo, ya que la intervención telefónica debe acompañarse de una Declaración de secreto para el Procedimiento, secreto e intervención deben ordenarse simultáneamente y prorrogarse de igual forma hasta que finalice la medida, que de otra manera carecería de sentido.

Una vez concluida la intervención y levantado el secreto, deberá ser notificado al acusado lo practicado, como exigencia y manifestación del Derecho de defensa y del propio ordenamiento procesal.

II.11.5 Requisitos para la Ejecución de la medida

En la resolución por medio de la cual se adopta la intervención de comunicaciones telefónicas, la observancia del principio de proporcionalidad es también exigible durante la ejecución de la medida, lo que significa que, una vez establecida la misma, el Juez debe controlar periódicamente los resultados de la intervención por si fuera necesario su alzamiento o prorrogar su duración o, en su caso, completar la misma si se hubiese producido un hallazgo casual relevante.

Dicho Control Judicial se refiere exclusivamente a la ejecución, esto es, mientras la intervención se está desarrollando y puede llevarse a cabo mediante informes periódicos de los resultados obtenidos, con o sin transcripción o audición de las conversaciones intervenidas, siempre que asegure que el Juez va teniendo periódicamente conocimiento de las conversaciones que se están interviniendo.

En ningún caso, constituyen incumplimiento de Exigencia Constitucional alguna del Derecho al secreto de las comunicaciones las irregularidades que, una vez terminada la intervención, puedan afectar al proceso de incorporación de sus resultados a la causa en la que se acordó la intervención, ya que tales cuestiones son de Legalidad Ordinaria y sobre su apreciación únicamente podrá controlar el cumplimiento de los cánones generales de Constitucionalidad sobre el Derecho a la presunción de inocencia o sobre el Derecho a un Proceso con todas las Garantías, si es que tales resultados se han utilizado para desvirtuar el Derecho a la presunción de inocencia o si es que su incorporación al Proceso se ha producido en forma no contradictoria.

Para concluir, y en relación con lo expuesto, es necesario analizar dos cuestiones relacionadas fundamentalmente con las intervenciones telefónicas, cuales son¹⁸⁸: el problema de su duración y, en su caso, el de los llamados hallazgos casuales.

II.11.5.1 Duración de la medida

Si bien es cierto no establece límite temporal a la duración de la medida, puede afirmarse que su vigencia se extenderá mientras estuviera el Proceso, al menos en su fase de instrucción.

Sin embargo, es manifiesto que, si bien es cierto a que la intervención telefónica se puede acordar desde que comienza la instrucción del Proceso, también lo es que no puede extenderse a lo largo de toda la fase de instrucción. Lo impide la vigencia del Derecho a la Defensa o la del Derecho a un Proceso con todas las Garantías, recogidos en el art. 11 y 12Cn., ya que, antes que concluya la fase de instrucción el imputado tiene que tener conocimiento de todo el material probatorio reunido durante dicha fase, entre

¹⁸⁸ *Ibíd.*; Pág. 159 – 164.

el que se encuentra, lógicamente, el resultado de las intervenciones de las comunicaciones.

En cuanto a la prórroga, la resolución que la adopte debe tener la misma motivación que la resolución inicial, si bien las circunstancias han de ir referidas al momento en que se acuerde la prórroga, ya que es entonces cuando vuelve a producirse la restricción del Derecho Fundamental y cuando tiene que realizarse el Juicio de Proporcionalidad por el Juez o, cuando menos, introducir en la resolución los elementos necesarios para que dicho juicio de valor pueda ser realizado posteriormente.

En estos casos no es suficiente una motivación tácita ni una motivación por remisión a la resolución inicial, pues *“la necesidad de Control Judicial de la limitación del Derecho Fundamental exige aquí, cuando menos, que el Juez conozca los resultados de la intervención acordada para, a su vista, ratificar o alzar la medida”*, sin que sea suficiente *“la sola referencia”* a que *“se están practicando activas diligencias policiales”* contenida en los autos de prórroga..., pues en estos casos deben explicitarse y ponderarse las concretas circunstancias concurrentes en cada momento, así como el conocimiento adquirido a través de la ejecución de la medida inicialmente prevista”.

II.11.5.2 Hallazgo casual

Los supuestos de hallazgo casual hacen referencia a aquellos casos en los que, durante la ejecución de la intervención, se adquiere conocimiento de hechos delictivos distintos a aquél que justificó la adopción de la medida y el problema que se plantea es el de su utilización como medios de prueba en el Proceso en que se produjo el hallazgo, que, como es obvio, se inició por delito diferente, bien porque se fundara en otros hechos, o bien porque se atribuyera a personas distintas. Obviamente cuando, como consecuencia del hallazgo, se inicia el Proceso correspondiente y durante el mismo se adoptan

las resoluciones pertinentes con observancia de los Requisitos Constitucionalmente exigidos, ningún problema se planteará para la utilización, como medio de prueba, de las grabaciones efectuadas durante la intervención en la que se produjo el hallazgo por el hecho que éste se produjera en otro Proceso.

Qué sucede con los llamados hallazgos casuales de pruebas, o también llamados hallazgos fortuitos, que se refieren a los conocimientos adquiridos mediante una intervención telefónica legítimamente ordenada y ejecutada que no corresponden con el fin inmediato de la investigación para la que se autoriza dicha medida, y que pueden afectar a personas frente a las cuales no se había ordenado tal intervención¹⁸⁹.

A la vista de lo anteriormente expuesto, en caso que si casualmente de la escucha telefónica se descubren nuevos hechos posiblemente constitutivos de un Delito distinto al investigado inicialmente pero relacionados con éste, dichas nuevas circunstancias deben ser puestas inmediatamente en conocimiento del Juez instructor de la causa, a fin de que el mismo dicte la resolución judicial que proceda, bien sea ampliatoria, siguiéndose la investigación en la misma causa, o bien en caso de evidenciarse un delito totalmente independiente -novación del objeto penal- o la participación de una tercera persona, dictarse una expresa autorización judicial que permita la continuación de la escucha e incoar la correspondiente causa, si concurrieren todos los requisitos necesarios para ello.

¹⁸⁹ RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis; citado por MARCO Urgell; Ob.cit. Pág.148, que expresa: respecto de los elementos o componentes que los hallazgos casuales pueden poner en conflicto, como son tanto el ámbito objetivo de la investigación —en caso de descubrirse nuevas infracciones criminales ajenas a las que motivaron la autorización judicial- como el ámbito subjetivo — se detecta la intervención de terceras personas respecto de hechos independientes de la causa o bien relacionadas con la misma.

II.11.5.3 El control judicial de su ejecución

En la Ejecución de la autorización de injerencia pueden producirse otras alteraciones al Derecho Fundamental afectado ya sea por extralimitación material o temporal en el uso de la autorización por falta de proporcionalidad en su ejecución o por desatender las condiciones en que la autorización se concedió.

El Control Judicial Efectivo en el desarrollo y cese de la medida es indispensable para el mantenimiento de la restricción del Derecho Fundamental dentro de los Límites Constitucionales, así el Control Judicial de la ejecución de la medida se integra en el contenido esencial del Derecho cuando es preciso para garantizar su corrección y proporcionalidad.

Es decir, el Juez ha de controlar la ejecución tomando conocimiento del contenido de las conversaciones que se han producido y grabado, aparte de realizar otras actuaciones de selección y documentación.

Ahora bien, si en la ejecución de la medida no se ha producido extralimitación, no existe lesión al Derecho Fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas aunque no haya habido durante el tiempo de la intervención Control Judicial del material que se iba obteniendo en la escucha/observación, lo que no tiene por qué ser anormal si la duración de la intervención ha sido breve. Y tampoco existe aquella lesión, si la ejecución de la medida se ha mantenido dentro de los límites de la autorización, cuando a ausencia de Control Judicial es predicable en la incorporación del resultado de la observación a las actuaciones sumariales.

Dicho de otro modo, “no existe lesión del Derecho Fundamental cuando las irregularidades denunciadas, por ausencia o insuficiencia del Control Judicial, no se realizan en la ejecución del acto limitativo sino al incorporar a las actuaciones sumariales su resultado —entrega y selección de cintas, custodia de originales o transcripción de su contenido— pues en tales casos la restricción del Derecho Fundamental al secreto de las comunicaciones

llevada a cabo por los Funcionarios en los que se delegó su práctica se ha mantenido dentro de los límites de la autorización.

Cuestión distinta es la Eficacia Procesal de la documentación del resultado de la observación en las actuaciones en caso de falta o insuficiencia de Control Judicial sobre las grabaciones, selección de conversaciones y transcripción mecanográfica de las mismas. En tal caso de incorporación defectuosa a las actuaciones del resultado de la observación telefónica, por no reunir las Garantías de Control Judicial y contradicción suficientes, la documentación a que haya dado lugar no podrá tener carácter de prueba en el Proceso, si bien, al ser tales irregularidades procesales posteriores a la adquisición del conocimiento... lo conocido gracias a las escuchas puede ser introducido en el Juicio Oral como elemento de convicción a través de otros medios de prueba que acrediten su contenido¹⁹⁰... y, desde luego, lo conocido puede ser objeto de posterior investigación y prueba, por otros medios que legítimamente accedan al Juicio Oral.

Con referencia a esta cuestión, hay que partir de la imposibilidad que el propio juzgado, con los medios materiales que dispone, pueda llevar a cabo las complejas operaciones técnicas de unas escuchas telefónicas.

Pero ello no implica que el Juez se desentienda de la cuestión; muy al contrario, debe controlar la interceptación telefónica directamente a través de una triple actuación que resume Soto Nieto, así¹⁹¹:

En primer lugar, debe velar por la observancia de las prescripciones y pautas incorporadas al auto autorizante;

En segundo lugar, debe mediar la precisión más correcta en la recepción del material grabado, garantizándose su integridad y autenticidad y

¹⁹⁰ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; Ob.cit.; Pág. 262.

¹⁹¹ SOTO Nieto; Citado por: CASADO Pérez; Ob.cit.; Pág. 556.

Por último, han de adoptarse las medidas convenientes para la transcripción escrita de las grabaciones obtenidas y la selección de cuanto puede ser importante a los fines investigadores y de comprobación que se persiguen. Habrán de constar en diligencia las cintas entregadas, su traducción escrita, así como las partes del texto que puedan ser de interés y utilidad en el procedimiento en curso.

Montón Redondo¹⁹² recoge, entre otras, las siguientes indicaciones del Juez a los encargados de llevar a cabo las escuchas telefónicas, que deben expresarse en la resolución autorizante:

- El período de tiempo por el que se autoriza la escucha y la línea o líneas telefónicas que han de ser interceptadas.
- Poner en conocimiento del Juez el sistema técnico que vaya a utilizarse para efectuar las grabaciones.
- Mantenimiento absoluto de la integridad de las cintas.
- La interceptación ha de ser permanente durante el período de tiempo por el que se acuerde, por lo que debería establecerse la obligatoriedad de anotar los distintos registros, con indicaciones de fechas y horas.
- Poner en conocimiento judicial la posible obtención de datos sobre Delitos distintos a los que son objeto de investigación.

De lo anterior se infiere que durante la ejecución de la medida es necesario que exista un Sistema de Control de la misma, este ha de ser eficaz y “debe asegurar, -al menos como último recurso- , el Órgano Judicial las mejores Garantías de independencia, de imparcialidad y de regularidad en el procedimiento”¹⁹³.

¹⁹² MONTÓN Redondo; Citado por: CASADO Pérez; *Ibidem*.

¹⁹³ LÓPEZ Barja de Quiroga, Jacobo; *Ob. cit.*; Pág. 356.

La Fundamentación de la exigencia de Control Judicial de la medida de intervención telefónica válidamente autorizada por el Tribunal competente radica en el hecho que al ser la intervención de las comunicaciones telefónicas una limitación del Derecho Fundamental al Secreto de las mismas, y toda vez que atendida la finalidad de tal medida no es posible el ejercicio del Derecho de Defensa del investigado en el momento de su adopción -al no notificársele la medida hasta su finalización-, es necesario su control posterior a fin de garantizar el Derecho de Defensa del sujeto pasivo de la misma.

La fase de seguimiento y Control Judicial, incluye diversas funciones¹⁹⁴, tales como la remisión de las cintas originales íntegras al Juzgado, la selección de los pasajes más relevantes de las conversaciones grabadas o la transcripción de las mismas.

De todo cuanto se ha venido diciendo se pueden extraer varias ideas acerca de cuál es el contenido y finalidad del Control Judicial a realizar tras las escuchas telefónicas¹⁹⁵:

1º) Es un Control Judicial sobre un hecho delictivo ya descubierto. Se trata de controlar judicialmente que las escuchas telefónicas que han conducido al hecho delictivo investigado y descubierto se han realizado correctamente, es decir, sin ninguna vulneración de la Normativa Constitucional y Procesal Penal. Si después de las escuchas telefónicas no ha habido un resultado positivo y sigue sin manifestarse el Delito sospechado, carece de interés el Control Judicial que pudiera realizarse sobre esas escuchas telefónicas infructuosas, sin perjuicio de sancionar los actos irregulares, y aun delictivos, que hubiesen podido producirse con motivo de tales escuchas.

¹⁹⁴ MARCO Urgell, Ob.cit.; Pág.171-172.

¹⁹⁵ CLIMENT Durán; Ob.cit.; Pág. 1833 – 1835.

2º) Es un Control Judicial a posteriori. No se trata del Control Judicial previo a las escuchas telefónicas, que se produce con ocasión de ser dictada la resolución judicial que las autoriza, sino del Control Judicial posterior a las escuchas, una vez que éstas han terminado.

3º) Es un Control Judicial sobre el cumplimiento de la Legalidad Constitucional. Al tratarse de un Control Judicial que es posterior a las escuchas telefónicas, ha de supervisarse que en su realización no se ha vulnerado ningún principio ni ninguna Norma de carácter Constitucional.

4º) Es un Control Judicial que se produce con la recepción del resultado de las escuchas y con la comprobación de su contenido. Los informes que darán suponen la exposición escrita de los concretos resultados derivados de las escuchas, centrados en el descubrimiento de uno o varios hechos delictivos, y la aportación de las cintas que contienen las grabaciones originales de las escuchas telefónicas y, en su caso, la transcripción total o parcial de las conversaciones escuchadas. Tras la recepción física de todo lo anterior, el Órgano Judicial competente deberá comprobar si la realización de las escuchas telefónicas se ha ajustado a las directrices marcadas en el auto autorizante y, por tanto, a las Exigencias Constitucionales. Basta con realizar una comprobación externa y superficial acerca de que se ha cumplido el mandato judicial respetando el número telefónico, el hecho delictivo, la persona y el plazo prefijados en el auto autorizante.

5º) Es un Control Judicial que tiene una triple finalidad: orientar la posterior investigación judicial, permitir la Defensa del encausado y preconstituir la prueba derivada de las escuchas telefónicas.

- a) El Control Judicial sobre el hecho investigado y sus características, al que se ha tenido acceso a través de las escuchas telefónicas, permite que la posterior instrucción judicial se centre sobre dicho hecho y sobre quienes aparecen como ejecutores del mismo.

- b) El Control Judicial está dirigido a facilitar información al encausado o a los encausados, pero también al Ministerio Fiscal, sobre el resultado de las escuchas a fin que aquéllos puedan articular su defensa y el Ministerio Fiscal, o cualquier otro acusador particular, pueda orientar su actividad acusadora y,
- c) El Control Judicial constituye el punto de partida para efectuar la preconstitución probatoria, es decir, preparar el material proveniente de las escuchas telefónica para el Juicio Oral, y más concretamente para que se configure como prueba de cargo capaz de destruir la presunción de inocencia del acusado, mediante la audición, selección, traducción, transcripción, cotejo, etc.

Entre las medidas de control más destacables, es preciso hacer alusión a las siguientes¹⁹⁶:

a) Obligatoriedad de remisión al Juzgado de las cintas íntegras y originales

Lo trascendental es que las cintas estén incorporadas en su totalidad a la causa, a disposición por tanto, del Juzgado de Instrucción, a fin que puedan ser oídas por las partes si estas así lo solicitan.

Su finalidad es la de facilitar su posible aportación al Acto de Juicio como eventual prueba de cargo, permitir un efectivo ejercicio del Derecho de Defensa, así como permitir al Juez de instrucción captar de una manera global el conjunto de las conversaciones.

¹⁹⁶ OBÓN Díaz, Alberto; “La Intervención Telefónica y su Adecuación al Paradigma Constitucional; Derecho Procesal Penal; Noticias Jurídicas”; 2004 extraído el 27 Noviembre 2010 de [http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view File/47/31](http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/File/47/31).

b) Exigencia de la transcripción íntegra del contenido de lo grabado

Al exigirse la transcripción por escrito del contenido de las conversaciones grabadas se han visto como dos medios de prueba distintos y complementarios para introducir las grabaciones: documental a través de la lectura de las transcripciones, y la de la inspección ocular para la audición de las cintas.

Entendiendo algunos que el medio de prueba puede consistir, en una prueba documental (utilización de las transcripciones), en una inspección judicial (audición de las grabaciones), o en ambos medios de prueba (utilización de las transcripciones con complementaria audición de grabaciones, o viceversa)¹⁹⁷.

El documento es la grabación que es fuente de prueba, necesita ser incorporado a través del medio de prueba de documentos, y de ahí complementarse con otros según las circunstancias del caso: el reconocimiento de la parte, en su caso el de terceros, y el judicial a través de la inspección judicial, que a su vez se complementará con la transcripción escrita de las grabaciones.

Pero la transcripción no tiene la entidad de convicción de los otros medios de prueba, sino que ante todo se hace por facilidad en el manejo del expediente, ya que es más factible imponerse del texto de las conversaciones e lugar de andar buscando un grabador para escucharlas, ello en razón que algunas grabaciones lleva mucho tiempo entenderlas, ya que tienen interferencias, ruido del ambiente, etcétera, surgiendo más fácilmente la imposición escrita del tenor de lo conversado.

La grabación y su respectiva audición, no deben confundirse con la transcripción, que es en sí un instrumento escrito que ha servido como medio

¹⁹⁷ LOPEZ Fragozo Álvarez, Tomás; “Las Intervenciones Telefónicas en el Proceso Penal”; Colex, Madrid, España; 1991, Pág. 112, citado por: CARBONE Carlos; Ob.cit.; Pág. 174.

de prueba idóneo cuando éstas se perdieron, ya que la transcripción por sí sola nada puede decir sobre la identidad de la voz, los registros, el timbre, el acento, el énfasis, etcétera, pues únicamente son el reflejo escrito de ésta.

Ésta exigencia se basa principalmente en la concepción del Juez como único Órgano capacitado para "seleccionar" los pasajes de las escuchas que afecten o puedan afectar a la investigación. En caso de no ser así y permitir que dicha selección se efectuó por otro funcionario, se estaría atribuyendo a un Órgano Administrativo funciones estrictamente judiciales. Además, dicha transcripción literal deberá ser cotejada, para ello las partes intervinientes podrán hacer uso de su Derecho de Defensa.

La transcripción, en principio, sin la grabación carece de sentido, pues para un mejor manejo de la grabación en sí misma, además de su más cómodo acceso por ser el expediente un instrumento escrito, donde se someten al signo escriturario todos los actos de la instrucción, como ser audiencias de testigos, indagatorias, careos, otorgamientos de poderes para juicio, fianzas para trabar medidas cautelares hasta los pedidos verbales o en diligencia, es que se prevé la transcripción.

Asimismo debe consignarse la identificación de los Funcionarios que llevan a cabo materialmente la observación y grabación, detallando minuciosamente fechas, horas, registros magnetofónicos e incidencias surgidas en cada grabación, identificación y descripción que se realizará en el desarrollo de la medida¹⁹⁸.

c) Audición contradictoria

La existencia del acto de injerencia debe ser puesta en conocimiento del investigado, tras el levantamiento del secreto de las actuaciones, se hace totalmente necesario el conocimiento de la medida por parte de éste, a fin

¹⁹⁸ MARTÍNEZ Boix, José Vicente; Ob.cit.

que pueda hacer uso de sus legítimas expectativas procesales, que van desde la audición contradictoria a la posibilidad de incidir en la conformación del material documental que accederá posteriormente al plenario, así como la utilización de los recursos que caben contra la referida resolución.

Desde que se levanta el secreto el imputado tiene Derecho a conocer no sólo las resoluciones judiciales que ordenaron la ejecución de la medida, sino también el contenido de los conocimientos adquiridos de los resultados obtenidos¹⁹⁹, tanto para solicitar la destrucción de los aspectos impertinentes como de los protegidos, por ejemplo, por el Secreto profesional, como para poder ejercer su estrategia defensiva, en garantía del principio de igualdad de partes, que como componente esencial de la contradicción, tiene reconocida la defensa.

Cabe destacar que las fuentes de prueba obtenida tienen por objeto determinadas conversaciones, las cuales constituyen, hechos extraprocesales, no declaraciones procesales. El acusado puede permanecer en silencio, lo que supondrá que tenga que valorarse la fuente de prueba por sí misma, es decir, como indicio. También se ha de resaltar la necesidad que el acusado conozca con anterioridad al inicio del Juicio Oral la existencia y el contenido de las grabaciones y transcripciones, no para defenderse contra su legitimidad o autenticidad (prueba del documento), sino para poder desplegar una correcta actividad defensiva frente y mediante la prueba por documentos o inspección ocular.

d) Consecuencias jurídicas de una injerencia ilícita en el Derecho al secreto de las comunicaciones

¹⁹⁹ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; “La restricción de los Derechos Fundamentales...”; Ob.cit.; Pág. 109 y ss.

Dentro de éste apartado se desarrollará lo relativo al alcance que puede tener la Declaración de Nulidad de una medida de intervención telefónica ilícita sobre otras pruebas de cargo directa o indirectamente relacionadas entre sí en vínculo de consecuencia²⁰⁰.

Así, la Doctrina predominante entiende la denominada "conexión de antijuridicidad" como criterio definidor de la relación de causalidad entre la prueba de intervención telefónica ilícita y las restantes pruebas de cargo. Se trata de determinar el grado de conexión existente entre el contenido de las conversaciones y la prueba o pruebas incriminatorias; la ilicitud afectará a las pruebas derivadas siempre que exista no sólo la conexión natural entre la prueba ilícita y la derivada sino también la denominada conexión de antijuridicidad. Puede darse el caso por tanto, que entre la prueba ilícita y la derivada exista una clara conexión natural pero por el contrario falte la conexión de antijuridicidad, y en este caso la prueba derivada no debería (en un principio) de quedar aquejada del vicio de la prueba ilícita de que deriva.

Para poder apreciar si existe o no la referida conexión de antijuridicidad, se hace necesario atender a la posible independencia de la prueba derivada respecto de la ilícita, es decir, si la prueba derivada nunca pudo existir sin la previa existencia de la prueba ilícita por depender completamente de ésta como única y exclusiva fuente de generación, nos encontraremos ante la denominada conexión de antijuridicidad y por tanto dicha prueba derivada quedará afectada por la ilicitud. Por el contrario, si dicha prueba derivada goza de cierta independencia respecto de la prueba ilícita, por no haber sido esta su única fuente de generación, sería posible su valoración como prueba al no quedar contaminada por la ilicitud.

Por ello es necesario tener presente que las consecuencias jurídicas de una posterior declaración de ilicitud de la misma pueden llevar incluso a la

²⁰⁰ OBÓN Díaz, Alberto; Ob.cit.

nulidad de todo lo actuado. Por esta razón es de imperio una especial motivación de la misma y un especial cuidado y esmero en su adopción, evadiendo en la medida de lo posible plantillas y formularios, y en caso que se utilicen estos, adaptarlos de tal manera que permitan espacios en los que se apunten las circunstancias del caso concreto.

Es necesario por tanto una Normativa Procesal que regule completa y adecuadamente la limitación jurisdiccional del Derecho Fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas.

La Nulidad de la prueba obtenida con vulneración del Derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas²⁰¹, tiene relación con la prueba directa o indirectamente obtenida con vulneración del Derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas es Constitucionalmente Ilícita, ha de ser excluida del Proceso y su incorporación al elenco probatorio infringe el Derecho a un Proceso con todas las garantías.

La interdicción procesal de las pruebas ilícitamente obtenidas, con lesión del Derecho Fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas, lo mismo que con vulneración de cualquier otro Derecho Fundamental, se basa en la posición preferente de los Derechos Fundamentales en el ordenamiento jurídico y de su afirmada condición de inviolables.

e) Conservación y destrucción de la información obtenida

Las cintas magnetofónicas grabadas como consecuencia de las escuchas telefónicas deben ser entregadas originales en el juzgado que haya acordado la medida. Sólo la entrega de la cinta original permitirá, cumpliéndose todos los requisitos, que la misma pueda tener algún valor. La entrega de copias o de grabaciones incompletas en las que, por las razones

²⁰¹ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; “Manual Numero 12.” Ob.cit.; Pág.263-264.

que fueren, se ha extraído parte de las conversaciones produce la imposibilidad de utilizar dichas cintas. Quien ha de decidir la pertinencia o utilidad de lo grabado es el Juez, por lo que a éste corresponde la decisión sobre ello; además, el interesado debe tener pleno conocimiento de lo que va a realizarse.

Evidentemente la única persona que puede acordar la destrucción de la información obtenida es el Juez o Tribunal. Aunque, en su caso, la información haya sido conseguida por quien tiene el correspondiente mandamiento, ésta carece de legitimación para proceder a su destrucción: debe conservarla a disposición judicial.

El Derecho a la intimidad abarca el Derecho de toda persona a que el resultado de la interceptación de sus comunicaciones, que han resultado irrelevantes a los efectos del objeto del Proceso Penal, sea destruido²⁰², sin embargo la aplicación directa del Derecho Fundamental a la intimidad proporciona al particular el Derecho a exigir tal destrucción, y, al tiempo, genera la obligación del Juez (en aras a prestar una Tutela Judicial Efectiva) de, previa notificación, acordarla incluso de oficio. Posteriormente, en el acto del Juicio Oral deben escucharse las cintas.

II.12 Reproducción de la grabación en el Juicio Oral

Se llevarán al acto del Juicio Oral en forma de Prueba Documental, las cintas y las correspondientes transcripciones, con el objeto que sean oídas por las partes y puedan respecto a su contenido, alegar lo pertinente en su Derecho y Defensa. Para verificar esta actividad probatoria con todas las garantías en el acto del Juicio Oral, será preciso acreditar:

²⁰² LÓPEZ Barja de Quiroga; Jacobo; Ob.cit.; Pág. 368 – 369.

Certeza del contenido de las transcripciones, lo cual se puede conseguir por medio de:

- Reconocimiento de la autenticidad por el afectado.
- Reproducción y audición por el Tribunal en el acto del Juicio Oral.

La identidad de los intervinientes, que se puede lograr por:

- Peritos expertos en el tema (foniatras).
- Prueba testifical, tanto de terceros, como de miembros de la Policía que realizaron la intervención.
- Reconocimiento de los propios implicados directa o indirectamente en la interceptación.

La autenticidad de la cinta.

Para que la prueba pueda ser valorada por el Tribunal sentenciador, la grabación deberá reproducirse en el Juicio Oral con la observancia de los principios de contradicción y defensa.

La audición es necesaria *«no sólo para contrastar el contenido de las transcripciones hechas con el de la grabación, sino, y muy concretamente, para llevar a cabo la identificación de la voz...»*, *«...por lo que resulta conveniente determinar los Funcionarios encargados de practicar materialmente la escucha, a fin que presenten testimonio en el acto del juicio»*, asimismo debe consignarse *«la resolución que acuerde la intervención-observación la cual ha de motivarse, ha de determinarse su objeto, número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas-observadas, quiénes hayan de llevarlas a cabo y cómo, períodos en que haya de darse cuenta al Juez para controlar su ejecución y, especialmente, la determinación y concreción, hasta donde sea posible, de la acción penal a la que se refiere para aplicar rigurosamente el principio de proporcionalidad»*.

II.13 Finalidad exclusivamente probatoria de las interceptaciones

Para establecer la existencia del Delito y el descubrimiento de las personas responsables del mismo. La intervención telefónica debe estar guiada por el principio de utilidad, pues tal medida se adopta para descubrir algún hecho o circunstancia importante para la causa.

Una vez dentro del Proceso, puede tener la interceptación una doble finalidad: servir de fuente de investigación, o utilizarse como medio de prueba, en cuyo caso ha de reunir condiciones de certeza y credibilidad que sólo el estricto cumplimiento de las Normas Procesales pueden darle y debe ser en el acto del Juicio Oral donde se debe llevar a cabo la reproducción de las grabaciones correspondientes, para que el Tribunal bajo los efectos de la percepción directa del sonido y las observaciones y correcciones, incluso periciales, articuladas por las partes, pudiendo fijar así su convicción sin ningún tipo de reserva desde el punto de vista Constitucional, decisivo en el Proceso Penal.

Una cuestión importante es la determinación subjetiva de las escuchas y grabaciones telefónicas, es decir, determinar si las conversaciones grabadas han de imputarse o no a los procesados.

Determinados procedimientos técnicos de reproducción de sonidos, entre ellos las cintas magnetofónicas, constituyen un supuesto de prueba documental en sentido amplio, pues su resultado se recoge en objetos muebles que incorporan un contenido que puede servir para acreditar la realidad de determinados hechos; se ha de acreditar la autenticidad del documento, por lo que su autenticidad adquiere especial relevancia ante la facilidad con que estos procedimientos técnicos pueden ser objeto de manipulación. La prueba de autenticidad subjetiva puede hacerse por medio de peritos a través de la prueba fonométrica, para verificar la autenticidad de las voces, si lo que se escucha en la cinta se corresponde o no a la voz de quien se dice que habló.

En otras ocasiones podrá acudir a la prueba testifical de los propios policías o funcionarios o empleados que practicaron la intervención del teléfono.

Problema distinto es si en cada caso concreto constituye o no actividad probatoria de cargo, que dependerá del resultado de la prueba durante el desarrollo.

La audición de las cintas debe hacerse en la forma pública y contradictoria en que toda prueba debe ser recibida para poder surtir efectos en el Proceso, es decir, que sean fielmente oídas en la Vista Pública, o al menos se dé tal posibilidad a las partes con objeto de practicar la oportuna prueba pericial, o ratificación en su caso.

II.14 Actos de investigación y Actos de Prueba

Las actividades o actos que se desenvuelven en el Proceso Penal son de diversa índole y con finalidad u objetivos diferentes, dentro de los cuales se deben respetar los Derechos y Garantías de los sujetos principales de la relación procesal. Dentro de esas actividades se distinguen dos, una propiamente investigativa y otra de prueba²⁰³.

La actividad investigativa lo que persigue es obtener, asegurar o identificar fuentes de información que faciliten la elaboración de respuestas coherentes sobre la realización de un hecho delictivo y a su presunto autor o autores.

El acto de investigar o averiguar es para descubrir algún acontecimiento para dar una explicación y después esa respuesta debe ser acreditada,

²⁰³ CORTEZ Valles, Gladis Esmeralda y Rivas Obando, Jeyny Lissette; “La Deficiencia en la Realización de los Actos de Investigación y Los Actos de Prueba en el Proceso Penal. Grados de Afectación a la Garantía del Juicio Previo”, Trabajo de Investigación para obtener el grado y título de Licenciatura en ciencias jurídicas; Universidad de El Salvador; 2007; Pág. 46 – 49.

verificada y confrontada. En estos actos, por regla general no es indispensable garantizar la contradicción de los demás sujetos procesales²⁰⁴.

Los Actos de investigación son todos aquellos actos realizados durante la etapa de investigación por el Ministerio Público, la Policía o el Juez de garantía, que tienen por objeto obtener y recoger los elementos de prueba que serán utilizados en forma mediata para verificar las proposiciones de los litigantes durante el Juicio y en forma inmediata para justificar, grado de probabilidad, las resoluciones que dictará el Juez de garantía durante las etapas preliminares del procedimiento.

En cuanto a los Actos de prueba, éstos se realizan con la finalidad de convencer al Juzgador, que las respuestas encontradas son ciertas, por lo que su objetivo es otorgarle al Juez el conocimiento sobre la existencia del hecho y la autoría de determinadas personas. Los cuales revisten de ciertas Garantías, como la Garantía y respeto de la Igualdad y Contradicción de las partes, así como la Oralidad, Publicidad, Inmediación, Concentración y Continuidad. Los Actos de prueba, pretenden la incorporación al Proceso, de todos aquellos elementos probatorios, por los medios permitidos por la Ley, para lograr formar en el Juzgador el convencimiento necesario e indispensable para obtener la satisfacción del Derecho pretendido. Tales actos de prueba se verifican a través de la aportación de documentos al Juicio, de la presentación de testigos, de la absolución de posiciones, del juramento, del dictamen pericial, y de la inspección judicial misma.

Sobre la base de este fundamento de los actos de investigación y de prueba, puede identificarse entre ellos, las diferencias siguientes²⁰⁵:

- Desde el punto de partida: En los actos de investigación es el delito mismo, un hecho de la realidad; mientras que en los actos de

²⁰⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Sección de Publicaciones de La Corte Suprema de Justicia, “Líneas y Criterios Jurisprudenciales, Sala de lo Penal: 2002-2004”; Primera Edición; El Salvador, 2006; Pág. 33.

²⁰⁵ CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA; Ob.cit.; Pág. 4.

prueba son las afirmaciones sobre hecho y su autor permitiendo elaborar la investigación.

- Según la finalidad: Los actos de investigación se diferencian de los actos de prueba por que buscan fundamentar la acusación, elaborar una afirmación respaldada por la identificación de fuentes de información que justifiquen y preparen el enjuiciamiento de una persona; contrario sensu los actos de prueba tienen por finalidad convencer al Juez, llevarle conocimiento del Delito y quien lo cometió, creando en su ánimo la seguridad que ese conocimiento corresponde a lo ocurrido.
- Atendiendo a los requisitos: En los actos de investigación los lugares, tiempos y formas en que se realizan son muy flexibles y depende más bien de la necesidad que el acto resulte útil, generalmente, no es indispensable garantizar la contradicción de los demás sujetos del proceso; los actos de prueba por su parte deben realizarse en la sede del Tribunal de Sentencia, durante el desarrollo de la vista pública y garantizando la igualdad y contradicción de las partes, así como la oralidad, publicidad, inmediación y concentración en el procedimiento.
- En relación al sujeto: En los actos de investigación intervienen el Fiscal, la Policía y el Defensor, a veces con la intervención del Juez de Paz y del Juez de Instrucción, en cuanto a los actos de prueba las partes (acusación y defensa) y el Tribunal de Sentencia o el Jurado.
- En relación al valor para dictar sentencia: Los actos de investigación carecen por regla general, de valor para determinar el sentido de la decisión judicial, por su parte los actos de prueba son los únicos en los que el Juez puede basar su relación del caso.

Los Actos de investigación y los Derechos Fundamentales tienen una relación muy íntima en cuanto al tema de limitabilidad en una investigación Penal, ya que los primeros persiguen descubrir y demostrar lo que ocurrió, es decir llegar a la verdad (determinar la existencia de un Delito y la identificación de su autor), pero en ningún caso se debe buscar la verdad a todo costo o a cualquier precio, por lo que la Ley debe regular la forma y las condiciones para realizar esa actividad. Por lo que deben cumplirse requisitos y respetar límites, lo cual se reduce a lo que establecen la Constitución y el Código Procesal Penal y como límites los Derechos Fundamentales.

II.15 Efectos probatorios de la medida de Intervención telefónica

II.15.1 Prueba ilícita y prueba lícita

II.15.1.1 Prueba ilícita

Un Proceso con todas las Garantías —el Derecho al Proceso Debido— exige que no se permita la violación de lo dispuesto en las Normas que conforman tales Garantías y, en definitiva, debe considerarse absolutamente prohibida la vulneración de tales Normas, así las Normas relativas a la prueba son Normas de Garantía con fundamento Constitucional. Conso,²⁰⁶ considera que las Normas que disciplinan la prueba son Normas de Garantía del acusado, es decir, que todas ellas van dirigidas a asegurar la Garantía de Defensa del acusado. Afirmado esto, con toda lógica y radicalidad, mantiene que como la prueba penal es regulada por unas Normas que son Normas de Garantía, éstas han de ser reguladas por Ley (y sólo por ley), de donde concluye que no caben más medios de prueba que los previstos en la Ley,

²⁰⁶ CONSO, «Natura giuridica delle norme sulla prova nel processo penale», Riv. dir proc., 1970, pp. 1 Ss.; citado por LOPEZ Barja de Quiroga; Ob. cit.; Pág. 275.

de manera que no pueden admitirse medios de prueba atípicos ya que carecen de una disciplina de garantía.

Para referirse a las pruebas obtenidas ilícitamente o prohibiciones de prueba, según el Art. 175 CPr.Pn., no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los Derechos o Libertades Fundamentales.

Si en la obtención de elementos o fuentes de prueba se han vulnerado los presupuestos y Garantías exigibles para ordenar y ejecutar legítimamente una intervención telefónica, la consecuencia será su no utilizabilidad. En realidad esta regla esconde problemas difíciles de resolver, al menos con carácter general, puesto que si partimos de una regla clara: cuando la intervención telefónica no haya sido ordenada según los presupuestos que la hacen Constitucionalmente legítima —no la ordene el Juez competente, no se haya iniciado un Proceso Penal, no conste ningún imputado como sujeto pasivo, etc.— la consecuencia será la no producción de ningún efecto probatorio, viniendo protegido el afectado directamente por el mencionado artículo, con una prohibición de utilización de los resultados obtenidos, en cuanto derivada de una prohibición de adquisición de fuentes de prueba.

El problema se presenta en aquellos supuestos en que, habiéndose respetado los presupuestos esenciales para su válida adopción, sin embargo, en su ejecución o en la adquisición de los resultados obtenidos y en su traslación al Juicio Oral se infrinjan determinadas Normas Procesales. Ante las dos opciones extremas —cualquier vulneración de una Norma Procesal produce una prohibición de utilización o valoración de prueba no sólo las violaciones producidas en la obtención de fuente de prueba relativas a derechos fundamentales generan una prueba ilícita—, parece como la más apropiada aquella solución según la cual aún no vulnerándose directamente ningún Derecho Fundamental, lo que supondría una prohibición de utilización, la admisión y la práctica de los medios de prueba como

instrumentos que introducen en el Juicio Oral las fuentes válidamente obtenidas, dependerán para su validez del respeto del Derecho de Defensa del acusado, y, en general, del respeto al Derecho a un Proceso con todas las garantías y con igualdad de Derechos que la parte acusadora.

Otro problema relativo a la prueba ilícita de difícil solución es el relativo a los efectos reflejos que la ilicitud originaria pueda extender a otras fuentes de prueba, o incluso a actos de investigación, que lícitos por sí mismos, se basan, sin embargo, en unos datos o fuentes adquiridos ilegítimamente.

II.15.1.2 Prueba lícita

Cuando la intervención telefónica se ordena y ejecuta de acuerdo con sus Presupuestos y Garantías Constitucionales y Procesales, la misma puede dar lugar a la adquisición de elementos probatorios, que han de introducirse en el Juicio Oral, mediante concretos medios de prueba, para su valoración por el Tribunal de Sentencia.

Se debe partir de la diferencia entre fuente de prueba y medio de prueba. Por fuente de prueba entendemos los elementos que existen en la realidad preexistente a su introducción en el Juicio Oral, mientras que los medios de prueba suponen un concepto jurídico, de la actividad que se ha de desplegar para incorporar al Proceso las fuentes de prueba.

La medida de intervención telefónica no es en sí misma ni fuente ni medio de prueba. Constituye una actividad técnica que, aparte de sus efectos puramente investigadores, puede dar lugar a la obtención de fuentes o elementos con aptitud probatoria²⁰⁷. Se discute si la intervención telefónica, en cuanto a su aptitud probatoria, supone una anticipación de la prueba, es decir, una prueba realizada fuera de su sede natural, el Juicio Oral. Pero,

²⁰⁷ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; “La restricción de los Derechos Fundamentales...”; Ob.cit.; Pág. 106 – 108.

partiendo de la distinción realizada, fuente/medio de prueba, la intervención constituye una actividad previa al Juicio, e irrepetible, es la formación y adquisición de la fuente de prueba, el documento fonográfico, pero no la valoración de su contenido que podrá y tendrá que realizarse ante el tribunal sentenciador, a través de lícitos medios de prueba.

En cuanto a la contradicción respecto a medio de prueba. El resultado de la intervención, con aptitud probatoria ha de introducirse en el Juicio Oral mediante algún medio de prueba. La doctrina parece inclinarse por escoger a la prueba documental como la más idónea para tal introducción. Pero, de haber aceptado que el resultado de la intervención suponga un documento fonográfico, no significa que aceptemos que tenga que utilizarse el medio de prueba documental, porque la fuente de prueba viene constituida principalmente por la grabación obtenida, que no exige su aptitud legibilidad, haciendo referencia a una cosa mueble apta para incorporar señales expresivas de significado.

La caracterización de una fuente de prueba como documento, implica que ha de utilizarse el medio de prueba por documento pudiendo escogerse otro medio de prueba que encaje mejor con las características físicas del elemento probatorio.

II.15.2 Valoración de la prueba

Admitida y practicada la prueba en el Juicio Oral, habrá de ser valorada por el Tribunal Sentenciador, para pasar a formar parte de la premisa fáctica de la sentencia. Normalmente la fuente de prueba obtenida e incorporada al Juicio Oral mediante una prueba documental o de inspección ocular, tendrá el valor de las pruebas indiciarias o indirectas, incluso en los casos en que el imputado se autoincrimine en la conversación telefónica.

No se trata de una confesión, como tampoco de un testimonio si las manifestaciones captadas provienen de un tercero, las conversaciones grabadas son un hecho extraprocesal, no una declaración realizada ante la autoridad judicial, en caso contrario, se vulneraría el principio nemo tenetur se detegere o la facultad de negarse a declarar por motivos de parentesco.

Las fuentes de prueba obtenidas e introducidas en el Juicio Oral pueden ser utilizadas tanto en contra del imputado como a su favor, pudiendo utilizarse tanto por las partes acusadoras como por la defensa.

Se trataría de aquellos casos en los que por las razones que fueren, la prueba se encuentra incorporada al Proceso, y/o ha sido presentada en el Juicio, de manera que el Tribunal debe decidir sobre su posibilidad potencial de ser apreciada para fundar el fallo.

El Tribunal no puede basar su Sentencia en una prueba ilícitamente obtenida²⁰⁸, ya que no es fácil determinar la incidencia que dicha prueba pueda tener sobre otras pruebas, o para conformar una prueba compuesta, o en el subconsciente del Juzgador, pues no siempre será fácil mantener que no ha sido acreditado lo que ha sido claramente probado, aunque mediante un proceder ilícito (por ejemplo el arma o las drogas existen físicamente, han sido aprehendidas al acusado en su domicilio..., pero sin el correspondiente mandamiento judicial, y sin que la entrada y registro practicados reúnan los requisitos legales).

Diversas han sido las soluciones propuestas, en relación a la inapreciabilidad de la prueba ilegalmente obtenida, las cuales son: la exclusión física de la prueba, y la abstención o la recusación del Juzgador.

²⁰⁸ LOPEZ Barja de Quiroga; Ob.cit.; Pág. 289 – 290.

II.15.2.1 Exclusión física de la prueba

Una de las soluciones es que la prueba ilícitamente obtenida sea física o materialmente eliminada del Proceso para que no pueda ser apreciada; sin embargo, no es sencillo determinar qué prueba ha de ser eliminada, ello en razón que puede tratarse de una prueba compuesta o en los efectos reflejos que la misma puede producir en otras pruebas.

II.15.2.2 Abstención o recusación del Juez

También se ha propuesto que debe producirse la abstención del Juez y si éste no lo hace, debe ser factible su recusación, para los partidarios de esta postura, el Juez ya ha tenido contacto con la prueba ilícita y por ello resulta imposible conocer el efecto que la misma puede tener a nivel inconsciente en la persona del Juez, a la hora de apreciar otras pruebas.

II.15.3 Control posterior: una vez cesada la medida

Una vez cesada la medida, el Control ha de ser Judicial, puede el particular participar en ese Control a Posteriori. Evidentemente, esta cuestión se encuentra íntimamente ligada a la necesidad o no de una notificación ulterior al particular, de la medida adoptada, pues si no se le informa de las medidas tomadas sin su consentimiento, el interesado no puede generalmente, en principio, constatar retrospectivamente la legalidad de la actuación²⁰⁹, situaciones que fueron desarrolladas en el apartado denominado el Control Judicial de su ejecución.

²⁰⁹ *Ibíd.*; Pág. 356.

II.15.4 Derecho de Defensa

El Derecho de Defensa que asiste a todo ciudadano exige que una vez se ha puesto fin a la medida sea comunicado al interesado, no sólo el hecho mismo de la injerencia a la que ha sido sometido, sino también el contenido de todo aquello que ha sido aprehendido a su amparo, en consecuencia, una vez concluida la investigación de las intervenciones telefónicas, hayan o no dado éstas resultado, será citado el interesado y se pondrá en su conocimiento todo el material del que se dispone. No es necesario que las grabaciones hayan de ser por primera vez escuchadas por el Juez en presencia del imputado y ello incluso por la imposibilidad que en realidad este hecho supondría habida cuenta del obligado control diario que el Juez ha de ejercer sobre la medida a efectos de su mantenimiento o revocación, control que solo es posible si conoce el contenido de las conversaciones.

Dos cuestiones se pueden plantear aquí²¹⁰:

La primera relativa a la posible intervención de terceros; la segunda si es admisible el retraso en la puesta en conocimiento de la información o la reserva de comunicar ciertos datos.

En cuanto a la primera es de estimar conveniente la posibilidad de todos aquellos terceros cuyas conversaciones hubieran sido escuchadas de tomar conocimiento del contenido de las mismas, y ello en Garantía de su propio Derecho a la intimidad, por lo que, siempre que estuvieran identificados, se les debería citar para tales fines. En cuanto al segundo de los puntos planteados, es decir el retraso en la notificación, bien la reserva de comunicación de determinadas informaciones, la de por si ya extensa duración de la intromisión y el valor fundamental del Derecho de Defensa no supeditable en cualquier caso al interés general en la averiguación de los delitos.

²¹⁰ ASECIO Mellado; Ob.cit.; Pág. 112 - 113.

Una vez apersonado el imputado y demás interesados se debe proceder a entrega a éstos o destruir en su presencia los datos que no resulten de utilidad para la causa, incorporando aquellos que sean importantes para la misma a los autos previa su oportuna documentación.

CAPITULO III. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA LEY ESPECIAL PARA LA INTERVENCIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES CON RELACIÓN A LA LIMITABILIDAD Y PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD Y EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

A pesar que el Art. 24 de la Constitución establecía una prohibición genérica respecto a las intervenciones telefónicas, debido a los avances tecnológicos y progresos técnicos que ha experimentado nuestra sociedad en los últimos años, se han creado nuevas formas de comunicación hasta la fecha impensables tales como la telefonía móvil, las videoconferencias o el correo electrónico, entre muchas otras, pero en vista que dicha revolución tecnológica también supone la aparición de nuevas vías de ataque o injerencia en los Derechos Fundamentales, nuestro Legislador decidió reformar dicho artículo mediante Decreto Legislativo N° 36 de fecha 27 de mayo de 2009, publicado en el Diario Oficial N° 102, Tomo N° 383, de fecha 4 de Junio del año 2009, de la siguiente manera:

«Art. 24.- La correspondencia de toda clase es inviolable, interceptada no hará fe ni podrá figurar en ninguna actuación, salvo en los casos de concurso y quiebra.

Se prohíbe la interferencia y la intervención de las telecomunicaciones. De manera excepcional podrá autorizarse judicialmente, de forma escrita y

motivada, la intervención temporal de cualquier tipo de telecomunicaciones, preservándose en todo caso el secreto de lo privado que no guarde relación con el proceso. La información proveniente de una intervención ilegal carecerá de valor. La violación comprobada a lo dispuesto en este artículo, por parte de cualquier funcionario, será causa justa para la destitución inmediata de su cargo y dará lugar a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. Una ley especial determinará los delitos en cuya investigación podrá concederse esta autorización. Asimismo señalará los controles, los informes periódicos a la Asamblea Legislativa, y las responsabilidades y sanciones administrativas, civiles y penales en que incurrirán los funcionarios que apliquen ilegalmente esta medida excepcional. La aprobación y reforma de esta ley especial requerirá el voto favorable de por lo menos las dos terceras partes de los Diputados electos».

Producto de dicha Reforma, se configura Constitucionalmente la intervención de las telecomunicaciones –no sólo de las comunicaciones telefónicas– de manera excepcional, previa autorización judicial y temporalmente, estableciéndose unos requisitos mínimos para la validez de la medida, así como consecuencias y/o efectos, y la posterior creación de una Ley Especial que la regule.

Es decir, que debido a la nueva Configuración Constitucional, debe tenerse en consideración que no todas las intervenciones de las telecomunicaciones son –o serán– ilegales, así en un Estado Democrático y de Derecho, ningún Derecho es absoluto y la restricción del Derecho al secreto de las comunicaciones privadas consagrado en el art. 24 Cn., ha de apoyarse en la proporción de la injerencia del Derecho Fundamental en una sociedad democrática. Por ello, la propia disposición prevé para su limitación la existencia de una resolución judicial que permita levantarlo o desvelarlo, resultando entonces legítima la intromisión –lógicamente, previo

cumplimiento de los demás requisitos fundamentales la validez de la medida²¹¹.

Dicho lo anterior, debemos asegurarnos que la Legislación Procesal vigente en nuestro Ordenamiento Jurídico y la Ley Especial destinada a regular en general la intervención de las telecomunicaciones –y en particular, las intervenciones telefónicas-, deben establecer adecuadamente las Garantías exigidas por el o los Derechos Fundamentales afectados, y los requisitos mínimos de validez de la medida establecidos en el art. 24 Cn., so pena de incurrir en inconstitucionalidad.

Es decir, la estructura constitutiva del Secreto de las telecomunicaciones permite identificarle la aplicabilidad de ciertas categorías jurídicas, principalmente las de Derecho (subjetivo), Obligación y Garantía.

Para las personas emisora y receptora (los comunicantes) de la información transmitida a distancia, por gozar de la exclusividad de la información, el Secreto de la telecomunicación constituye un Derecho (subjetivo), que es oponible frente a todas las demás personas excluidas de la comunicación. Para las personas excluidas de la telecomunicación (quienes no son emisores ni receptores), precisamente por estar excluidas, por no tener derecho a que se les participe de la información, el Secreto de la telecomunicación constituye una Obligación, por cuanto deben abstenerse de intervenir en la comunicación de una información que es exclusiva del emisor y del receptor.

En tanto el Estado es garante del funcionamiento del Ordenamiento Jurídico, tiene que velar porque los Derechos de los individuos puedan ser ejercidos y porque las obligaciones sean cumplidas, por lo que el Secreto de

²¹¹ BENAVIDES Salamanca, Leo Bladimir; “Comentarios sobre Las Intervenciones Telefónicas en El Salvador”; extraído el 06 Diciembre de 2010 de <http://www.csj.gob.sv/Doctrina.nsf/9404265e216268f906256937000e316e/3dd56c64446fe9360625762c006fa02b?OpenDocument>; Pág. 5.

las telecomunicaciones se constituye para el Estado en una Garantía que debe conferírsele a los derechohabientes de la telecomunicación.

La intervención de las comunicaciones es una medida que afecta principalmente del Derecho Fundamental de secreto de las comunicaciones, así como el Derecho Fundamental a la intimidad, pues dicha medida supone una intromisión en los mismos.

El Derecho al Secreto de las comunicaciones es una Garantía sobre uno de los aspectos esenciales de la vida privada, como lo es la libertad de relacionarse con otra u otras personas distantes, a través de un medio destinado al efecto, sin que trascienda el contenido del proceso comunicativo.

Lo anterior implica que la protección del Derecho al secreto de las comunicaciones abarca toda relación que:

1º) Se canalice a través de un medio de comunicación en el que exista un emisor y un receptor, y que posibilite el intercambio de mensajes;

2º) Que la comunicación se produzca entre personas que se encuentran físicamente separados, es decir, que existe una distancia que imposibilita hablar en persona; y,

3º) Que se desarrolle en forma privada, es decir, los supuestos en los que se entabla una comunicación entre dos o más personas y expresa o tácitamente se excluye al resto. Toda persona que interviene en una comunicación ha de saber el carácter de la misma y habrá que suponer que de acuerdo a la naturaleza de todos los medios habitualmente empleados, siempre es privada, a no ser que uno de los intervinientes advierta lo contrario.

El Derecho Fundamental al secreto de las comunicaciones se conforma a partir de: a) Libertad de las comunicaciones, y de su secreto, estableciendo la prohibición de la intervención, interceptación o del conocimiento ilícito de las comunicaciones ajenas; b) Impenetrabilidad de la comunicación para

terceros ajenos a la misma; y, c) Concepto de secreto formal, ya que el secreto se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación al ámbito de lo personal, íntimo o reservado. Finalmente, en cuanto a la posible restricción o limitación de este Derecho Fundamental prevista Constitucionalmente (dejando a salvo su suspensión en los casos del Art. 29 de la Constitución), está sometida a un doble condicionamiento: a) El principio de Legalidad, es decir, la existencia de una Ley que autorice a la autoridad judicial a ordenar la intervención; y, b) la propia resolución judicial, la cual deberá ser escrita y motivada, pues sólo a través de la motivación se preserva el Derecho de Defensa y se puede hacer el necesario juicio de proporcionalidad entre el sacrificio del Derecho Fundamental y la causa a la que obedece.

La intimidad, como Derecho Fundamental, se encuentra protegida en el Art. 2 de la Constitución, y respecto al mismo, la Sala de lo Constitucional ha sostenido en su Jurisprudencia «—verbigracia en sentencia emitida el 10/IX/90 en el Proceso de Inconstitucionalidad 2-89— que el Derecho a la intimidad personal supone "reservar para sí un determinado ambiente o sector, donde la intromisión de extraños perjudicaría la autonomía de la voluntad para determinar su conducta". Además, este Tribunal ha señalado — en sentencia del 2/III/2004, Proceso Constitucional de Amparo número 118-2002— que el Derecho a la intimidad "hace referencia al ámbito que se encuentra reservado ad intra de cada persona (...) y cuyo conocimiento importa únicamente a éste y en su caso, a un círculo concreto de personas seleccionadas por el mismo. Por tanto, en dicho ámbito opera la voluntad del individuo para disponer de todos aquellos aspectos que puedan trascender al conocimiento de los demás"».

Es por ello que el Derecho a la intimidad ha tenido que ir redireccionando su ámbito de Protección, donde además de la facultad del individuo de rechazar invasiones a su ámbito privado, ahora supone el

reconocimiento de un Derecho de control y acceso de sus informaciones, es decir, de toda aquella información relativa a su persona. Por tal motivo, podemos distinguir dos aspectos en el Derecho a la intimidad: Uno Negativo, como un modo de ser de la persona respecto de los demás, que sería la exclusión del conocimiento ajeno de cuanto hace referencia a la propia persona, y otro Positivo, de control por su titular de los datos e información relativos a la propia persona.

Lo anterior implica que la Protección Constitucional respecto al Derecho a la intimidad se reduce de manera considerable –en relación, particularmente, con el Derecho al secreto de las comunicaciones–, ya que no todo conocimiento o interés de la vida cotidiana de las personas es acreedor de la Protección Constitucional amparada por el Art. 2 Cn., sino sólo aquellos que, no consentidos por la persona afectada, incidan sobre ese núcleo esencial del Derecho.

Finalmente, en cuanto a la posible restricción o limitación de este Derecho Fundamental, al igual que el Derecho al Secreto de las comunicaciones, está sometida a un doble condicionamiento.

Por otro lado, el Secreto de las telecomunicaciones plantea un conjunto de situaciones conflictivas, de entre las más relevantes se señalan y exploran dos: la prohibición de la intervención de las telecomunicaciones y el sujeto interventor de las telecomunicaciones. Se aclara que el verbo “intervenir” (las telecomunicaciones) técnicamente es un verbo de significado amplio que incluye las modalidades de penetrar (para escuchar o grabar), perturbar o impedir (la iniciación o la continuación), por parte de un tercero, la telecomunicación que se realiza o intenta realizar entre una persona emisora y otra receptora.

Si el Estado reconoce el Derecho a la intimidad y específicamente el Derecho al secreto de las telecomunicaciones, la bilateralidad de éstos Derechos exige la categoría complementaria de la prohibición de la

intervención de las telecomunicaciones. Al contrario, la negación estatal del Derecho al secreto de las telecomunicaciones traería como consecuencia la no prohibición de la intervención de las telecomunicaciones, autorizándose la intervención. Es clave entonces determinar si el Estado Democrático de Derecho puede legítimamente negar el Derecho al secreto de las telecomunicaciones.

El Derecho al secreto de las telecomunicaciones consiste en el Derecho a utilizar un espacio exclusivo de Libertad Comunicacional²¹² para la realización de los fines particulares de los comunicantes, por lo que para el Estado existe necesidad y legitimidad de permitir la realización de los fines particulares en tanto que no perjudiquen ilegítimamente los Derechos de los demás miembros de la sociedad, pues caso contrario la convivencia social sería inviable.

Otra situación conflictiva es la determinación **del sujeto interventor de las telecomunicaciones**. En Derecho importa no sólo determinar si el Estado puede o no legítimamente intervenir las telecomunicaciones, sino también determinar quién debe ser el agente Estatal idóneo para realizar la intervención. En el hecho cualquiera puede intervenir las telecomunicaciones,

²¹² Tal como expresa Fernández Rodríguez, «sólo la comunicación a la que en condiciones normales no pueden acceder terceros, por llevarse a cabo por un medio técnico que se presenta como canal cerrado, es la que entra dentro del objeto del Art. 24 de la Constitución. El emisor usa un canal cerrado y pretende que su mensaje llegue a determinada(s) persona(s). Este canal cerrado es el que justifica la presencia de una expectativa de derecho». Por lo tanto, cuando el Art. 24 de la Constitución establece una Protección para las «telecomunicaciones», se entiende que quedan comprendidas las comunicaciones telefónicas –móviles o fijas–, incluidos los SMS (El servicio de mensajes cortos o SMS (Short Message Service) es un servicio disponible en los teléfonos móviles que permite el envío de mensajes cortos (también conocidos como mensajes de texto, o más coloquialmente, textos o mensajitos) entre teléfonos móviles, teléfonos fijos y otros dispositivos de mano. SMS fue diseñado originariamente como parte del estándar de telefonía móvil digital GSM, pero en la actualidad está disponible en una amplia variedad de redes, incluyendo las redes 3G), así como las formas de comunicación que se producen a través Telefax y de Internet, como: el correo electrónico, las comunicaciones telefónicas que se efectúan en la red, las videoconferencias, el envío de mensajes SMS a través de Internet, incluso el uso del Chat cuando se utiliza la opción que limita a comunicación a un determinado número de interlocutores –o mensajes privados entre los mismos–; esto en virtud de que las personas que utilizan dichas modalidades de comunicación presentan una expectativa razonable y válida de que se garantiza su libertad de comunicación y el secreto de la misma.

tanto el Estado como los particulares, puesto que no se necesita tener autorización sino solamente tener la tecnología apropiada, la cual puede ser comercialmente adquirida y clandestinamente utilizada.

Al establecer la posibilidad de intervenir las telecomunicaciones –y en particular, las comunicaciones telefónicas-, y consecuentemente limitar el Derecho Fundamental al secreto de las comunicaciones, regula una serie de Requisitos Constitucionales que se deben cumplir para autorizar dicha intervención y su eventual ejecución, y establece una obligación al legislador para regular exhaustiva y especialmente, mediante la creación a posteriori de una Ley, dichos casos y su procedimiento –requisitos de legalidad ordinaria-.

Si bien es cierto la Constitución establece algunos requisitos para considerar válidas o legítimas la intervención de las telecomunicaciones, es a través de la Ley Especial que se regulan los casos de aplicación de la medida y su procedimiento, ya que en todos los casos en que se pretende restringir un Derecho Fundamental, se exigen una serie de requisitos que deberán cumplirse para que luego la diligencia no pueda ser tildada de prueba ilícita, por haber vulnerado o menoscabado Derechos Fundamentales.

Al respecto, es de tener en cuenta lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al señalar que cuando se trata de medidas secretas de vigilancia o de interceptación comunicaciones llevadas a cabo por las Autoridades Públicas, la exigencia de previsibilidad implica que el Derecho Interno debe manifestarse en términos lo suficientemente claros como para indicar a todos de una manera inteligible en qué circunstancias y bajo qué condiciones se habilita a los Poderes Públicos para adoptar semejantes medidas, por lo que dicha previsibilidad debe ser lo suficientemente exhaustiva en la materia para evitar la arbitrariedad de los poderes que tienen encomendada esta función –de intervenir las

telecomunicaciones—, caso contrario, toda medida adoptada deberá considerarse violatoria del Derecho al secreto de las comunicaciones.

Asimismo, nuestro Legislador incorporó a la Ley Especial en comento una serie de principios que regirán la aplicación de la intervención de las telecomunicaciones, éstos se encuentran regulados en el Art. 2 de la citada ley, los cuales son: «... a) *Jurisdiccionalidad*, b) *Proporcionalidad*, c) *Reserva y confidencialidad*, d) *Temporalidad* y, e) *Limitación subjetiva*.«; los que serán desarrollados posteriormente; si bien es cierto éstos sirven de base para respaldar la solicitud y legalidad de la intervención de las telecomunicaciones, es necesario además que concurren condiciones previas de aplicación, así el Art. 6 establece: «... a) *Investigación*, es decir que debe existir un procedimiento de investigación de un hecho delictivo y, b) *Elementos de juicio*, estos se refieren a la existencia de indicios racionales que se ha cometido, se está cometiendo o está por cometerse un hecho delictivo de los enunciados en el artículo 5.«; tomando en cuenta que los Requisitos Constitucionales necesarios para autorizar la medida de intervención de las telecomunicaciones se encuentran en el Art. 24 Cn., y los requisitos de legalidad ordinaria están de manera dispersa en la Ley Especial, por tales razones, se tuvo a bien clasificar éstos en dos categorías: a) Requisitos sustantivos y, b) Requisitos formales.

A la primera categoría pertenecen:

1. La exclusividad jurisdiccional,
2. El Principio de proporcionalidad el cual comprende:
 - i) El principio de legalidad;
 - ii) El principio de justificación teleológica;
3. Excepcionalidad de la medida,
4. Limitación temporal,
5. Especialidad del hecho delictivo investigado y,
6. Control judicial;

Dentro de la segunda categoría se encuentran:

1. Resolución judicial motivada,
2. Existencia de un proceso penal y,
3. Declaración de secreto o reserva de confidencialidad.

La exclusividad jurisdiccional como requisito sustantivo hace referencia a que únicamente la Autoridad Judicial puede establecer restricciones a los Derechos Fundamentales de las personas, particularmente al Derecho al secreto de las comunicaciones –relacionado con el Derecho a la intimidad–, ya que, por medio de esta reserva se trata de evitar que medidas de tanta gravedad como la intervención de las telecomunicaciones, sean acordadas por Autoridades no sujetas o vinculadas a los principios de independencia e imparcialidad, así la jurisdiccionalidad de la medida en nuestro Ordenamiento Jurídico se encuentra regulado Constitucionalmente en el Art. 172 inc. 1º el cual otorga la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado²¹³ al Órgano Judicial; por otra parte en lo que a la materia de intervenciones se refiere el Art. 24 inc. 2º Cn., dispone:

“...Se prohíbe la interferencia y la intervención de las telecomunicaciones. De manera excepcional podrá autorizarse judicialmente...”

En este orden de ideas puede afirmarse que a Nivel Constitucional se exige que exclusivamente el Juez – el cual debe ser parte del Órgano Judicial- sea quien autorice la medida de intervención de las telecomunicaciones, en cuanto a lo que la Ley Secundaria respecta, lo anterior tiene relación con uno de los principios que regula el Art. 2 de la

²¹³ Artículo 172 inc. 2º Cn.: “La Corte Suprema de Justicia, Las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias, integran el Órgano Judicial. Corresponde únicamente a este Órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso administrativo, así como en las otras que determine la Ley”.

misma ley, específicamente el principio de jurisdiccionalidad, el cual prescribe:

“...sólo podrán intervenirse las telecomunicaciones previa autorización judicial,...”

Con la aseveración anterior se faculta a cualquiera de los Jueces de instrucción con residencia en San Salvador para autorizar la medida, según lo dispuesto por el Art. 8 de la Ley especial; dicha autorización debe detallar las condiciones, el plazo de duración de la medida, la persona intervenida, los datos del servicio de telecomunicaciones que será intervenido, la fecha de finalización de la medida y los períodos de informe que deberá rendir el Fiscal al Juez autorizante, así lo dispone el Art. 10 inc. 2º de la citada Ley.

Cabe ahora advertir lo relativo a la persona afectada con la medida y el servicio de telecomunicaciones que será intervenido, en cuanto al primero éste se conoce doctrinalmente como sujeto pasivo de la medida – es decir, todo aquel contra el que se dirija la investigación y del que se pretenda obtener la información necesaria para esclarecer una determinada actividad delictiva o bien obtener los medios de prueba-. El sujeto pasivo puede serlo tanto una persona física como una jurídica.

Nuestro Código Procesal Penal en su Art. 80 inc. 1º dispone: *“Tendrá la calidad de imputado”*²¹⁴ quien mediante cualquier acto del procedimiento sea señalado como autor o participe de un hecho punible.”, mientras que la Ley Especial únicamente reconoce los términos *“...Indicación detalla de las personas...”* en el Art. 9 lit. “a” y en su Art.10 inc. 2º el término *“...las*

²¹⁴ En legislaciones como la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española (LECr) se emplean los términos «procesado» (art. 579.2), y «personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal» (art. 579.3). Esta terminología se presta a controversia, sobre todo en lo que se refiere al concepto «procesado», condición que sólo se adquiere una vez que la Autoridad judicial ha dictado auto de procesamiento contra esa persona, por lo que se entiende que el término procesado se utiliza por la Ley Procesal en sentido amplio, como la persona sobre la que existen indicios racionales de criminalidad, es decir, como imputado.

personas afectadas,...”, por lo que la terminología utilizada por la Ley Especial entra en conflicto con la ley procesal, ya que no se define con claridad si la “persona afectada” con la medida es considerada como aquellas personas a las cuales se les señala como autor o participe en un hecho punible, es decir un imputado.

En relación al Servicio de telecomunicación a ser intervenido se refiere que la medida deberá recaer únicamente sobre los teléfonos de las personas indiciariamente implicadas en un hecho delictivo²¹⁵, ya sean titulares de los teléfonos o sus usuarios habituales, lo anterior según lo dispuesto como el principio de limitación subjetiva, que se encuentra en el art. 2 lit. “e” de la Ley Especial, es decir, cuando se interviene un aparato telefónico ya no sólo se están conociendo las comunicaciones que el presunto responsable del hecho delictivo efectúa o recibe, sino las de todas aquellas personas que utilicen este medio concreto, que puede que no tengan nada que ver con el objeto de la investigación, la disposición anterior también incluye dentro del término “*servicio de telecomunicación a ser intervenido*” a cualquier medio de telecomunicación y medios de soporte abiertos al público.

El Juez a quien se le solicita autorizar la medida de la intervención telefónica, entre los mecanismos de control que le han sido otorgados debe considerar todos aquellos elementos que componen la solicitud²¹⁶ de la

²¹⁵ Lo anterior en virtud de lo dispuesto por el Art. 6 lit. “b”, que hace alusión a los elementos de juicio, como una de las condiciones previas – aunque insuficientes, lo anterior según nuestro criterio - para solicitar ante el juez competente autorice la medida de intervención.

²¹⁶ La solicitud para la intervención de las telecomunicaciones contendrá:

- a) La indicación detallada de las personas cuyas telecomunicaciones serán objeto de intervención, en caso que se conozcan los nombres. Cuando se desconozca la identidad de la persona deberá explicarse esta circunstancia, y en cuanto sea posible aportarse elementos mínimos para su individualización.
- b) La descripción del hecho, actividades que se investigan y diligencias en que se funda, las que deberán ser presentadas, con indicación de la calificación legal del delito o delitos por los que se petitiona la intervención.
- c) Los datos que identifican el servicio de telecomunicación a ser intervenido, tales como números de teléfonos, frecuencias o direcciones electrónicas, incluyendo la información referente a los aparatos y dispositivos empleados para brindar el servicio, o cualesquiera otros datos que sean útiles para determinar la clase de telecomunicación que se pretende intervenir.
- d) Los datos y la colaboración que sean necesarios para la intervención.

medida de intervención, debiendo enfatizarse en la individualización de las personas sujetas a ser intervenidas y por el o los Delitos que se pide la intervención, cabe en este punto destacar que la medida no será autorizada por el Juez si la solicitud presentada por el Fiscal no esta suficientemente fundamentada por carecer de alguno de los requisitos que exige la Ley, lo anterior es con la finalidad de evitar que la medida de intervención telefónica sea considerada como prueba ilícita por carecer de legalidad y legitimidad cuando sea incorporada al Proceso Penal.

Puede considerarse que el principio de jurisdiccionalidad se resume en la facultad que le ha sido atribuida al Juez de autorizar legalmente la medida de intervención telefónica, pero eso no es así, ya que el Juez debe controlar el desarrollo, ejecución y cese de la medida, según las condiciones debidamente motivadas en la resolución; así también tiene la facultad de revisar los informes que el Fiscal rinda respecto de la medida; por otra parte debe tomarse en cuenta que el Juez en el marco de la ejecución de la misma puede apersonarse al centro de escuchas, a efecto de verificar el desarrollo de la medida; pero este requisito no es el único que tanto el Ministerio Público como el Juez autorizante deban cumplir para solicitar y respectivamente autorizar la medida de intervención, sino que es necesario e indispensable cumplir con otro requisito para la validez de la intervención, es decir, el principio de proporcionalidad.

Por tanto, puede afirmarse que el Estado tiene legítimamente la atribución de negar el Secreto de las telecomunicaciones, lo que equivale a autorizar la intervención de las mismas, en los casos en los cuales la telecomunicación es utilizada ilegítimamente, así un ejemplo de lo anterior es valerse de la telecomunicación para el cometimiento de delito, en este caso,

e) El plazo de duración de la intervención.

f) La designación del fiscal responsable de la intervención, o del caso y el facultado para recibir notificaciones.

el delincuente reclama el respeto a su Derecho al secreto de las telecomunicaciones (equivalente a reclamar el Derecho a delinquir), por lo que el delincuente pierde el Derecho a que el Estado le garantice el Secreto a la telecomunicación, y al contrario el Estado queda obligado a autorizar la intervención de la telecomunicación delictiva o sospechosamente delictiva, para prevenir, interrumpir o sancionar los delitos²¹⁷.

La anterior aseveración se complementa con el principio de proporcionalidad, ya mencionado, el cual reclama que las medidas restrictivas de Derechos Fundamentales se encuentren previstas por la Ley y sean necesarias en una sociedad democrática para alcanzar fines legítimos; dicho principio se asienta sobre dos presupuestos, uno formal, constituido

²¹⁷ El Magistrado de la Sala de lo Penal Ulises del Dios GUZMÁN CANJURA, en la Revista Quehacer Judicial número 68, Año 2008, San Salvador, El Salvador, que publica la Corte Suprema de Justicia, en el Artículo denominado “Sobre el Secreto de las Telecomunicaciones” manifiesta que es del criterio que **la intervención estatalmente autorizada de las telecomunicaciones surge como una necesidad para los fines de prevenir, interrumpir o sancionar los delitos, por lo que la determinación de quién debe ser el sujeto interventor de las telecomunicaciones, autorizado por el Estado, es determinable relacionando la intervención con sus finalidades.** Las finalidades de prevención y de interrupción del cometimiento de delitos, y la de acusación para efectos de sanción, son finalidades que deben cumplir el cuerpo policial y el agente estatal investigador y acusador, por lo que durante la investigación y la instrucción prejudicial, la atribución de intervenir las telecomunicaciones debe corresponderle operativamente a la policía y direccionalmente al acusador público. **Como actividad de investigación delictiva** la intervención de las telecomunicaciones puede lesionar derechos fundamentales de los sospechosos y de otros, por lo que como regla general requeriría de autorización judicial previa; pero, en situaciones de urgencia, bien por la inminencia en la perpetración del delito o cuando el delito este siendo perpetrado, el acusador público debe tener la atribución de autorizar la intervención urgente, con la obligación de someter tal autorización extrajudicial al control judicial, también urgentemente. En un Estado Democrático de Derecho (garante de los Derechos Fundamentales de los individuos y de la sociedad) resulta un contrasentido que el Estado prohíba absolutamente las intervenciones de las telecomunicaciones, por cuanto el delincuente de hecho puede utilizar las telecomunicaciones para el cometimiento de delitos y puede intervenir las telecomunicaciones de sus víctimas y del mismo cuerpo policial o de agentes estatales, pudiendo utilizar tales intervenciones ilegales para la perpetración del delito o para lograr su impunidad; en tanto que el Estado se estaría negando a sí mismo la posibilidad de prevenir y de interrumpir la perpetración de los delitos, y de poder sancionar a los delincuentes permitiéndoles su impunidad. Consideramos que la autorización judicial previa de la medida de intervención es la regla general, que no admite excepción en contrario, puesto que la autorización, ejecución, finalización y los respectivos informes que surjan de la medida le corresponden únicamente al juez como autoridad judicial, ello en razón que las facultades que al juez le han sido asignadas en esta ley son indelegables hacia otro ente gubernamental, incluido el Ministerio Público quien es parte dentro del proceso penal, por tal razón es inconcebible la idea de validar una intervención que pudiera ser autorizada por el fiscal, aún bajo la idea que existieran “situaciones de urgencia”. El catálogo de las excepciones debería estar redactado en términos jurídicos muy precisos que no de lugar a vagas interpretaciones.

por el principio de legalidad, y otro material, el principio de justificación teleológica.

Con respecto al principio de legalidad, en el Proceso Penal más que hablar del principio «*nullum crimen, nulla poena sine lege*», ha de hablarse del principio «*nulla coactio sine lege*», es decir que la Ley Procesal debe tipificar tanto las condiciones de aplicación, como el contenido de las intromisiones de los Poderes Públicos en el ámbito de los Derechos Fundamentales de los ciudadanos, de lo anterior surge la interrogante: ¿Qué requisitos ha de observar la Ley Procesal que tipifique las medidas restrictivas de Derechos Fundamentales? Exige la concurrencia de una triple exigencia, derivada de la vigencia del principio de legalidad penal; la Ley ha de ser «*scripta*», «*stricta*» y «*praevia*», los requisitos de ley escrita, estricta y previa son consecuencia de la Consagración Constitucional del principio de legalidad y rige por tanto en todos los ámbitos sobre los que éste se proyecta.

Un segundo presupuesto del principio de proporcionalidad está constituido por el principio de justificación teleológica, el cual se basa en el esquema medio-fin, en el que las restricciones de los Derechos y Libertades se justifican por orientarse hacia un fin legítimo si los medios empleados para alcanzarlo son adecuados y «necesarios en una sociedad democrática», utilizando los términos empleados por el C.E.D.H., el campo propio de aplicación del principio de proporcionalidad es el del enjuiciamiento de la Constitucionalidad de los medios, pero previamente es preciso determinar cuál es la finalidad pretendida en la adopción de las intervenciones, por lo que si el fin hacia el que las medidas se orientan es ilegítimo o irrelevante no resulta necesario descender al estudio de los medios empleados siendo la consecuencia que la medida ha de reputarse de antemano inadmisibles por ser absolutamente arbitraria.

En general, utilizando palabras de LARENZ, *«el Legislador debe concebir sus reglas como medios idóneos para alcanzar los fines perseguidos, y los fines de la regulación juegan un papel decisivo en la interpretación de la norma»*.

Respecto del "juicio de idoneidad", es necesario valorar si la intervención de las comunicaciones telefónicas es la medida más idónea para conseguir el fin propuesto, así como determinar si no existe otro medio más moderado para conseguirlo con igual eficacia (juicio de necesidad), lo anterior hace referencia a que debe haber alguna persona procesada, o que al menos existan indicios razonables de criminalidad contra determinada o determinadas personas y que por este medio de investigación se pueda obtener algún dato importante para la causa penal, dicha causa ha de seguirse por delito grave, por propias exigencias del referido principio de proporcionalidad, estimándose como referencias de este principio no solamente la gravedad del delito, sino también su trascendencia social.

El principio de proporcionalidad no sólo impone determinadas exigencias en relación con el contenido de las medidas limitativas de Derechos Fundamentales. Reclama también el cumplimiento de ciertos requisitos, relativos al sujeto actuante y a la forma de la resolución mediante la que se adoptan las injerencias. Se ha de tener en cuenta la importancia de lo que se busca y también la importancia del Derecho Fundamental que se infringe, debiendo existir una adecuada ponderación.

Sólo cabrá adoptar la medida de la intervención telefónica en el caso de Delitos graves, en los que las circunstancias que concurren y la

trascendencia social del hecho delictivo aconsejen la adopción de esta medida²¹⁸.

De la proporcionalidad se deriva como consecuencia que este medio excepcional de investigación requiere, también, una gravedad acorde y proporcionada a los Delitos a investigar, así el art. 24 inc. 2º cn., establece:

»...de manera excepcional podrá autorizarse judicialmente, de forma escrita y motivada, la intervención temporal de cualquier tipo de telecomunicaciones...».

Mientras que en la Ley Especial se determinan los Delitos en cuya investigación podrá concederse esta autorización, de igual manera el Art. 2 establece que:

“...la medida de intervención tendrá carácter excepcional y sólo podrá recurrirse a ella cuando resulte útil para una investigación penal y se justifique suficientemente la necesidad de la medida, siempre que no existan otras formas menos gravosas a las cuales recurrir para la averiguación de los respectivos delitos”.

Ciertamente el interés del Estado y de la sociedad en la persecución y descubrimiento de los hechos delictivos es directamente proporcional a la gravedad de estos hechos, por ello, sólo en relación a la investigación de delitos graves, que son los que mayor interés despiertan su persecución y castigo, será adecuado el sacrificio de la vulneración del Derecho Fundamental al secreto de las telecomunicaciones en relación al Derecho a

²¹⁸ Martín-Ancín, Ob.cit; Pág. 330, la Jurisprudencia Española expresa: «La proporcionalidad supone que exista un correlato entre la medida, su dirección y su extensión y las circunstancias del caso, especialmente la naturaleza del Delito, su gravedad y su propia trascendencia social...» (ATS de 18 de junio de 1992). «Evidentemente, concurre la necesaria proporcionalidad en relación con un supuesto tráfico de hachís en cantidad de notoria importancia, lo que justifica la intervención telefónica» (STS de 25 de marzo de 1994). La STS de 30 de diciembre de 1995, añade otro requisito: el de la subsidiariedad, entendiéndose que «no es procedente una intervención telefónica si existen otros medios de investigación alternativos que eviten la lesión del Derecho Fundamental».

la intimidad para facilitar su descubrimiento que es lo perseguido, pues en otro caso, el juicio de ponderación de los intereses en conflicto desaparecería si por delitos menores²¹⁹ incluso faltas se generalizase este medio excepcional de investigación.

La medida impuesta debe resultar necesaria e indispensable para la investigación de los hechos, a fin de averiguar datos sobre los mismos y la identidad de los posibles responsables, ya que sólo habrá de adoptarse en el caso de delitos en los que las circunstancias que concurran y la importancia de la trascendencia social del hecho delictivo aconsejen la adopción de la misma, es decir, que en cualquier proceso de limitación de Derechos Fundamentales que se vean afectados con la medida tiene que existir una ponderación de los Derechos e intereses en conflicto del modo menos gravoso para la libertad, lo que implica justificar la limitación de un Derecho en función de otro que en el caso concreto ha de prevalecer, que es lo que se entiende, como la proporcionalidad en sentido estricto, este requisito supone que la persecución penal prevalecerá sobre el Derecho afectado, así la proporcionalidad implica:

- a. Un proceso iniciado e indicios de que alguien está cometiendo o cometió un delito:

²¹⁹ Lo anterior es razón que el Art. 5 de la Ley especial establece de manera taxativa los delitos de procedencia, para hacer uso de la facultad de intervención a las telecomunicaciones, así la medida procede en los delitos siguientes: 1) Homicidio y su forma agravada; 2) Privación de libertad, Secuestro y Atentados contra la Libertad Agravados; 3) Pornografía, Utilización de personas menores de dieciocho años e incapaces o deficientes mentales en pornografía, y Posesión de pornografía; 4) Extorsión; 5) Concusión; 6) Negociaciones Ilícitas; 7) Cohecho Propio, Impropio y Activo; 8) Agrupaciones Ilícitas; 9) Comercio de Personas, Tráfico Ilegal de Personas, Trata de Personas y su forma agravada; 10) Organizaciones Internacionales delictivas; 11) Los delitos previstos en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas; 12) Los delitos previstos en la Ley Especial contra Actos de Terrorismo; 13) Los delitos previstos en la Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos; 14) Los delitos cometidos bajo la modalidad de crimen organizado en los términos establecidos en la ley de la materia; 15) Los delitos previstos en la presente Ley; 16) Los delitos conexos con cualquiera de los anteriores. A los efectos de este numeral se entiende como conexo aquel delito cometido para perpetrar o facilitar la comisión de otro de los previstos anteriormente o para procurar al culpable o a otros el provecho o la impunidad.

Esta exigencia garantiza que ya ha habido una noticia criminis que dio origen a esos resultados y que constituye el Objeto del Proceso, es decir, que no bastan las alusiones genéricas respecto de la comisión de un delito ya que estas deben servir al Juez para formarse una sospecha razonable de que una persona nominalmente identificada, participa en ese delito y se valdrá de determinada línea telefónica para hacerlo.

De esta forma la Determinación del grado de imputación permite conocer el hecho punible perseguido y de esta forma evaluar su gravedad.

Así la Ley Especial en el art. 6, reconoce a estas exigencias como condiciones previas de aplicación, las cuales consisten en que debe existir un procedimiento de investigación de un hecho delictivo, y que las investigaciones deben señalar la existencia de indicios racionales²²⁰ de que se ha cometido, se está cometiendo o está por cometerse un hecho delictivo de los enunciados en el art. 5, es decir, la existencia de elementos de juicio.

b. Gravedad del delito:

En el Derecho Comparado se advierte la existencia de tres sistemas, uno que establece un catálogo de delitos taxativamente enumerados sobre los cuales puede recaer la medida, otro que se ajusta a una escala penal con mínimos y máximos y otro mixto. A su vez la doctrina suele presentar como complemento el criterio de "la importancia del caso" o como es reconocido por la Jurisprudencia Española de la "trascendencia social".

Es evidente que nuestro Ordenamiento Jurídico Procesal retoma el primero de los sistemas antes descritos, ya que como se viene afirmando es

²²⁰ A criterio del autor Benavides Salamanca, este presupuesto de la existencia previa –objetiva– de indicios de la comisión de un delito, exige no meras sospechas irracionales o conjeturas, sino que se cuente con información racional del hecho delictivo que se quiera comprobar y de la probabilidad de su existencia; es decir, que la solicitud de aplicación de la medida restrictiva de intervención de las telecomunicaciones debe ir sustentada en una previa investigación en relación con determinado delito o partícipes de tal hecho delictivo, pues las simples sospechas irracionales no son suficientes para justificar la petición, debiéndose aportar los datos, indicios racionales, pruebas y cualquier otro elemento válido que le permita al juez establecer la necesidad de la medida.

el art. 5 de la citada Ley el que establece específicamente en qué investigaciones podrá ejecutarse esta medida, contrario sensu no podrá aplicarse la medida si en la investigación se estuviera conociendo de un delito de naturaleza distinta de los que enuncia el mencionado artículo, asimismo, si el Delito es de los que están enunciados en ese artículo, será el Juez quien como ente garante debe proteger el Derecho afectado mediante la valoración que éste haga acerca de la existencia de elementos suficientes que prueben la participación activa de la o las personas en un hecho concreto, en caso afirmativo no habrá necesidad de limitar el Derecho al Secreto de las telecomunicaciones, a través de la intervención.

c. Necesidad e idoneidad de la medida:

Las intervenciones telefónicas son una medida de severa injerencia Constitucional, por lo que deben ordenarse sólo cuando sean estrictamente necesarias para la obtención del éxito en la investigación²²¹ y sean idóneas para lograr el fin perseguido. Deberá evaluarse si no existen otros medios menos lesivos que prometan similares resultados. De lo contrario, sería desproporcionada e irrazonable.

Según la Ley Especial, lo anterior será posible cuando resulte útil para una investigación penal que esté suficientemente motivada y en razón de su necesidad. Cabe destacar que este requisito no hace referencia a la utilización arbitraria e irracional de la medida de intervención, sino que su fundamento radica en que la medida sea utilizada como último recurso para restringir Derechos Fundamentales que para el caso en concreto de las intervenciones serían los Derechos al secreto a las telecomunicaciones en el ámbito del Derecho a la intimidad.

²²¹ Debe considerarse como medida subsidiaria, pues sólo habrá de acordarse cuando no haya otro medio para alcanzar la verdad formal menos dañoso para las libertades y derechos ajenos, ya que al tratarse de una medida restrictiva de un Derecho Fundamental que puede englobar a varias personas (investigado y demás personas que utilicen el teléfono bien sea emitiendo o bien recibiendo las llamadas).

d. Duración razonable:

Debe entenderse como el tiempo estrictamente necesario para conseguir el fin de la medida, el fundamento estriba en que se trata de una injerencia al Derecho de intimidad por lo que cualquier exceso constituiría un abuso y una desproporción.

Nuestro Ordenamiento Procesal reconoce que la medida de intervención tendrá un carácter temporal, desde la solicitud presentada por el Fiscal se fija claramente el plazo o tiempo de duración de la medida (Art. 9 lit. "e" de la Ley Especial), de igual manera el Juez fijará el plazo en que deba ejecutarse y su fecha de finalización (Art. 10 inc. 2º de la citada ley) por lo que la medida podrá ser autorizada por plazos no mayores de tres meses, lo anterior en virtud de lo dispuesto por el Art. 12.

e. Vinculación con el hecho del investigado

Las escuchas deberán versar sobre los hechos investigados y por los cuales se inició la causa.

Si en virtud de ellas la Autoridad toma conocimiento de otro ilícito cometido por el imputado o por terceros, se ha de proceder según lo dispuesto en el Art. 22 inc. 2º e inciso final.

Efectivamente, para que pueda apreciarse el cumplimiento de este principio, es preciso verificar: que en la decisión judicial autorizante de la intervención se apreció razonadamente la conexión entre el sujeto o sujetos que iban a verse afectados por la medida y el Delito investigado, es decir, es necesario determinar la existencia del presupuesto habilitante (según el Art. 6 de la citada Ley se requieren de condiciones previas para aplicar la medida), para analizar después, si el Juez tuvo en cuenta tanto la gravedad de la intromisión como su idoneidad -es decir que debe tratarse de alguno de los Delitos previstos en el Art. 5- y que además no existan otros medios de prueba que comprueben la participación del o los sujetos en el hecho

delictivo –e imprescindibilidad– que la medida sea considerada como última ratio, Art. 2 lit. “b” – para asegurar la defensa del Interés Público.

De la excepcionalidad se deriva que develar el Secreto de las comunicaciones no supone un medio normal de investigación, sino que es un medio excepcional²²² (Según el Art. 24 Cn., y el Art. 1 de la citada Ley disponen que “...de manera excepcional podrá autorizarse...” está medida), por lo que en razón del sacrificio de un Derecho Fundamental de la persona su uso debe efectuarse con carácter limitado, porque ni es tolerable la petición sistemática en Sede Judicial de tal autorización, ni menos se debe conceder de una forma rutinaria. Por ello la Nota de la excepcionalidad, se completa con las de idoneidad, necesidad y subsidiariedad formando un todo inseparable.

Así, el Tribunal Supremo de España en Sentencia del 14 de junio de 1993 manifiesta de modo general que: *“la resolución autorizando la escucha de las conversaciones telefónicas tiene que concederse con carácter excepcional y siempre que no exista otro medio de investigación menos incisivo que permita el desenvolvimiento de la actividad judicial sin interferir y dañar Derechos y Libertades Fundamentales de carácter trascendental para el libre desarrollo de la libertad y seguridad del individuo, como el Derecho al respecto a la intimidad personal y al Secreto de la comunicaciones telefónicas”*.

En cuanto a la Limitación temporal, obviamente el Art. 24 inc. 2º Cn., si establece un límite en cuanto a la duración de la medida – *“...De manera excepcional podrá autorizarse judicialmente, de forma escrita y motivada, la intervención temporal de cualquier tipo de telecomunicaciones...”* –, si relacionamos la premisa anterior con lo establecido por el Art. 6 de la Ley

²²² Martín – Ancín, Ob. Cit, Pág. 332. El Tribunal Supremo en varias de sus sentencias se ha pronunciado en el sentido de que «sólo cabe la intervención telefónica cuando no existan otros caminos o vías eficaces menos gravosas para llegar a su descubrimiento».

Especial, el cual dispone: “... *Debe existir un procedimiento de investigación de un hecho delictivo...*”, y “...*la investigación debe señalar la existencia de indicios racionales que se ha cometido, se está cometiendo o está por cometerse un hecho delictivo de los establecidos en el Art. 5 de la misma Ley*”, podría afirmarse que la vigencia de la medida de intervención bajo esos supuestos o condiciones de solicitud y de aplicación se entiende mientras se investiga un delito, así como cuando existiera un Proceso Penal, al menos en su fase de instrucción; si bien es cierto que la intervención telefónica se puede acordar desde antes que comience la fase de instrucción del Proceso, también lo es que no puede extenderse durante la fase de instrucción, ya que se estaría vulnerando la vigencia del Derecho a la Defensa o el Derecho a un Debido Proceso enunciados en los Art. 11, 12, 15 Cn., ya que, antes de que concluya la fase de instrucción el imputado –a través de su Defensor- tiene que conocer todo el material probatorio reunido durante esa fase –para preparar su defensa- entre el que se encuentra, lógicamente, el resultado de las intervenciones de las comunicaciones.

Ahora bien, si ello es así, el Art.12 inc. 1º regula que la resolución en virtud de la cual se autoriza la medida de intervención no puede tener una duración superior a tres meses; en cuanto a la prórroga²²³, la resolución que la adopte debe estar motivada, debiendo las circunstancias ir referidas al momento en que se acuerde la prórroga, ya que es entonces cuando vuelve a producirse la restricción del Derecho Fundamental y cuando tiene que realizarse el juicio de proporcionalidad por el Juez y no posteriormente. En éstos casos, no es suficiente una motivación tácita ni una motivación por remisión a la resolución inicial, pues “la necesidad de Control Judicial de la

²²³ Los incisos 2º y 3º del citado artículo disponen: Sólo podrán autorizarse nuevos plazos si se presenta una nueva solicitud fiscal con todos los requisitos previstos por esta Ley y con justificación suficiente de la necesidad de la prórroga. Dicha petición será resuelta en el tiempo previsto para la solicitud original. La solicitud de prórroga deberá presentarse cinco días antes de que venza el plazo autorizado. La autorización de la prórroga se hará mediante una nueva resolución motivada.

limitación del Derecho Fundamental exige que el Juez conozca los resultados de la intervención acordada para ratificar o alzar la medida”, por lo que no es suficiente referir que: “*se están practicando activas diligencias policiales*”, ya que la Ley Especial exige que la Fiscalía presente una nueva solicitud antes que precluya el término establecido, pues en estos casos deben explicitarse y ponderarse las concretas circunstancias concurrentes en cada momento, así como el conocimiento adquirido a través de la ejecución de la medida inicialmente prevista.

En relación al requisito de la especialidad del hecho delictivo investigado, se precisa la observancia del "principio de especialidad", en virtud del cual, concedida la autorización de las escuchas para la averiguación de un determinado hecho delictivo, no cabe que a través de la intervención se investiguen acciones criminales distintas²²⁴, por lo que, de surgir nuevos hechos no previstos en la Solicitud Fiscal Inicial, deberá extenderse la autorización judicial de escucha a los mismos de un modo formal –lo anterior en concordancia con lo dispuesto en el Art. 10 inc. final, relacionado con el Art. 22 inc. 2º de la Ley Especial-. No cabe por tanto decretar una intervención para tratar de descubrir de manera general e indiscriminada cualquier hecho delictivo, sino que su aplicación debe

²²⁴ Ante la existencia inesperada de un hallazgo delictivo, fortuito u ocasional, con ocasión de las escuchas telefónicas por otro delito, el criterio del Tribunal Supremo Español (SSTS 18 de junio y 15 de julio de 1993) es que la policía deberá dar cuenta inmediata al Fiscal para que inste al Juez a dictar un auto complementario del anterior que amplíe el ámbito objetivo de la intervención telefónica si la información casualmente hallada tiene conexión delictiva con el delito específico objeto de la investigación; si por el contrario, aparece una información sobre un nuevo delito sin conexión alguna con el investigado (se investiga un homicidio y aparece una presunta violación), el Juez debe examinar su propia competencia y poner el hecho en conocimiento de la Fiscalía, debiendo incoarse si así lo acuerda ésta, mediante el oportuno requerimiento fiscal, una nueva instrucción autónoma en la que el ocasional hallazgo delictivo sirva de mera notitia criminis y no como elemento de prueba, por no existir expresa habilitación legal para la escucha sobre el segundo delito . (así dispuesto en el Art. 22 inc. 2º de la Ley especial, que establece la ampliación de la autorización debidamente motivada y un término de setenta y dos horas para la misma, en relación a la Legalidad de la prueba, según lo establecido en el artículo 175 del código procesal penal).

limitarse a delitos de especial gravedad o delitos con trascendencia social²²⁵, lo anterior en razón de cumplir con las exigencias Constitucionales de seguridad jurídica y legalidad Art. 1 y 15 Cn., por lo que la Ley Especial que regula la intervención de las telecomunicaciones establece «*expresa y claramente*», un listado de Delitos graves o con trascendencia social por los que se autoriza la práctica de dicha medida restrictiva; es decir que no cabe decretar la intervención telefónica para proporcionar el descubrimiento genérico de posibles infracciones penales, ya que supondría conceder autorizaciones en blanco; antes al contrario, se precisa indicar el tipo delictivo que se está investigando, que algunas veces puede incluso modificarse posteriormente, no por novación del tipo penal sino por adición o suma de otras peculiaridades penales.

La exigencia de un Control Judicial se define como:

“Un conjunto de precauciones garantizadoras de que la excepción que constituyen las escuchas de conversaciones telefónicas están garantizadas y protegen aún en lo posible los Derechos de los particulares quienes desconocen, por razones obvias de eficacia, de su misma existencia y resultados, y, en definitiva el mantenimiento y respeto de la regla general consistente en la Garantía del Secreto de las Comunicaciones interpersonales”.

Así Constitucionalmente el Art. 24 inc. 2º Cn., con respecto a este requisito fue expreso al establecer: “...*Asimismo señalará los controles...*”, mientras que la Ley Especial garantiza este control de manera dispersa en relación a la facultad del juez para autorizar, prorrogar y cesar la medida; así como la discrecionalidad de la Fiscalía para ejecutar la misma, lo anterior tiene su fundamento en el Art. 15 de la Ley Especial, el cual expresa: “*el juez*

²²⁵ Así en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, se considera que «la gravedad de la infracción punible no puede estar determinada únicamente por la calificación de la pena legalmente prevista, aunque indudablemente es un factor que debe de ser considerado, sino que también deben tenerse en cuenta otros factores, como los bienes jurídicos protegidos y la relevancia social de aquélla [intervención telefónica]». STC 299/2000.

autorizante deberá controlar que la intervención se desarrolle de conformidad con lo previsto por dicha ley y las condiciones establecidas en la resolución”, asimismo establece las consecuencias en caso de transgredir las condiciones o requisitos para la intervención.

También el Control Judicial Efectivo de la intervención es indispensable para el mantenimiento de la restricción del Derecho Fundamental, integrándose en el contenido esencial del Derecho, así la falta de Control Judicial puede ocasionar su lesión si no se fijan períodos para dar cuenta al Juez de los resultados de la intervención, o si por otras razones, el Juez no efectúa un seguimiento de los incidentes del desarrollo y del cese de la intervención o no conoce los resultados de la investigación; por otra parte el control ulterior de la práctica de la medida de intervención se aplica sobre tres puntos esenciales:

1) el seguimiento de que, en efecto, se procede al cumplimiento estricto de lo autorizado, lo antes manifestado tiene su Fundamento Legal en el Art. 15 inc. 2º, en relación a los Art. 10 y 8 de la citada Ley; los encargados de la realización material de las interceptaciones vienen siempre obligados a facilitar una periódica, puntual y frecuente información al Juez del desarrollo y los resultados²²⁶, de acuerdo con lo dispuesto por el propio autorizante en su Resolución, debiendo remitir al Órgano Judicial tales informes así como la integridad de las cintas en las que queden registradas las conversaciones intervenidas;

²²⁶ El proceso de ejecución de la medida debe estar también bajo la inmediata dirección y control del juez que la ordenó. Si bien la función de grabación y transcripción es efectuada por los auxiliares de la justicia, el Juez deberá controlar su veracidad y deberá efectuar la selección de su contenido, no permitiendo que esta función sea efectuada por la Fiscalía o la policía. Esta selección estará encaminada a dejar en descubierto todo aquello que se vincule con el ilícito investigado, pero no cuestiones de la vida privada del sospechado o de las personas que con él se comunican. Como no es posible que los auxiliares tomen conocimiento del contenido de las comunicaciones antes de que el juez decida sobre su selección y utilización es imperioso que se los obligue a guardar secreto sobre lo que han conocido sin orden judicial.

2) La evitación de extralimitaciones en la ejecución de la medida acordada, tanto por exceso o prolongación innecesaria en la intervención como por intromisión injustificada en otros ámbitos o derechos de terceros ajenos a la investigación, lo anterior en relación a la aplicación de los principios de temporalidad y de limitación subjetiva establecidos en la ley; y

3) De modo muy especial, este control tendrá también como fin la evitación de cualquier clase de indefensión para el sometido a la intervención, de modo que al no haber podido tener éste, como es lógico, conocimiento previo de la actuación sobre el secreto de sus comunicaciones, es el Juez el encargado, durante ese período, de tutelar debidamente todo lo relativo a la posibilidad posterior de su ejercicio efectivo del derecho de defensa, es decir a un Debido Proceso con arreglo a las garantías que conforman el mismo.

A criterio del Tribunal Supremo Español *"...Motivación suficiente es aquella que permite conocer la razón de decidir, independientemente de la parquedad o extensión del razonamiento"*.

Al respecto nuestra Sala de lo Constitucional ha derivado la obligación de motivar las resoluciones judiciales de la seguridad jurídica –como principio–, manifestando que «si bien es cierto que la obligación de motivación no se encuentra expresamente determinada en una disposición constitucional, encontramos, vía interpretativa, disposiciones como los Arts. 1 y 2 Cn., de los que se deriva la seguridad jurídica y la protección en la conservación y defensa en juicio de los Derechos Constitucionales. Así pues, la falta de motivación de una resolución judicial, implica una Violación a la Seguridad Jurídica y al Derecho de Defensa en juicio» (Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en Proceso Constitucional de Amparo Ref. 7-98, de fecha 25 de agosto de 1999, considerando III N° 1).

Por lo que respecto de la intervención a las telecomunicaciones únicamente la Autoridad judicial competente puede establecer restricciones y derogaciones al Derecho al secreto, esta Reserva Jurisdiccional impone que tal limitación deberá ser motivada, lo anterior significa que el Juez no puede dejar de obviar la valoración de la proporcionalidad de la medida.

Así, la resolución autorizante para aplicar la medida de intervención a las telecomunicaciones -que dicta la Autoridad judicial competente- deberá revestir la forma de auto motivado, la cual deberá ser escrita, así lo dispone el Art. 24 inc. 2º Cn., y la ley secundaria en su Art. 1 que literalmente disponen: “...*De manera excepcional podrá autorizarse judicialmente, de forma escrita y motivada...*”; en la misma resolución deberá justificar la adopción de la medida²²⁷, el objeto sobre el cual recaerá la medida, la proporcionalidad, el sujeto pasivo –el o los cuales deberán estar individualizados (Art. 2 lit. “e”)– el plazo, su modo de ejecución según la finalidad legítima perseguida -Art.13 inc. 1º, respecto a quiénes realizarán la intervención de la medida- y facilitando el inmediato y permanente Control Judicial, como la posterior Defensa del afectado.

El requisito de motivación satisface distintas funciones las que podemos resumir en evitar la arbitrariedad judicial, permitir su control y fortalecer el convencimiento social de que los Jueces no actúan movidos por criterios arbitrarios, sino sometidos a la Constitución y a las Leyes.

La existencia de un Proceso Penal como requisito para autorizar esta medida, se refiere a que *“ha de existir una investigación penal en curso, incluido el supuesto de que ésta se abra, por lo que sólo cabe la intervención telefónica abierto un proceso penal y dentro de él”*. No caben tampoco, por

²²⁷ Sobre este punto en Sentencia del Tribunal Constitucional Español del 14 de mayo de 1987 se expresa que: “cuando se coarta el libre ejercicio de los Derechos Fundamentales, es preciso encontrar una causa suficientemente explicada que haga comprender al titular del Derecho limitado, las razones por las que ese sacrificio necesario se consuma”.

consiguiente, las escuchas predelictuales o de prospección, desligadas de la realización de un hecho delictivo²²⁸; asimismo exige indicios, es decir que no puede equivaler jamás a sospechas o conjeturas, aunque la Ley no lo diga expresamente, ha de exigirse racionalidad de la noticia y probabilidad de su existencia.

No es ni puede ser, por consiguiente, un indicio la simple manifestación policial si no va acompañada de algún otro dato o de algunos que permitan al Juez valorar la racionalidad de su decisión en función del criterio de proporcionalidad. Por tanto no es correcto «*extender autorizaciones prácticamente en blanco*», siendo necesaria al mismo tiempo la motivación de la resolución, ya que no cabe, obviamente, decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir, en general, sin la adecuada precisión, actos delictivos.

Como último requisito a tomarse en cuenta es que la declaración de secreto de la intervención en la generalidad de los casos irá acompañada del acuerdo de declarar secretas las actuaciones, dado que en caso contrario ésta carecería de sentido, pues mal puede investigarse a una persona a través de la intervención de sus comunicaciones telefónicas si ésta tiene pleno conocimiento de ello, lo anterior se ha retomado como principio de

²²⁸ Doctrinalmente las escuchas telefónicas han de acordarse en un Proceso Penal en curso, es decir que se exige que la escucha telefónica se implemente sobre el teléfono «utilizado» por el procesado. No debe olvidarse que la ley exige «indicios», y éstos, son distintos de las meras sospechas. Además, los indicios como es obvio debe constatarlos el Juez, a la vista de los elementos existentes en la causa, no bastando indicios o sospechas policiales. La inexistencia de indicios en que fundamentar el auto acordando la medida, resulta caprichoso o arbitrario, siendo el resultado la vulneración del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva que los Jueces y Tribunales deben otorgar en aplicación del art. 24 Cn. No caben entonces, a nuestro juicio, las intervenciones telefónicas acordadas en diligencias indeterminadas, con la mera solicitud policial, con base, en meras sospechas policiales, aun cuando la Constitución hace referencia en el Art. 24 inc. 2º a que “...Una ley especial determinará los delitos en cuya investigación podrá concederse esta autorización...”; y que por su parte la ley especial incluye los términos “...Investigación, Procesamiento y/o Proceso Penal...” en sus Art. 1, 5 y 6, debemos entender que será el Juez quien debe valorar la autorización en razón a la proporcionalidad y motivación aún en casos que se no se haya iniciado formalmente un Proceso Penal o dentro de él, esto último según lo dispuesto en el Art. 20 inc. final.

aplicación en el Art. 2 de la Ley Especial, denominándolo como “Reserva y confidencialidad” éste consiste en que el procedimiento de intervención de las telecomunicaciones será reservado y la información privada ajena a la investigación será estrictamente confidencial, así el art. 24 inc. 2º Cn., al respecto dispone “...*preservándose en todo caso el secreto de lo privado que no guarde relación con el proceso...*”, por lo que el procedimiento de intervención será completamente reservado y se mantendrá estricto secreto sobre el contenido del material que no sea útil a la investigación, esto según lo establecido en el Art. 19, por otra parte el Art. 20 hace referencia a que el procedimiento de intervención se documentará en un expediente que será reservado, el cual se resguardará (aplicando las reglas generales sobre la cadena de custodia –art. 17 de la Ley Especial –) en sede del Centro de Intervención, por lo que será responsabilidad del Director, en consecuencia debemos entender que dicho expediente no podrá ser trasladado a Sede Judicial.

En cuanto a la finalización de la intervención según el Art. 23 si en el plazo de seis meses el Ente Acusador no presenta el respectivo Requerimiento Fiscal, se procederá de oficio previa autorización del Juez a la destrucción de toda la grabación y sus transcripciones, pero también las partes podrán acordar la destrucción del material que no interese a los efectos del Proceso Penal, siguiendo el procedimiento establecido en el Art. 27. Así, en relación al Derecho de Defensa de la persona afectada con la medida, el Art. 26 de la citada Ley dispone que tras el Levantamiento del secreto de las actuaciones, es totalmente necesario hacer del conocimiento del investigado acerca de la medida, a fin de que pueda hacer uso de sus legítimas expectativas procesales, que van desde la audición contradictoria a la posibilidad de incidir en la conformación del material documental que accederá a la Vista Pública, así como la utilización de los recursos que caben contra la referida resolución.

Como afirma Moreno Catena²²⁹, “del resultado de la intervención habrá de darse cuenta oportunamente al Juez que la ordenó y, en todo caso, al finalizar la intervención han de incorporarse a los autos todas las grabaciones que como consecuencia de esta medida se hayan obtenido, procediéndose a destruir o a entregar al comunicante las que no se relacionen con la causa; como podrá comprenderse, el sentido de la exigencia no es otro que el de permitir a la persona cuyo secreto en las comunicaciones telefónicas se vulneró, impetrar el amparo (jurisdiccional) del Derecho garantizado en la Constitución cuando la medida no se haya acordado en los casos y con los requisitos exigidos”.

A manera de conclusión, hasta hace poco la intervención telefónica no era permitida por nuestra Constitución, esto implica una novedad muy importante ya que va a ser una Herramienta en el Combate del Delito y dentro del Proceso Penal viene a ser una innovación en cuanto a materia probatoria se refiere, la medida de intervención se considera como un elemento de orientación, que viene a dar solidez a los medios técnicos ya establecidos para la investigación, es decir como una medida de coerción auxiliar; la información obtenida puede ser utilizada para incriminar hechos y personas o continuar líneas de investigación; a nuestro criterio la Efectividad de la intervención se centra en la exigencia de Control Judicial – ó Tutela Judicial Efectiva – en la ordenación, desarrollo y cese de la medida, lo cual implica:

a) Se considera pertinente que los Funcionarios a los que se encomienda la práctica de las escuchas telefónicas, se sometan a un Control Previo (en cuanto a la selección del personal técnico del centro de escuchas, deben ser personas integrales – a nivel profesional, moral, que no posea

²²⁹ CASADO PEREZ;Ob. cit.; Pág. 28.

antecedentes penales y este en el pleno ejercicio de los Derechos de ciudadano-, en razón del tipo de información a la que van a tener acceso y la forma como la van a administrar), y a posteriori, a efecto de conocer qué Funcionario la ha realizado;

b) La medida debe recaer únicamente sobre los teléfonos de las personas indiciariamente implicadas, ya sean los titulares de los teléfonos o sus usuarios habituales, los cuales deben ser expresamente determinados – para ello es necesario detallar los nombres y los números de teléfonos a intervenir- recordemos que no es posible decretar la medida de intervención en blanco, es decir sin la existencia de verdaderos elementos de juicio²³⁰ que determinen a la persona sujeto de intervención con el hecho ilícito que se le atribuye, a través de una investigación previa o dentro de un Proceso Penal, -expuestos en la solicitud inicial que el Fiscal presenta al Juez-, debiendo el Juez autorizante basar su decisión en los principios de proporcionalidad y motivación;

c) Respecto del plazo la Ley prevé que la medida de intervención tendrá una duración no mayor de tres meses, debiendo rendir el Fiscal que solicitó la medida los respectivos informes al Juez autorizante acerca de la efectividad de la intervención; si es necesario ampliar la duración de la medida, está podrá prorrogarse, caso contrario es procedente que el Juez dicte el cese de la medida restrictiva; por otra lado la Ley faculta al Juez para

²³⁰ Debe existir una investigación previa, la cual debe ser buena y eficiente pues sin ella no se puede hacer uso racional de la intervención telefónica, así en cuanto a los elementos de juicio en la intervención como última ratio -al igual que la detención provisional- exige que hayan elementos concatenados y periféricos que nos demuestren que existe un delito y la probable participación de una persona, en este orden de ideas para adoptar la medida restrictiva sólo serán útiles los indicios directos y determinantes, distinguiendo también entre “sospecha” e “indicio”, el primero hace referencia a “creencias u opiniones no susceptibles de ulterior verificación, contrario sensu el indicio racional que exige la medida; si no se cumplen estos requisitos – sustantivos y formales-, no podemos acceder a la intervención de la telecomunicación. Por tanto será en materia de aplicación cuando se determine si son suficientes esas condiciones, aunque el legislador optó únicamente por dos, es decir, investigación y elementos de juicio, - debiendo según nuestro punto de vista quedar a prudencia del Fiscal General dependiendo de la particularidad de cada caso y no a criterio del Fiscal asignado al caso.

que en el término de seis meses sin la presentación del respectivo Requerimiento Fiscal se destruya de oficio todo el material existente de una intervención;

d) En relación a las grabaciones originales éstas deben ser transcritas íntegramente, y a nuestro juicio deberían ser entregadas al Juez que conoce del Proceso, y no como establece la Ley Especial que únicamente regula que sea el Juez (por petición incorporada en el Requerimiento Fiscal) quien requiera el expediente judicial de la intervención, a efecto de ser incorporado al Proceso²³¹; consideramos que durante la ejecución de la medida está debe ser fiscalizada y resguardada judicialmente -y no a discrecionalidad del ente Fiscal como se ha establecido, por ser éste la parte acusadora en el respectivo Proceso Penal- ; asimismo debió tomarse en cuenta que el Juez no tiene el tiempo suficiente para desplazarse hasta el Centro de escuchas por actuaciones posteriores (que dicha medida se está ejecutando conforme a Derecho y bajo las condiciones establecidas en la resolución autorizante). Lo anterior a fin de evitar la manipulación o selección de su contenido por cualquier persona que daría como resultado declarar ilícita la prueba obtenida; de igual manera las cintas originales tendrían que estar bajo la Tutela de la Autoridad Judicial; y,

²³¹ Sobre este punto cabe destacar que si la intervención da frutos, convirtiéndose en un medio de prueba tendrá que valorarse mediante la sana crítica, así a través de la transcripción íntegra del material obtenido con la medida sólo interesa lo que tenga que ver con los fines del proceso o que tenga relación con lo investigado, considerándose como prueba documental, debiendo distinguir dos cosas: a) el acto y b) el acta, el primero consiste en la ejecución de un hecho procesal; que en ese caso, va a ser la intervención de una comunicación que están teniendo otras personas. Ahora, como eso no lo podemos reproducir, lo que se hace es transcribir esa comunicación, o grabarla, y que sea incorporada a la Vista Pública mediante Prueba Documental, por lectura de la transcripción o por audio. Por audio sería un elemento más fuerte de convicción, porque no es lo mismo, hacer una lectura de una transcripción que escuchar de viva voz. Entonces, ¿cuáles son los elementos que se van a valorar?, primero se debe tomar en cuenta el tema de la validez en la obtención, si ese acto de investigación esta dentro de la orden de la ley –principio de legalidad-, el respeto a los Derechos Fundamentales y a las Garantías Constitucionales en relación a la Credibilidad y Veracidad de la información obtenida –ya sea al grabarse o transcribirse-, ó que tanto se ha manipulado o no esa cinta, ó si la persona se indujo en error.

e) La Autoridad Judicial competente una vez finalizado el Proceso Penal mediante sentencia firme, o tras un sobreseimiento o una absolución, debe proceder a la destrucción de los soportes físicos o material grabado –es decir, cintas magnetofónicas o cassette, e incluso de las transcripciones realizadas– lo anterior es con la finalidad de evitar posibles abusos, ya sea por las autoridades o por las partes intervinientes, pues su contenido puede afectar a las personas intervenidas.

CAPTÍTULO IV. PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS

Las Técnicas e Instrumentos utilizados en la investigación fueron los siguientes: en cuanto a la Técnica se utilizó la Encuesta, dentro de ella el instrumento para proceder a la recolección de los datos fue la Entrevista la cual consiste en una comunicación interpersonal entre el investigador y el entrevistado, el motivo por el cual se escogió este instrumento es porque de esta manera se obtiene información más esencial, flexible y abierta, a fin de obtener una respuesta más fidedigna de parte del entrevistado, puesto que le permite expresar su opinión y conocimiento respecto del tema investigado; lo anterior en virtud que el Objetivo de la presente investigación era **“Determinar cómo se limita y cómo se protege el Derecho a la Intimidad en el marco normativo de la Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones”**.

La Estructuración de la misma fue de Tipo Abierto, la cual estuvo compuesta de diez preguntas, se hizo uso de la muestra dirigida de expertos, ya que se entrevistaron a Funcionarios del Órgano Judicial entre ellos, Jueces de Paz, Jueces de Instrucción y Jueces de Sentencia de esta Jurisdicción, que pertenecen al Centro Judicial Integrado “Dr. Isidro Menéndez”, asimismo se contó con la participación del Ministerio Público. La muestra antes descrita hace referencia a personas con un vasto conocimiento respecto del tema investigado en razón de las capacitaciones en las que participan.

Obteniéndose los resultados que a continuación se detallan:

CATEGORÍA: Elemento innovador de la Intervención de las telecomunicaciones en la investigación del delito.				
DESCRIPCIÓN: Las intervenciones son medidas instrumentales restrictivas del Derecho Fundamental del secreto de las comunicaciones personales, ordenadas 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 comunicación, investigar determinados delitos, y, en su caso, aportar al Juicio Oral determinados elementos probatorios.				
FRASES:				
“Lo novedoso de esto es que el Estado va a intervenir en un ámbito que estaba absolutamente prohibido por nuestra Constitución”.	“Hasta hace poco no existía la intervención no era permitida por la Constitución, esto implica una novedad muy importante que va a ser una herramienta en el combate del delito”.	“En nuestra Legislación nunca se había contemplado la posibilidad de privar la intimidad de una persona para intervenir o saber que es lo que están hablando”.		“A la fecha no teníamos un marco regulatorio que nos permitiera un tipo de apoyo probatorio de ese tipo”.
SIGNIFICADO:				
Los Funcionarios del Órgano Judicial y del Ministerio Público coinciden en que la medida de intervención es la herramienta que por mucho tiempo ha necesitado incorporarse en nuestro Ordenamiento Jurídico a fin de combatir eficazmente el Delito, ya que a través de ella las pruebas aportadas tendrán un apoyo en el Proceso Penal.				

CATEGORÍA: Los principios enunciados en el Artículo 2 de la Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones son coherentes con el Principio Constitucional del Debido Proceso.

DESCRIPCIÓN: El Derecho al Debido Proceso Judicial puede definirse como el Derecho a que sean respetados los procedimientos, Garantías y términos establecidos por la Constitución, los Tratados Internacionales y la Ley Secundaria dentro de un Proceso Judicial, que tiene por finalidad la protección de otros Derechos Humanos como la libertad personal, la integridad, la seguridad y la propiedad. Este Derecho comprende, sin que la enumeración sea exhaustiva, el Derecho a la Defensa, a la presunción de inocencia, a un Juez Competente e imparcial, a la revisión de la instancia, a no ser juzgado dos veces por el mismo delito, a la retroactividad positiva de la Ley Penal, al Habeas Corpus, al Derecho de petición y respuesta. Se ha agregado la denegación y retardación de justicia como una subdivisión en las violaciones al Debido Proceso.

FRASES:

<p>“Eso es lo que se ha pretendido, es decir, con el tema de la Jurisdiccionalidad, lo que se quiere es que sean los Jueces los que controlen prácticamente todo el Proceso, desde la autorización hasta toda la ejecución de la intervención telefónica y su resultado final”.</p>	<p>“Si, porque no hay Derecho absoluto y entonces basado en eso siempre y cuando se fundamente la petición o resolución conforme al marco de la Ley no hay problema”.</p>	<p>“Si, por que el Debido Proceso establece principios de proporcionalidad, temporalidad (acá no tenemos procesos perpetuos), va a ser proporcional a la investigación que se esté realizando, la ley presenta todas las herramientas necesarias a efecto de que se garantice el Debido Proceso, ya será en materia de aplicación en que se identifiquen fallas”.</p>	<p>“Si, aunque considero que hay algunos parámetros que han quedado un tanto en el vacío, la Ley ha retomado a grandes anchuras lo medular amparándose casi en modelos de otras Legislaciones, sin embargo van a haber cosas propias de nuestro país que no van a compararse con el modelo que se ha retomado”.</p>	<p>“Creo que no son coherentes, porque todo Proceso debe estar en manos Jurisdiccionalmente de la persona idónea, en este caso deberían de ser los Tribunales, pero quedó en manos de la Fiscalía, quien es la parte acusadora; entonces nos apartamos un poco del Debido Proceso, porque, no hay un ente imparcial que vaya a manejar en sí las escuchas telefónicas, al Juez ya se lo van a aportar”.</p>
---	---	---	---	---

SIGNIFICADO:

Los profesionales entrevistados, en su mayoría, son del criterio que los principios planteados en el Art. 2 de la Ley Especial son conforme a lo prescrito en nuestra Constitución –en relación al Debido Proceso- ello en razón, que el Órgano Legislativo en su facultad de crear normas realiza un análisis exhaustivo de todas aquellas Garantías, Principios y Derechos inherentes a la persona humana que el Estado tiene obligación de proteger, por lo que dichas normas no pueden ser contrarias al Régimen garantista de la Carta Magna. Por otra parte, hubo alguien que manifestó no estar de acuerdo con lo planteado, ya que considera que en la Ley Especial se le otorga mayor discrecionalidad a la Fiscalía General de la República en el control de la medida.

CATEGORÍA: Se cumplen los requisitos de limitabilidad de los Derechos Fundamentales al restringir el Derecho a la Intimidad, en relación a la Intervención de las Telecomunicaciones.

DESCRIPCIÓN: Se refiere a la necesidad de determinar e interpretar sus presupuestos y efectos –de la intervención- a la luz de un especial relieve garantista.

FRASES:

<p>“Establece unos requisitos al inicio - cuales son los Órganos competentes, establece cual es el procedimiento que se debe de llevar a cabo- para realizar una intervención, ahora habrá que ver en la práctica si se pueden advertir algunas incongruencias con la Constitución o con la Ley”.</p>	<p>“Si, porque no se trata de una violación al Derecho a la intimidad abierta, ya que hay un Control Jurisdiccional, no todo lo que se dice a través de la vía telefónica va a servir en contra del imputado, se desecha incluso parte de esto, entonces si está debidamente regulado este derecho de intervención sobre la intimidad de un sospechoso”.</p>	<p>“La Ley da las herramientas, será en materia de aplicación donde se vea si esas herramientas son suficientes, lastimosamente en nuestro país no tenemos un antecedente como para decir la manera en que se manejó”.</p>	<p>“No será cualquier investigación, sino que la Ley establece en que casos se va a poder intervenir las telecomunicaciones, va a estar limitado a cierto catálogo de delitos y la Ley dejó una salvedad: son aquellos que por conexión o por casualidad conozca”.</p>	<p>“Se ha tratado de que se cumpla con los requisitos generales, habrá que ver las Inconstitucionalidades que pudieran versar sobre la Ley y como resolvería la Sala; el problema es que al estudiarla de fondo, no cuadra con Principios meramente Constitucionales, nos queda abierta a nosotros como Jueces la aplicabilidad o no de la Ley, en base al artículo 149 Cn”.</p>
---	--	--	--	--

SIGNIFICADO:

Respecto a los requisitos para limitar el Derecho afectado con la medida de intervención, de nuevo existen divergencias de puntos de vista entre los entrevistados ya que una parte son de la opinión que la Ley Especial prevé en su Cuerpo Normativo los requisitos mínimos o necesarios para aplicar la medida; otro sector, es del sentir que dicha Ley no ha fundamentado de manera suficiente los requisitos de Limitabilidad de ese Derecho.

CATEGORÍA: La naturaleza jurídica de la Intervención de las Telecomunicaciones.				
DESCRIPCIÓN: La importancia de la determinación de su naturaleza jurídica radica en los efectos y condiciones para su admisibilidad y eficacia.				
FRASES:				
“Inicialmente es un acto de investigación y posteriormente sí es fructífera la intervención, puede convertirse en un medio de prueba para incriminar hechos y personas o continuar líneas de investigación”.	“No hay un Derecho absoluto, estaríamos frente a una colisión de Derechos, el de la intimidad y el del daño que el delito produce a la sociedad, entonces le da el Derecho al Estado de pasar sobre el Derecho a la intimidad”.	“Es un elemento probatorio y una herramienta para el combate del crimen organizado aun en su forma internacional”.		“No puede ser un medio de prueba sino un medio de orientación que viene a reafirmar otros elementos técnicos que tiene el juzgador, debería de ser una prueba meramente referencial, no en base a una transcripción de una llamada telefónica un Juez vaya a emitir un fallo”.
SIGNIFICADO:				
Los profesionales no tienen un criterio unánime respecto de cuál es la naturaleza jurídica que se le ha de otorgar a las intervenciones, así consideran que puede ser un acto de investigación que se convertirá en medio de prueba, un elemento probatorio y una prueba meramente referencial; por lo que al momento de aplicarse quedará a sensatez del Juez restarle valor o no a la misma.				

CATEGORÍA: La investigación y los elementos de juicio son elementos suficientes para solicitar la medida de intervención.				
DESCRIPCIÓN: Debe existir una causa penal abierta, ya que exige no fundamentar en meras sospechas irracionales o conjeturas, sino que se debe contar con información racional del hecho delictivo que se quiera comprobar y de la probabilidad de su existencia.				
FRASES:				
“Si, lo que tendría que verse es el tema de los indicios, si son suficientes, si son legales y si son creíbles. Pero esa será una valoración que hará el Juez para autorizar la medida”.	“Debemos de partir que se ha hecho una buena investigación”.	“Tiene que existir una investigación previa, sin ella no se puede hacer uso irracional de la intervención, ya que es como la última ratio igual que la detención provisional, debemos de tener elementos concatenados, elementos periféricos que nos digan que existe un Delito y la probable participación de una persona, si no se cumplen esos requisitos, no podemos acceder a la intervención de la telecomunicación”.	“Los elementos de juicio no van a quedar a cargo del Fiscal del caso, sino que este estará sometido a criterios (Fiscalía) internos para sugerir en que caso se necesita una intervención”.	“No, deberían de ser más. Debería de haber un razonamiento del Fiscal General para cada caso en particular, que no quedara para jefes de unidad, y no quedara en esos dos requisitos únicamente”.
SIGNIFICADO:				
En relación a las condiciones previas de aplicación de la medida, existen posturas encontradas, por lo que dependerá de la interpretación que de la norma haga cada juzgador considerar que esos “dos y únicos elementos” son suficientes: para fundamentar el Ministerio Público la solicitud de la medida y autorizar la Intervención –el Juez Competente- mediante resolución judicial motivada.				

CATEGORÍA: Los Jueces de Instrucción de San Salvador respecto de la autorización de la Intervención de las Telecomunicaciones.				
DESCRIPCIÓN: A nivel Constitucional se exige que exclusivamente el Juez sea quien autorice la medida de intervención de las telecomunicaciones, con la aseveración anterior se infiere que cualquiera de los Jueces de instrucción con residencia en San Salvador está facultado para autorizar dicha medida.				
FRASES:				
“Porque las centrales, tanto de la Fiscalía como los Jueces de turno están aquí en la Capital, una cuestión que tuvo que haberla valorado el legislador, es el hecho que los Jueces de Instrucción no hacen turno, entonces va a tener inevitablemente que ordenar turnos para que los Jueces de Instrucción estén las veinticuatro horas alertas en el caso que la Policía y la Fiscalía requieran una orden de ese tipo”.	“El Juez tiene una opinión objetiva, es decir, la facilidad de indicarle al Fiscal que sus elementos de prueba no son suficientes por tanto no hay motivo para violentar el Derecho de intimidad de una persona”.	“El Juez de instrucción cuenta con seis meses para poder realizar esa fase investigativa y en ese período coordinar la solicitud de la investigación y ver si hay elementos suficientes para adoptar la medida, asimismo es para mantener la accesibilidad al Ente Público, para que la Fiscalía pueda solicitar la autorización del centro de escuchas”.	“El criterio es meramente jurisdiccional”.	“El criterio es meramente jurisdiccional”.
SIGNIFICADO:				
En razón que el ente Fiscal tiene su Sede en San Salvador, es decir, por el tema de jurisdiccionalidad.				

CATEGORÍA: La Intervención de las Telecomunicaciones es suficiente para decretar la Detención Provisional de la persona afectada por dicha medida.				
DESCRIPCIÓN: Debe establecerse qué cualidad jurídica procesal ha de poseer el sujeto frente al que se ordene una de estas medidas.				
FRASES:				
“Como resultado de la intervención puede realizarse la detención; incluso administrativamente la puede decretar el Fiscal de manera excepcional”.	“Siempre y cuando revele una conexión lo que esta escuchando con lo que se está investigando”.	“No, no es suficiente, porque la intervención se utiliza cuando ya hay elementos de juicio sobre la probable participación y sobre la existencia de un delito, por lo que para decretarse la medida deben cumplirse Principios Procesales”.	“Habría que valorar otros aspectos que se hayan evacuado durante un proceso de investigación como pueden ser vínculos con otras personas, vínculos con redes de crimen organizado, habría que establecer que hay relación, que ha participado en el delito y no basta una intervención para establecerlo”.	“No pudiera ser suficiente a través de la sana crítica el Juez tiene el criterio para poder definir si es suficiente o no es suficiente”.
SIGNIFICADO:				
Siempre y cuando se cumplan con las Condiciones y Requisitos para limitar el Derecho afectado y tenga relación con lo investigado inicialmente, los Funcionarios consideran que podría decretarse una Detención Provisional.				

CATEGORÍA: Valor de la Intervención de las Telecomunicaciones al ser incorporada al Proceso Penal.				
DESCRIPCIÓN: Las pruebas recabadas durante la intervención de las telecomunicaciones serán valoradas de conformidad a las reglas de la sana crítica y la grabación íntegra de la intervención será considerada Prueba Documental.				
FRASES:				
“Los elementos que se van a valorar primero el tema de la validez en la obtención, si ese acto de investigación esta dentro de la autorización, si no se ha utilizado para otros fines, entonces la validez, su legalidad en la obtención, el respeto a los Derechos Fundamentales, la Garantía Constitucional y la Credibilidad”.	“Se debe de valorar en el sentido de que lo que se escuche a través de las telecomunicaciones tenga relación con lo investigado”.	“Mediante la sana crítica, tomar aquello que sirve y desechar aquello que no me sirve, únicamente se va a transcribir lo que interesa a los fines del Proceso”.	“Sería una prueba auditiva, ya la misma ley establece que habrán peritos permanentes o eventuales, es posible que el Juez no sepa como funciona este mecanismo será allí cuando el perito tendrá que ir a explicar como funciona esta prueba”.	“Debe ser un medio de orientación, además de que no se menciona si se va a ser considerado como un anticipo de prueba, entonces debe de haber una intervención judicial previa y no viene valorada como tal”.
SIGNIFICADO:				
Los entrevistados en este punto tienen nuevamente ideas diferentes, ello en razón, que si no han llegado a un criterio unánime respecto de la naturaleza jurídica de la medida, menos podrán coincidir en la manera más eficaz de valorarla de ser admitida en un Proceso Penal.				

CATEGORÍA: La Garantía y los Mecanismos de protección del Derecho a la Intimidad en la Ejecución de la medida.				
DESCRIPCIÓN: Implica la exigencia de un Control Judicial el cual se define como un conjunto de precauciones garantizadoras de que la excepción que constituyen las escuchas de conversaciones telefónicas están garantizadas y protegen aún en lo posible los Derechos de los particulares quienes desconocen, por razones obvias de eficacia, de su misma existencia y resultados.				
FRASES:				
“La única forma que se aseguren es que haya un control eficaz y efectivo donde se deduzcan responsabilidades cuando hayan excesos, abusos y arbitrariedades; lo que dentro del garantismo se le llama la “ etero proyesis ”, es decir, que se legitimen las actuaciones, no porque el funcionario lo diga, sino por los controles externos que hayan de la actuación del Funcionario”.	“A través de los Controles Judiciales, primeramente el control que ejerce el Juez de instrucción, porque no basta con sólo dar la autorización sino que debe ser vigilante”.	“La misma Ley establece cuales son los parámetros para realizar la intervención telefónica entre ellos tenemos el hecho que sea ante un Juez, que sean personas específicas que van a estar involucradas, la proporcionalidad que la Ley establece son Garantías, asimismo la intervención únicamente va a servir para efectos probatorios y no para divulgación ya que no está permitida”.	“La Ley establece que lo que no tenga que ver con el Proceso no habrá que documentarlo, asimismo obliga al Secreto Profesional a las personas que participen en ella y menciona Fiscales, Jueces, Policías, Peritos”.	“Debería seguir los pasos de un anticipo de prueba, o bien nombrar un Defensor, o por lo menos una intervención de la Procuraduría de los Derechos Humanos, que pudiera validar en cierto momento la intervención”.
SIGNIFICADO:				
Coinciden en que debe existir más Control, pero este debe estar a cargo del Órgano Judicial para que sea de manera eficaz, ya que al ser la Fiscalía quien controla la ejecución se restringe la facultad Constitucional que a los Jueces se les asignado de dirimir el Proceso, asimismo, consideran que el Ente Público por ser parte en el Proceso Penal podría en algún momento manipular –a través de excesos, abusos y arbitrariedades- los elementos obtenidos con la medida de intervención.				

CATEGORÍA: La citada Ley no considera vinculantes los informes que rendirá el director del Centro y el Procurador de Derechos Humanos en caso que se vulnere el Derecho al Intimidad y al Secreto de las Comunicaciones.				
DESCRIPCIÓN: El Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos deberá designar personal idóneo para que practique anualmente una auditoria a las actividades del Centro de Intervención, también deberá realizar auditorias específicas, de oficio o cuando mediare una denuncia sobre la violación del derecho a la intimidad o secreto de las telecomunicaciones.				
FRASES:				
“La ley de la Procuraduría de Derecho Humanos, como ombudsman oye a la autoridad y a la víctima, investiga y resuelve”.	“No constituye prueba en sí porque en nuestro medio existen diferencias entre el director del Centro, el Fiscal del caso con el Procurador, por lo que sólo sirve para motivar una investigación”.	“No son vinculantes por la Independencia de Poderes, en todo caso, quien tiene que intervenir o pedir un informe es la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia”.	“Lo prudente sería que rinda ese informe a efecto de establecer si hay afectación de otros Derechos vulnerables”.	”Porque no son informes específicos del procedimiento en contra del imputado “x”, puesto que no tienen un delegado fijo para ese Proceso”.
SIGNIFICADO:				
Si bien los Funcionarios concuerdan en que los informes emitidos por el Procurador de Derechos Humanos no pueden ser vinculantes ya que no harán referencia al Proceso de cada medida de intervención en particular, por lo que desconoce si se efectuaron conforme a Derecho; algunos consideran que es necesario un mayor control en la ejecución de la misma y manifiestan que sería pertinente adicionar como requisito que exista un Delegado de esa entidad para que de fe de ese proceso o bien que los informes se rindan ante la Sala de lo Constitucional.				

CAPITULO V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

- El Legislador pretende que toda ley sea plena, coherente y consistente, aunque no hay una Ley perfecta, siempre habrá lagunas, antinomias, redundancias que son inevitables pero solamente se encuentran cuando se aplica o interpreta la Ley, es decir en la operatividad de la misma.
- El inicio, desarrollo y en algunos casos el cese de la medida va a estar en manos de la Fiscalía General de la República, aunque la autorización le corresponda a los Jueces no hay un elemento Técnico que dependa del Órgano Judicial.
- La intervención de las telecomunicaciones debe utilizarse como **última ratio**, ya que para limitar el Derecho al Secreto a las comunicaciones en el ámbito del Derecho Fundamental a la intimidad, el requisito de necesidad, por una parte, obliga al Juzgador a valorar la gravedad del hecho, y por otra, a escoger de entre todas las medidas idóneas para probar el hecho ilícito la menos lesiva -únicamente debe utilizarse aquel contenido de las conversaciones que sirva para investigar delitos concretos- para alcanzar el fin perseguido.
- Es inadmisibles omitir el requisito de Jurisdiccionalidad al aplicar la medida de intervención de las telecomunicaciones, aún cuando la Fiscalía General de la República amparándose en la denominada “**urgencia**” de perder el elemento de prueba, realice una intromisión en la esfera del Secreto a las comunicaciones en el ámbito del Derecho Fundamental a la intimidad del Sujeto pasivo; así el único Ente facultado para restringir ese Derecho Fundamental es la Autoridad Judicial -ya que esos Derechos no son disponibles ni limitables por otra autoridad-, quien a través de resolución

motivada en los requisitos de necesidad y proporcionalidad, autoriza dicha medida.

➤ Respecto de las condiciones previas de aplicación establecidas en la Ley Especial, consideramos que nuestro Legislador debió incorporar otros elementos que fueran suficientes para autorizar judicialmente la medida de intervención, a fin de evitar la posibilidad que el Ente Fiscal solicite intervenciones predelictuales o de prospección y aleatorias - esta materia se rige por el principio de especialidad en la investigación- a efecto de recabar elementos probatorios que determinen la participación y responsabilidad en el cometimiento de un hecho ilícito, así la medida de intervención no debe ser utilizada para provocar o sorprender el posible cometimiento de un hecho ilícito, puesto que lo anterior equivaldría a vulnerar lo prescrito por el Art. 175 inc. 3º CPr.Pn., el cual establece la prohibición de probar un hecho cuando se violen Derechos Fundamentales de la persona.

➤ Si bien la Norma Constitucional establece que de manera excepcional se podrán intervenir las telecomunicaciones y que lo anterior permite limitar el Derecho al secreto de las comunicaciones respecto del Derecho a la intimidad, el Legislador a efecto de establecer un verdadero y efectivo Control Judicial de la medida incluyó en la Ley especial como mecanismo de protección que el Juez valorará el cese de la medida cuando se infrinjan las condiciones o requisitos que se establecieron en la resolución autorizante, ya que se estaría ante el uso indebido de la medida de intervención. Por lo que se puede concluir que cuando la intervención de las telecomunicaciones, en particular de las comunicaciones telefónicas, se realice con incumplimiento de los Requisitos de Legalidad Ordinaria -es decir, en contradicción a lo establecido en la Ley Especial- se tratará de una «prueba irregular», y cuando se realice con incumplimiento de los Requisitos

de Legalidad Constitucional, se tratará de una «prueba ilícita», lo anterior en concordancia al Debido Proceso configurado en la Norma Primaria.

➤ A pesar del esfuerzo del Legislador por garantizar la Protección de los Derechos a la vida privada, la intimidad personal y el Secreto de las telecomunicaciones, en relación al Control de la medida parece contradictorio que se establezca que sea el mismo Juez autorizante quien la finalice anticipadamente cuando la medida de intervención resulte no idónea, innecesaria, desproporcionada o imposible de ejecutar.

➤ La Ley Especial establece de forma clara y detallada los requisitos para la elección de los Funcionarios, Personal técnico y miembros de la Policía Nacional Civil que participarán en la ejecución de la medida de intervención, lo anterior tiene relación con el principio de Reserva y Confidencialidad sobre el contenido del material que como producto de la medida de intervención exige un “**Personal Capacitado e Idóneo**”, para salvaguardar tanto la información que no sea útil para la investigación como la que será utilizada con fines procesales; mientras que para la fiscalización de sus funciones, la misma, faculta al Fiscal General para elaborar un Reglamento que regirá a ese Personal; lo anterior nos hace concluir que está facultad no sea Objetiva, pues al no ser un Ente diferente quien cree y regule el cumplimiento de dicho Reglamento se abre la posibilidad de vulnerar Derechos Fundamentales, recordemos que el Ministerio Público es la parte acusadora en el Proceso Penal, por lo que tiene un interés particular en el mismo.

➤ En relación a las actuaciones posteriores por parte del Juez autorizante como esta estructurada la Ley se interpreta que dicho Funcionario es un Órgano Auxiliar de la Fiscalía y no se trata de eso, sino

que la Fiscalía es el Órgano Auxiliar del Juez, entonces se ha querido menoscabar la autoridad del Juez.

➤ En relación al Derecho de Defensa de la persona afectada por la medida de intervención no se encuentra en la Ley una norma que regule el Derecho en mención antes de ser incorporado el expediente judicial al Proceso Penal.

RECOMENDACIONES

➤ El Control Judicial de la medida de intervención telefónica es un requisito de Orden Constitucional por lo que debe observarse en tres fases distintas: en el momento de dictarse la resolución motivada de la intervención telefónica, en la ejecución material en sí y en la notificación de la medida al sujeto afectado después de cesar ésta.

➤ El Legislador debe establecer de manera taxativa los requisitos necesarios a cumplir en la Autorización Judicial, asimismo en las exigencias propias de Control Judicial que se observen en la intervención de las comunicaciones telefónicas.

➤ Al señalar la existencia de “**indicios racionales**” como una de las dos condiciones previas de aplicación de la medida, es preciso que al valorar el hecho indiciario que motiva la solicitud esté no pueda relacionarse con otro hecho que no sea el indicado, es decir que exista univocidad del indicio; por lo que es pertinente descartar aquellos indicios que se expliquen con otro hecho distinto del indicado para solicitar la autorización de esta restricción al Derecho afectado.

➤ Deben incluirse en la Ley Especial los casos concretos por los cuales se dé la finalización anticipada de la medida de intervención, es decir sin haber logrado el fin por el cual se solicitó.

➤ En relación a las actuaciones posteriores por parte del Juez autorizante el Legislador debe permitir un acceso directo del material obtenido con la medida de intervención, ya que no puede el Juzgador supeditarse a las exigencias y condiciones que el Director del Centro establezca para acceder a ese material, por lo que, es menester que sea el Órgano Judicial quien tenga dicha facultad, sin verse en la necesidad de trasladarse hasta el Centro de intervenciones.

➤ Resulta fundamental para el Sujeto afectado crear la figura de por lo menos Procuradores adscritos al Centro de Intervención que pudieran validar en cierto momento la intervención. Asimismo reviste gran relevancia la motivación de la resolución judicial de autorización de intervención de las comunicaciones telefónicas, ya que con la exteriorización de las razones y fundamentos de su adopción, puede posteriormente impugnar tal decisión cuando considere que vulnera sus Derechos legítimos.

➤ Es urgente regular los Derechos de terceras personas que ven afectado su Derecho Fundamental al Secreto de las comunicaciones.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ALSINA HUGO; **“Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”**, Tomo II. (Parte General), 2a. Edición, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina; 1963.

ARRIETA GALLEGOS, MANUEL; **“El Proceso Penal en Primera Instancia”**; 2º Edición; Editorial Jurídica Salvadoreña San Salvador, El Salvador; 1994.

ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA; **“Prueba Prohibida y Prueba Preconstituida”**; Editorial Trivium SA.; Madrid España; 1989.

BERTRAND GALINDO, FRANCISCO Y OTROS, **“Manual de Derecho Constitucional, Tomo II”**, Centro de Información Jurídica, Ministerio de Justicia, El Salvador, 1999.

BIDART CAMPOS, GERMÁN J, **“Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”**, Tomo I, Ediar, Argentina, 1967.

CARBONE, CARLOS ALBERTO; **“Grabaciones, Escuchas Telefónicas y Filmaciones como medios de prueba”**; Rubinzal–Culzoni, Editores; Buenos Aires, Argentina; 2005.

CASADO PÉREZ, JOSÉ MARÍA en su obra titulada **“Aspectos Prácticos de la Aplicación del Código Procesal Penal II”** Las Intervenciones Telefónicas en el Proceso Penal.

CASADO PÉREZ, JOSÉ MARÍA; **“La Prueba en el Proceso Penal Salvadoreño”**; Editorial LIS, San Salvador, El Salvador; 2000.

CELIS QUINTAL, MARCOS ALEJANDRO, **“La Protección de la Intimidad como Derecho Fundamental de los Mexicanos”**, Editorial Civitas, México 2005.

CLIMENT DURÁN, CARLOS; **“La Prueba Penal”**; 2ª Edición, Tomo II; Editorial TIRANT LO BLANCH; Valencia, España; 2005.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; **“La Prueba en el Proceso Penal, Manuales de Formación Continuada 12”**, imprime LERKO PRINT, S.A; Madrid, España; 2000.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; **“La Restricción de los Derechos Fundamentales de la Persona en el Proceso Penal”**; Imprime: Mateu Cromo S.A.; Madrid, España; 1993.

CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA, Escuela de Capacitación Judicial; **“Taller sobre Actos de Investigación y de Prueba en el Proceso Penal”**; Junio a Noviembre de 2000; San Salvador, El Salvador; Ideas Básicas I y II.

CONSELL CONSULTIU DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, AGENCIA CATALANA DE COOPERACIÓ AL DESENVOLUPAMENT DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, Centro de Estudios y Formación Constitucional Centroamericana; **“Constitución y Justicia Constitucional: Jornadas de Derecho Constitucional en Centroamérica”**; Edición realizada por Rosa Esteve i Associats; Barcelona, España; 2008.

FLORIAN EUGENIO; **“Elementos de Derecho Procesal Penal”**; Bosch Editorial; España, 1983.

FUENTES DE PAZ, ANA LUCILA, RODRÍGUEZ CRUZ, DELMER EDMUNDO, SERRANO, ARMANDO ANTONIO Y TREJO MIGUEL ALBERTO; **“Manual de Derecho Penal, Parte Especial - I Delitos contra los bienes jurídicos de las personas, Tomo II”**; San Salvador, El Salvador; 1993.

GONZÁLEZ - CUELLAR SERRANO. NICOLÁS; **“Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal”**; Editorial COLEX; Madrid, España; 1990.

HERNÁNDEZ GIL, F., **“La prueba preconstituida, en La prueba en el proceso penal”**, publicación del Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia de Madrid, España.

JAUCHEN; EDUARDO M., **“Tratado de la Prueba en Materia Penal”**; Rubinzal – Culzoni Editores; Buenos Aires, Argentina; 2004.

LÓPEZ ORTEGA, JUAN JOSÉ, **“Perfiles del Derecho Constitucional en la Vida Privada y Familiar”**, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, **“Instituciones de Derecho Procesal Penal”**; Ediciones Jurídicas Cuyo; Mendoza, Argentina.

MARTÍN ANCÍN, FRANCISCO Y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, JOSÉ RAMÓN; **“Metodología del Atestado Policial, Aspectos Procesales y Jurisprudenciales”**; Editorial TECNOS; Madrid, España; 1999.

MENÉNDEZ DE LUARCA, MIGUEL COLMENERO; **“Cuadernos de Derecho Judicial XV – 2003 Constitución Y Garantías Penales”**, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Jurídica, Madrid, España; 2003.

O'DONNELL, DANIEL; **“Derecho Internacional de los Derechos Humanos”**; Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; Servigrafic; Bogotá, Colombia; 2004.

PROCURADURÍA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y PNUD; **“Manual para la Calificación de Violaciones a los Derechos Humanos”**, San Salvador, El Salvador; 1997.

REBOLLO DELGADO, LUCRECIO, **“El Derecho Fundamental a la Intimidad”**, Editorial Dikynson, Madrid, España, 2000.

REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO; **“El Delito de Tráfico de Drogas. Aspectos Penales y Procesales”**; Editorial TIRANT LO BLANCH; Valencia, España; 1999.

SERRANO, ARMANDO ANTONIO; RODRÍGUEZ, DELMER EDMUNDO. CAMPOS VENTURA; JOSÉ DAVID. TREJO, MIGUEL ALBERTO; **“Manual de Derecho Procesal Penal”**; Editorial PNUD. San Salvador, El Salvador; 1998.

TORRÉ, ABELARDO, **“Introducción al Estudio del Derecho”**, 14ª Edición, Editorial Abeledo-Perrot, Argentina, 2003.

VARELA, CASIMIRO A.; **“La Valoración de la Prueba. Procedimientos Civil, Comercial y Penal”**; 2ª edición actualizada y ampliada 1ª reimpresión; © Editorial ASTREA DE ALFREDO Y RICARDO DE PALMA SRL; Buenos Aires, Argentina; 1999.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE M.; **“Derecho a la Intimidad”**, Editorial Abeledo-Perrot, Argentina, 1982.

REVISTAS

FUNDACIÓN SALVADOREÑA PARA EL DESARROLLO ECONÓMICO Y SOCIAL FUSADES; Departamento de Estudios Legales; Boletín de Estudios Legales; **“Las Intervenciones Telefónicas”**; Publicación Mensual de FUSADES; Boletín Número 6; San Salvador, El Salvador; Junio 2001.

GUZMÁN CANJURA, ULISES DEL DIOS; **“Revista Quehacer Judicial, número 68, Año 2008”**, San Salvador, El Salvador, publicada por la Corte Suprema de Justicia, en el Artículo denominado “Sobre el Secreto de las Telecomunicaciones”.

TERRAGNI, MARCO ANTONIO; **“Ciencias Penales Contemporáneas, Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología; Año 2 – Número 4 - 2002”**, Editada en el 2003; Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina; 2003.

TESIS

CHICAS ARGUETA, BLANCA LIDIA, PALMA ALBERTO, EUGENIA BEATRIZ Y SANTOS MONGE, KAREN JUANITA; **“Prueba Prohibida y Regla de Exclusión en el Proceso Penal Salvadoreño”**; Trabajo de Graduación para obtener el título de Licenciado en Ciencias Jurídicas; Universidad de El Salvador T - UES; San Salvador, El Salvador; 2000.

CONTRERAS HERNÁNDEZ, ROSA ISMELDA Y OTROS, **“El Debido Proceso y la Aplicación de Medidas de Protección Social a Niños Amenazados y Vulnerados en su Derecho por parte del ISNA”**, Tesis de Grado para obtener el Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, Diciembre 2003.

CORTEZ VALLES, GLADIS ESMERALDA Y RIVAS OBANDO, JEYNY LISSETTE; **“La Deficiencia en la Realización de los Actos de Investigación y los Actos de Prueba en el Proceso Penal. Grados de Afectación a la Garantía del Juicio Previo”**, Trabajo de Investigación para obtener el grado y título de Licenciatura en ciencias jurídicas; Universidad de El Salvador; 2007.

HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, LUCIA VICTORIA Y OTROS, **“El Derecho a la Intimidad Personal y su Actual Regulación dentro del Ordenamiento Jurídico Salvadoreño”**; Tesis para optar al Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, El Salvador, 2009.

JOYA MEMBREÑO, ANA CLAUDIA, **“Responsabilidad por la Violación de los Derechos a la Dignidad Humana, a la Intimidad, a la Libertad y la Defensa Mediante Actos De Investigación En El Proceso Penal”**, Tesis de grado para optar al Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2000.

MARCO URGELL. ANNA; **“Análisis Jurisprudencial del secreto de las comunicaciones (art. 18.3 C.E)”**, Trabajo de Investigación de Doctorado, Departamento de Ciencia Política y de Derecho Público de la Universidad Autónoma de Barcelona; Director Rafael Rebollo Vargas; Balleterra, Barcelona, España; 2008; extraído el 30 Agosto 2010 de <http://www.recercat.net/bitstream/2072/9115/1/treballrecerca.pdf>. Pág. 21 – 22.

VALDIVIESO MARÍN, CARLOS HUMBERTO Y OTROS, en su tesis de grado para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, titulada: **“Validez y Eficacia Probatoria de la Información Producto de la Violación al Derecho a la Intimidad en el Proceso Penal”**, Universidad de El Salvador, 2003.

DOCUMENTOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y AGENCIA ESPAÑOLA DE COOPERACION INTERNACIONAL, Por Casado Pérez, José María; **“La Prueba en el Proceso Penal”**.

LÓPEZ ORTEGA, JUAN JOSÉ, **“La Protección de la Intimidad en la Investigación Penal”**, Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia (UTE) El Salvador, 2001.

ORLANDIS, JOSÉ, **“La Paz de la Casa en el Derecho español de la Alta Edad Media, en Anuario de Historia del Derecho Español Nº 15 (1944)”**; pág. 107.

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

ALMEIDA VILLACÍS; JOHN; **“La Vigencia de las Garantías Constitucionales del Debido Proceso”**; extraído el 24 junio de 2010 de Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil Ecuador de http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=105&Itemid=37.

BENAVIDES SALAMANCA, LEO BLADIMIR; **“Comentarios sobre Las Intervenciones Telefónicas en El Salvador”**; extraído el 06 Diciembre de 2010 de <http://www.csj.gob.sv/Doctrina.nsf/9404265e216268f906256937000e316e/3dd56c64446fe9360625762c006fa02b?OpenDocument>.

CORREA DE CARVALHO, JOSÉ THEODORO; **“Intervención de las Comunicaciones Telefónicas en España”**, extraído el 08 Agosto 2010 de <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=josetheodorocarvalho>.

DERMIZAKY PEREDO, PABLO, **“El Derecho a la Intimidad”**, Universidad de Talca, Talca, Chile, 2000 pág. 177, extraído el 06 Septiembre 2010 de *Ius et Praxis* [en línea] 2000, 6 disponible en: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=19760113>> ISSN 0717-2877.

DUARTES DELGADO, EDWIN Y ESPINOZA DE CHAN, LOURDES; **“La Medida de Intervención Telefónica: Análisis comparativo Costa Rica – Panamá”**; extraído el 05 Octubre de 2010 de http://egacal.e-ducativa.com/upload/AAV_EdwinDuarte.pdf.

GUTIERREZ, DAVID; **“El Derecho al Secreto de las Comunicaciones”**; proveído por http://www.cannabismagazine.es/digital/index.php?option=com_content&task=view&id=143&Itemid=44.

MARTÍNEZ BOIX, JOSÉ VICENTE; **“La Intervención de las Comunicaciones Telefónicas, Postales y Telegráficas”**; extraído el 27 Septiembre de 2010 de <http://www.mbdetectives.es/La%20intervención%20de%20las%20comunicaciones%20telefónicas,%20postales%20y%20telegráficas.pdf>.

MAYO GENOVÉS, TERESA; **“Restricción del Derecho al Secreto de las Comunicaciones”**, proveído por http://www.icalba.com/.../RESTRICCION_DEL_DERECHO_AL_SECRETO_DE_LAS_COMUNICACIONES.doc.

MORENO CASTILLO, MARÍA ASUNCIÓN; **“Las Intervenciones de las Comunicaciones Telefónicas y la interceptación de Comunicaciones Escritas, Telegráficas y Electrónicas como Medios de Prueba en el Nuevo Proceso Penal”**, Revista de Derecho; Universidad Centroamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Nicaragua; extraído el 10 Julio de 2010 de http://enj.org/portal/biblioteca/penal/la_prueba_proceso_penal/14.pdf.

OBÓN DÍAZ, ALBERTO; **“La Intervención Telefónica y su Adecuación al Paradigma Constitucional; Derecho Procesal Penal”**; Noticias Jurídicas; 2004 extraído el 27 Noviembre 2010 de <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/47/31>.

REBOLLO DELGADO, LUCRECIO; **“El Secreto de las Comunicaciones: Problemas Actuales”**; Revista de Derecho Político, número. 48-49, 2000, págs. 357; proveído por <http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned :Derechopolitico-2000-48-49-129603AD&dsID=PDF>.

RODRÍGUEZ TURCIOS, OTILIO Y TORRES MEDINA, MARÍA JOSÉ; **“Historia de las Telecomunicaciones: De los orígenes a 1992 y de 1993 a 2002”**; extraído el 05 Agosto 2010 de <http://www.ahciet.net/historia/pais.aspx?id=10141&ids=10673>.

ROZAS OLIVERA, HORTENCIA; **“El Secreto, La Inviolabilidad de las Telecomunicaciones y La protección de Datos de Los Abonados de Telefonía Fija: a propósito de la resolución N° 004-2004-cd/osiptel”**; Revista Peruana de Derecho de la Empresa, proveído por <http://www.teleley.com/revistaperuana/8hortencia57.pdf>.

RUSSO, JOSEFINA; **“Inconstitucionalidad de la Intervención Telefónica”**; proveído por Revista Electrónica Cartapacio de Derecho. ISSN 1850-0722 vol. 5 2003 3 ensayo <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewfile/47/31>.

SOSA, MARÍA JULIA, **“Intervenciones y Escuchas Telefónicas. Requisitos que deberían tenerse en cuenta en nuestra legislación para ser aplicadas por nuestros Tribunales en consonancia con la Constitución Nacional, Tratados Internacionales y Jurisprudencia Internacional”**, extraído el 20 Julio 2010, de <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/escuchas.htm>; página vinculada a

<http://www.terragnijurista.com.ar/index.htm>, la cual es propiedad de Marco Antonio Terragni, Profesor de Derecho Penal; Argentina.

ZAMORA JIMÉNEZ, ARTURO, “**Bien Jurídico y Consentimiento en el Derecho Penal, Letras Jurídicas Núm. 6**”, España, 2008.

JURISPRUDENCIA NACIONAL.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; Sección de Publicaciones de La Corte Suprema de Justicia, “**Líneas y Criterios Jurisprudenciales, Sala de lo Penal: 2002-2004**”; Primera Edición. El Salvador, 2006.

Sentencia de la Sala de Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del 16-VI-1999; **Proceso Constitucional de Amparo Ref. 12-D-96**, Considerando II N° 1.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, del 14/09/2000; **Proceso Constitucional de Habeas Corpus Ref. 255-2000**; normativa aplicada Art. 24 y 193 Cn.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, del 24/02/2003; **Proceso Constitucional de Habeas Corpus Ref. 249-2002**; normativa aplicada Art. 20 Cn.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, del 02/03/2004; **Proceso Constitucional de Amparo Ref. 118-2002**; normativa aplicada Art. 2 Cn.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; del 10/IX/90 en el **Proceso de Inconstitucionalidad Ref. 2-89**.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, del 16/05/2008; Acumulado, del **Proceso Constitucional de Habeas Corpus Ref. 135- 2005/32 - 2007**; normativa aplicada: Art. 126 núm. 6° CPr.Pn, relacionado con el Art. 24 Cn.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; del 23 – III – 2001, considerando VI N° 1; dictada en el **Proceso de Inconstitucionalidad con Ref. 8 – 97**.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; de 23 – IV – 2001, dictada en el **Proceso de Inconstitucionalidad Ref. 15 – 95 citada en el Considerando 4 2.1 del proceso de Habeas Corpus Ref. 135-2005 acumulado a la Ref. 32 – 2007 del 16 – V – 2008**.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del **Proceso de Inconstitucionalidad V-99, del 20 – VII – 1999**, considerando V N° 1.

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

Autos del Tribunal Supremo de España del 18 de junio de 1992.

Auto emitido por el STS de España el 18 de junio de 1992, en el Caso Naseiro.

Auto del Tribunal Supremo Español de 18 de junio de 1992.

Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de España, del 11 de Abril de 1987.

Sentencia del Tribunal Supremo de España 102/1998, de 3 de febrero (Sr. Puerta Luis).

Sentencias del Tribunal Supremo de España de 25 de junio de 1993.

Sentencia del Tribunal Supremo de España del 25 de marzo, 18 de abril y 12 de septiembre de 1994.

Sentencia del Tribunal Supremo de España del 22 de enero y 20 de diciembre de 1996.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 16-12-1996, de España.

Sentencia del Tribunal Supremo de España del 2 diciembre 1997.

Sentencia del Tribunal Supremo de España de 30 de diciembre de 1995.

Sentencia del Tribunal Supremo de España de 25 de marzo de 1994.

Sentencia del Tribunal Supremo Español (SSTS 18 de junio y 15 de julio de 1993).

Sentencia del Tribunal Supremo Español 299/2000.

Sentencia del Tribunal Constitucional Español del 14 de mayo de 1987.

LEGISLACIÓN NACIONAL

Constitución de la República de El Salvador, Ver D.L N° 38, D. O 234, Tomo 281 de Fecha 16 diciembre de 1983.

Reforma Constitucional, Ver Acuerdo Legislativo N° 5, D. O. N° 88, Tomo 383, de Fecha 15 Mayo de 2009.

Código Penal, Ver D.L N° 904, D.O N° 11, Tomo 334, de Fecha 20 de enero de 1997.

Código Procesal Penal Derogado, Ver D.L. N° 904, D.O. N° 11 Tomo 334, de Fecha 20 de enero de 1997.

Código Procesal Penal Vigente, Ver D. L N° 733, D.O N° 20; Tomo 382, de Fecha 30 de Enero de 2009.

Ley Especial para la Intervención a las Telecomunicaciones Ver D.L. N° 285 D. O. N° 51, Tomo N° 386, de Fecha 15 de Marzo de 2010.

Ley de Telecomunicaciones Ver D.L. 142, D.O. N° 218, Tomo 337, de Fecha 21 de noviembre de 1997.

Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República, Ver D.L. 1037, D.O. 95, Tomo 371 de Fecha 25 de Mayo de 2006.

Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil, Ver D.L. 653, D.O. 240, Tomo 353.

ANEXO Nº 1

GUÍA DE ENTREVISTA

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS



EL DERECHO A LA INTIMIDAD SU LIMITABILIDAD Y PROTECCIÓN EN EL MARCO NORMATIVO

DE LA LEY ESPECIAL PARA LA INTERVENCIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES

GUÍA DE ENTREVISTA

Elaborado por:

Miranda Chicas, Verónica Beatriz

Molina González, Francis Arístides

Rodas Ayala, Aurora Elizabeth

Objetivo:

Determinar cómo se protege y cómo se limita el Derecho a la Intimidad en el Marco Normativo de la Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones.

Nombre: _____.

Edad: _____.

Profesión: _____.

Hora de Inicio: _____. Hora de finalización: _____.

Lugar: _____.

PREGUNTAS.

1. ¿Cuál es el elemento innovador de la Intervención de las telecomunicaciones en la investigación del delito?
2. ¿Considera usted, que los principios enunciados en el Artículo 2 de la Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones son coherentes con el Principio Constitucional del Debido Proceso?
3. A su criterio, ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la Intervención de las Telecomunicaciones, según la Ley especial que la regula?
4. Desde su punto de vista, en la Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones se cumplen los requisitos generales de limitabilidad de los Derechos Fundamentales al restringir el Derecho a la Intimidad:

5. Según el Artículo 6 de la citada Ley, las condiciones previas para la aplicación de la Intervención de las Telecomunicaciones son: la investigación y los elementos de juicio. Considera usted ¿Qué éstos elementos son suficientes para solicitar la medida? ¿Por qué?
6. Según su criterio, ¿Cuál es el fundamento de atribuirle a los jueces de Instrucción el poder autorizar la Intervención de las Telecomunicaciones?
7. Una vez autorizada la medida, ¿Cómo deberá ser valorada la Intervención de las Telecomunicaciones al ser incorporada al Proceso Penal?
8. Podría entonces afirmar que la Intervención de las Telecomunicaciones es suficiente para decretar la Detención Provisional de la persona afectada por dicha medida:
9. ¿Cómo se garantiza la Protección del Derecho a la Intimidad en la Ejecución de la medida?
10. Podría decirnos ¿Cuáles son los mecanismos de protección respecto del Derecho a la Intimidad que existen en la Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones
11. ¿Cómo garantiza la Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones el Derecho a la Intimidad de la persona afectada con la medida, antes que tenga acceso al material incorporado al proceso penal?
12. ¿Quién es el ente encargado de garantizar que no se vulnere el Derecho a la Intimidad y al secreto de las Comunicaciones del tercero afectado con la medida?
13. ¿Por qué la citada ley no considera vinculantes los informes que rendirá el director del Centro y el Procurador de Derechos Humanos ante la Asamblea Legislativa en caso que se vulnere el Derecho al Intimidad y al Secreto de las Comunicaciones?

ANEXO Nº 2

Nombre: **LEY ESPECIAL PARA LA INTERVENCIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES**

Materia: Derecho Penal Categoría: **Derecho Penal**

Origen: **ORGANO LEGISLATIVO** Estado: **VIGENTE**

Naturaleza : **Decreto Legislativo**

Nº: **285**

Fecha: **18/02/2010**

D. Oficial: **51**

Tomo: **386**

Publicación DO: **15/03/2010**

Reformas: **S/R**

Comentarios: **La presente Ley establece la intervención de las telecomunicaciones como un instrumento útil en la persecución del delito, en particular la criminalidad organizada, estando su utilización resguardada por garantías que eviten abusos contra la intimidad de las personas.**

Contenido:

DECRETO No. 285

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR,

CONSIDERANDO:

I. Que de acuerdo a los artículos 2 de la Constitución, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos nadie puede ser objeto de injerencias ilegales, arbitrarias o abusivas en su vida privada y la de su familia, y toda persona tiene derecho a la protección contra esas injerencias o ataques.

II. Que entre los instrumentos o herramientas de persecución penal que se consideran más eficaces en la lucha contra la delincuencia grave, organizada y transnacional se encuentra la posibilidad de intervenir las telecomunicaciones como limitación legítima, necesaria, proporcionada y razonable del derecho constitucional al secreto de las comunicaciones, en el ámbito del derecho fundamental a la intimidad.

III. Que mediante el Acuerdo de Reforma Constitucional No. 5, de fecha 29 de abril, publicado en el Diario Oficial No. 88, Tomo No. 383, de fecha 15 de mayo, ratificado por Decreto Legislativo No. 36, del 27 de mayo, publicado en el Diario Oficial No. 102, Tomo No. 383, del 4 de junio, todas las fechas de 2009, se reformó el artículo 24 de la Constitución a fin de permitir excepcionalmente la intervención temporal de las telecomunicaciones, previa autorización judicial motivada, para la investigación de los delitos que una Ley Especial determine.

IV. Que la citada reforma constitucional obliga a adoptar una Ley Especial que desarrolle sus contenidos, con adecuadas regulaciones que equilibren el respeto del derecho al secreto de las comunicaciones con la eficacia en la investigación del delito.

V. Que la intervención de las telecomunicaciones constituye un instrumento útil en la persecución del delito, en particular la criminalidad organizada, pero su utilización debe estar resguardada por garantías que eviten abusos contra la intimidad de las personas.

POR TANTO, en uso de sus facultades constitucionales y a iniciativa de los Diputados: José Antonio Almendáriz Rivas, Raúl Omar Cuéllar, Ricardo Bladimir González, Benito Antonio Lara Fernández, Ramón Aristides Valencia Arana, María Margarita Velado Puentes, Jaime Gilberto Valdez Hernández, Federico Guillermo Ávila Qüehl, Mario Eduardo Valiente Ortiz, Roberto José d'Aubuisson Munguía, Guillermo Antonio Gallegos Navarrete, Erik Mira Bonilla, José Rafael Machuca Zelaya y Rodolfo Antonio Parker Soto.

DECRETA, la siguiente:

LEY ESPECIAL PARA LA INTERVENCIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES

CAPITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Secreto de las telecomunicaciones. Intervención

Art. 1. Se garantiza el secreto de las telecomunicaciones y el derecho a la intimidad. De manera excepcional podrá autorizarse judicialmente, de forma escrita y motivada, la intervención temporal de cualquier tipo de telecomunicaciones, preservándose en todo caso el secreto de la información privada que no guarde relación con la investigación o el proceso penal. La información proveniente de una intervención ilegal carecerá de valor.

Principios de aplicación

Art. 2. En la aplicación de la presente Ley regirán especialmente los siguientes principios:

a) **Jurisdiccionalidad:** Sólo podrán intervenir las telecomunicaciones previa autorización judicial, escrita y debidamente motivada, en los términos de la presente Ley.

b) **Proporcionalidad:** La intervención de las telecomunicaciones tendrá carácter excepcional y sólo podrá recurrirse a ella cuando resulte útil para una investigación penal y se justifique suficientemente la necesidad de la medida, siempre que no existan otras formas menos gravosas a las cuales recurrir para la averiguación de los delitos previstos en esta Ley.

- c) **Reserva y confidencialidad:** El procedimiento de intervención de las telecomunicaciones será reservado y la información privada ajena a la investigación será estrictamente confidencial.
- d) **Temporalidad:** La intervención se mantendrá durante el tiempo autorizado por el juez.
- e) **Limitación Subjetiva:** La intervención debe recaer únicamente sobre las telecomunicaciones y medios de soporte de las personas presuntamente implicadas en el delito, ya sean sus titulares o usuarios habituales o eventuales, directa o indirectamente, incluidas las telecomunicaciones por interconexión. La intervención también puede recaer sobre aparatos de telecomunicaciones y otros medios de soporte abiertos al público.

Interpretación restrictiva

Art. 3. En caso de duda sobre su sentido, la presente Ley deberá ser interpretada en el sentido más favorable a la protección de los derechos a la vida privada, la intimidad personal y el secreto de las telecomunicaciones. Por lo que las disposiciones legales que los limiten serán interpretadas restrictivamente.

Definiciones

Art. 4. Para los efectos de esta Ley se entenderá por:

- a) **Telecomunicaciones:** Cualquier tipo de transmisión, emisión, recepción de signos, símbolos, señales escritas, imágenes, correos electrónicos, sonidos o información de cualquier naturaleza por hilos, radioelectricidad, medios ópticos u otro sistema electromagnético, quedando comprendidas las realizadas por medio de telefonía, radiocomunicación, telegrafía, medios informáticos o telemáticos, o de naturaleza similar.
- b) **Intervención:** Mecanismo por el cual se escucha, capta y registra por la autoridad una comunicación privada que se efectúa mediante cualquier forma de telecomunicación, sin el consentimiento de sus participantes.
- c) **Medio de soporte:** Es el utilizado para la transmisión, emisión, recepción o almacenamiento de cualquier tipo de telecomunicación.
- d) **Encriptación o cifrado:** Sistema mediante el cual, con la ayuda de técnicas diversas o programas informáticos, se cifra o codifica determinada información con la finalidad de volverla inaccesible o ininteligible a quienes no se encuentran autorizados para tener acceso a ella.
- e) **Operador de Redes Comerciales de Telecomunicaciones, que podrá abreviarse Operador:** Persona natural o jurídica que ofrece uno o más servicios comerciales de telecomunicaciones.

En todo caso, para entender el contenido de un concepto técnico o especializado en materia de telecomunicaciones, se estará a lo dispuesto en los Pactos, Tratados, Convenios y Acuerdos internacionales y en las leyes relativas a las telecomunicaciones.

CAPITULO II

DEL PROCEDIMIENTO

Delitos de procedencia

Art. 5. Únicamente podrá hacerse uso de la facultad de intervención prevista en esta Ley en la investigación y el procesamiento de los siguientes delitos:

- 1) Homicidio y su forma agravada.
- 2) Privación de libertad, Secuestro y Atentados contra la Libertad Agravados.
- 3) Pornografía, Utilización de personas menores de dieciocho años e incapaces o deficientes mentales en pornografía, y Posesión de pornografía.
- 4) Extorsión.
- 5) Concusión.
- 6) Negociaciones Ilícitas.
- 7) Cohecho Propio, Impropio y Activo.
- 8) Agrupaciones Ilícitas.
- 9) Comercio de Personas, Tráfico Ilegal de Personas, Trata de Personas y su forma agravada.
- 10) Organizaciones Internacionales delictivas.
- 11) Los delitos previstos en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas.
- 12) Los delitos previstos en la Ley Especial contra Actos de Terrorismo.
- 13) Los delitos previstos en la Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos.
- 14) Los delitos cometidos bajo la modalidad de crimen organizado en los términos establecidos en la ley de la materia.
- 15) Los delitos previstos en la presente Ley.
- 16) Los delitos conexos con cualquiera de los anteriores. A los efectos de este numeral se entiende como conexo aquel delito cometido para perpetrar o facilitar la comisión de otro de los previstos anteriormente o para procurar al culpable o a otros el provecho o la impunidad.

En ningún caso la intervención procederá cuando el delito investigado sea menos grave, salvo en caso de conexidad.

Condiciones previas de aplicación

Art. 6. Para que la medida de intervención pueda ser solicitada y aplicada, deberán cumplirse las siguientes condiciones:

- a) **Investigación:** Debe existir un procedimiento de investigación de un hecho delictivo; y
- b) **Elementos de juicio:** Las investigaciones deben señalar la existencia de indicios racionales que se ha cometido, se está cometiendo o está por cometerse un hecho delictivo de los enunciados en el artículo anterior.

Autoridad facultada para solicitar la intervención

Art. 7. El Fiscal General de la República será la única autoridad facultada para solicitar la intervención de las telecomunicaciones directamente o a través del Director del Centro de Intervención.

Juez competente

Art. 8. La intervención de las telecomunicaciones será autorizada por cualquiera de los jueces de instrucción con residencia en San Salvador.

La Corte Suprema de Justicia creará un sistema de turnos de los jueces de instrucción, a efecto de que se encuentren disponibles fuera de los días y horas hábiles.

Contenido de la solicitud

Art. 9. La solicitud para la intervención de las telecomunicaciones contendrá:

- a) La indicación detallada de las personas cuyas telecomunicaciones serán objeto de intervención, en caso que se conozcan los nombres. Cuando se desconozca la identidad de la persona deberá explicarse esta circunstancia, y en cuanto sea posible aportarse elementos mínimos para su individualización.
- b) La descripción del hecho, actividades que se investigan y diligencias en que se funda, las que deberán ser presentadas, con indicación de la calificación legal del delito o delitos por los que se petitiona la intervención.
- c) Los datos que identifican el servicio de telecomunicación a ser intervenido, tales como números de teléfonos, frecuencias o direcciones electrónicas, incluyendo la información referente a los aparatos y dispositivos empleados para brindar el servicio, o cualesquiera otros datos que sean útiles para determinar la clase de telecomunicación que se pretende intervenir.
- d) Los datos y la colaboración que sean necesarios para la intervención.
- e) El plazo de duración de la intervención.
- f) La designación del fiscal responsable de la intervención, o del caso y el facultado para recibir notificaciones.

Autorización

Art. 10. El juez mediante resolución motivada decidirá sobre la autorización de la intervención de las telecomunicaciones en el plazo más breve posible atendidas las circunstancias, el cual no excederá de veinticuatro horas.

En caso de autorizar la intervención, el juez fijará las condiciones y plazo en que debe realizarse, indicando las personas afectadas, los datos del servicio de telecomunicación a ser intervenido y su fecha de finalización; así como los períodos en los cuales será informado por el fiscal del desarrollo de la investigación.

En el curso de la investigación podrá ampliarse la solicitud y la autorización de la intervención a otras personas, delitos o servicios de telecomunicación. La petición respectiva se resolverá en el plazo y forma indicados para la solicitud original de intervención.

Recurso

Art. 11. La resolución judicial admitirá recurso de apelación por parte del fiscal siempre que cause agravio, en el término de veinticuatro horas contadas desde la notificación. Interpuesto el recurso, el Juez deberá remitir los autos sin más trámite ante la Cámara competente.

La Cámara deberá resolver el recurso, con la sola vista de los autos, en el plazo más breve posible atendidas las circunstancias, el cual no excederá de cuarenta y ocho horas contadas a partir de su recepción.

La Corte Suprema de Justicia organizará un sistema de turnos en el que determinará la competencia de las Cámaras de Segunda Instancia, a fin de que se encuentren disponibles fuera de los días hábiles.

Plazo

Art. 12. La intervención de las telecomunicaciones se autorizará por plazos no superiores a tres meses, que podrán prorrogarse hasta por tres períodos más.

Sólo podrán autorizarse nuevos plazos si se presenta una nueva solicitud fiscal con todos los requisitos previstos por esta Ley y con justificación suficiente de la necesidad de la prórroga. Dicha petición será resuelta en el tiempo previsto para la solicitud original.

La solicitud de prórroga deberá presentarse cinco días antes de que venza el plazo autorizado. La autorización de la prórroga se hará mediante una nueva resolución motivada.

La denegación de la prórroga o sus condiciones admitirá apelación en los términos establecidos en esta Ley.

Vencido el plazo sin autorización de prórroga, cesará inmediatamente la intervención.

Ejecución de la intervención

Art. 13. La ejecución de la intervención de las telecomunicaciones será realizada por la Fiscalía General de la República, con la colaboración de la Policía Nacional Civil, sin hacer discriminación del material grabado.

Se grabarán y conservarán íntegramente y sin ediciones las telecomunicaciones de la persona o personas investigadas, mediante los mecanismos que la técnica señale y conforme a la autorización judicial.

La copia y transcripción deberán contener no sólo los hechos y circunstancias de cargo sino también los que sirvan para descargo del imputado.

Deberá quedar constancia de la identidad y actuaciones de personal ajeno al Centro de Intervención que colaboren en la ejecución de la medida, ya sean policías, fiscales, peritos permanentes o accidentales, y en todo caso, la identidad de toda persona autorizada para ingresar a dicho Centro.

Durante la realización de la intervención de telecomunicaciones, se dejará constancia de las instrucciones recibidas por el fiscal.

Las telecomunicaciones que se realicen en idioma que no fuere el castellano o cualquier otra forma de lenguaje, deberán ser traducidas o interpretadas; para ello el fiscal, aplicando lo prescrito en las leyes procesales penales, se auxiliará de los peritos que fueren necesarios.

Documentación

Art. 14. El fiscal documentará todas las actuaciones en un expediente. Al concluir la intervención se remitirá al juez autorizante un informe final de la misma en el término de tres días hábiles.

Control judicial de la intervención

Art. 15. El juez autorizante deberá controlar que la intervención se desarrolle de conformidad con la presente Ley y las condiciones establecidas en la resolución.

En caso que el juez constate que se han transgredido las condiciones o requisitos para la intervención, valorará el cese de la misma de acuerdo a las circunstancias expresadas. La decisión que se adopte será apelable de acuerdo a lo establecido en la presente Ley.

Finalización anticipada

Art. 16. La medida deberá concluir a instancia del fiscal o del juez autorizante cuando se logre el objetivo para el cual ha sido autorizada la intervención, o resulte no idónea, innecesaria, desproporcionada o imposible de ejecutar.

Cuando proceda, el fiscal presentará inmediatamente un informe final para que se disponga la finalización formal de la intervención, la cual se resolverá por auto.

Cadena de custodia

Art. 17. Para el resguardo del material obtenido se aplicarán las reglas generales sobre la cadena de custodia. Todo el material será numerado de forma progresiva, conteniendo los datos necesarios para su identificación.

El Centro de Intervención será responsable directo de la custodia del material obtenido, para lo cual deberá establecer un registro inalterable de acceso a tal material.

Prohibición de edición del material

Art. 18. Se prohíbe la edición del material obtenido durante las intervenciones de las telecomunicaciones; sin perjuicio de las copias autorizadas por esta Ley.

Reserva.

Art. 19. El procedimiento de intervención será completamente reservado. El juez autorizante, el fiscal y el personal del Centro de Intervención, así como los miembros de la Policía Nacional Civil que participen de las investigaciones tendrán especial responsabilidad para el cumplimiento de la reserva.

También se mantendrá estricto secreto sobre el contenido del material que no sea útil a la investigación.

Documentación judicial del procedimiento

Art. 20. El juez autorizante deberá documentar el procedimiento de intervención en un expediente que será reservado. Dicho expediente se registrará en forma codificada, en un libro especial que deberá mantenerse en reserva. Lo anterior será aplicable a los libros de las Cámaras que conozcan de la impugnación de las decisiones en materia de intervención de las telecomunicaciones.

El expediente será resguardado en el Centro de Intervención, bajo la responsabilidad de su Director. En consecuencia, las actuaciones posteriores por parte del juez autorizante a que se refiere la presente Ley, deberán ser realizadas en la sede del Centro.

Si fuere necesaria una intervención de las telecomunicaciones durante la fase de instrucción formal, el fiscal deberá solicitar la autorización conforme a las reglas de esta Ley. Si la intervención fuere autorizada, se abrirá un expediente separado que deberá ser remitido al Centro de Intervención para su resguardo, mantenerse en secreto y no agregarse al expediente principal hasta que haya cesado la intervención y se hayan anexado los resultados obtenidos. El defensor tendrá acceso a la grabación íntegra, copia y transcripciones de la intervención cuando hayan sido incorporados al proceso, salvo que el juez autorice mantener el secreto de la diligencia por un plazo que no excederá de diez días.

Material no descodificado

Art. 21. Si el material grabado en el transcurso de la intervención no ha podido ser traducido o interpretado, total o parcialmente, por encriptación, protección por contraseñas u otra razón similar, el Centro de Intervención conservará el material hasta su traducción o interpretación. El fiscal indicará en detalle tal circunstancia al juez autorizante; entregándole la grabación íntegra de dicho material.

Una vez revelado el material, el fiscal remitirá una copia de éste al juez autorizante.

Validez en caso de delitos conexos y descubrimiento casual de otros delitos

Art. 22. Si durante la intervención de las telecomunicaciones se descubre la comisión de delitos conexos a los delitos investigados que le dieron origen, la prueba obtenida será valorada de conformidad a las reglas de la sana crítica.

Si mediante la intervención de las telecomunicaciones se descubre casualmente la comisión de otros delitos objeto de la presente Ley, se podrá solicitar ampliación de la autorización judicial respecto de los mismos, dentro de las setenta y dos horas siguientes a partir del registro de la telecomunicación; debiendo aplicarse en todo caso lo prescrito en el Código Procesal Penal en cuanto a la legalidad de la prueba.

De ser procedente, el juez dictará resolución motivada sobre la procedencia de la ampliación de la medida y valorará la acumulación de los expedientes de intervención o su tramitación separada, en todo caso ante su misma autoridad.

No tendrán validez como prueba la información obtenida respecto de delitos excluidos totalmente de la aplicación de la presente Ley y que no sean conexos, la cual únicamente servirá como noticia criminal.

Destrucción de Oficio

Art. 23. Finalizado el procedimiento de intervención, si la Fiscalía no hubiese presentado requerimiento en el plazo de seis meses, el juez autorizante, previo informe que deberá remitirse sobre esa situación, ordenará la destrucción de toda la grabación y sus transcripciones.

CAPITULO III

INCORPORACION AL PROCESO JUDICIAL

Remisión al juez del proceso

Art. 24. Con el requerimiento fiscal, se solicitará al juez de la causa, cuando proceda, que requiera el expediente judicial de la intervención. El juez autorizante ordenará al Centro la remisión del expediente original o copia certificada, según el caso, a más tardar dentro de las veinticuatro horas de recibida la petición.

El juez que autorice la intervención no deberá conocer de la instrucción en los procesos penales donde se incorpore la intervención de las telecomunicaciones que haya autorizado.

Durante el procedimiento de intervención de las telecomunicaciones se suspenderán los plazos para la presentación del requerimiento fiscal a que se refiere la legislación procesal penal.

Publicidad de la intervención

Art. 25. Una vez entregado el expediente judicial de la intervención al juez competente el mismo será público, excepto que resulten aplicables las reglas generales de reserva del proceso penal y en todo caso las partes mantendrán estricto secreto sobre el contenido del material que no interesa a la investigación.

Acceso al material por la defensa

Art. 26. Incorporado al proceso penal el expediente judicial de la intervención, la defensa tendrá acceso completo e irrestricto al mismo. La reproducción del material para el uso de la defensa correrá bajo su cargo, salvo en el caso de la Procuraduría General de la República.

Destrucción del material ajeno

Art. 27. Las partes podrán acordar la destrucción del material grabado que no interesa a los efectos del proceso penal, el cual deberán identificar expresamente. En este caso, el juez competente ordenará la destrucción de los pasajes pertinentes de su propia grabación, solicitando la asistencia del Centro de Intervención.

Incorporación y valoración

Art. 28. Las pruebas recabadas durante la intervención de las telecomunicaciones serán producidas en el proceso de acuerdo a lo prescrito en las leyes respectivas y valoradas de conformidad a las reglas de la sana crítica.

La grabación íntegra de la intervención será considerada prueba documental. Las transcripciones sólo tendrán valor cuando las partes hayan convenido sobre las mismas mediante el mecanismo de la estipulación, en tal caso se podrá omitir la reproducción de la grabación íntegra.

Las voces provenientes de una telecomunicación intervenida podrán ser cotejadas mediante pericia y podrán ser incorporadas en el proceso penal como prueba de la identidad de uno o algunos de los participantes.

CAPITULO IV

CENTRO DE INTERVENCION DE LAS TELECOMUNICACIONES

Creación del Centro

Art. 29. Créase el Centro de Intervención de las Telecomunicaciones como un ente adscrito a la Fiscalía General de la República, el cual se denominará el "Centro" o "Centro de Intervención".

Este Centro será el encargado de ejecutar las intervenciones de las telecomunicaciones autorizadas por los jueces, en estricta aplicación de lo prescrito en la presente Ley.

El Centro contará con un presupuesto especial que será agregado al de la Fiscalía General de la República.

El Estado por medio del Ministerio de Hacienda deberá otorgar los fondos para la fundación, funcionamiento y desarrollo permanente del Centro.

Funcionamiento del Centro

Art. 30. El Centro funcionará ininterrumpidamente y deberá contar con las plataformas tecnológicas necesarias para garantizar la intervención de las telecomunicaciones autorizada por resolución judicial; las cuales deberán ser compatibles con los sistemas de los operadores y respetar los estándares y especificaciones técnicas vigentes.

Para los efectos indicados, los operadores tendrán la obligación de adecuar o complementar sus sistemas para permitir y mantener la conectividad con las plataformas del Centro.

El Centro podrá establecer unidades móviles, si la técnica o la eficacia de su funcionamiento lo hacen necesario.

El Centro deberá resguardar debidamente y sin editar las grabaciones de las telecomunicaciones intervenidas.

Cuando corresponda la destrucción de las grabaciones de telecomunicaciones intervenidas de conformidad a lo establecido en la presente Ley, el Centro procederá a ello, acto del cual se informará al juez de la causa.

Es obligación del Fiscal General de la República en coordinación con el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, elaborar el Protocolo de Funcionamiento del Centro de Intervención en cuanto a la fiscalización periódica y auditoría del mismo.

Director y personal del Centro

Art. 31. El Director, los funcionarios y el personal técnico del Centro de Intervención serán nombrados por el Fiscal General de la República, y salvo el personal de informática y mantenimiento del equipo, estarán comprendidos en la carrera fiscal.

El Director del Centro deberá ser salvadoreño por nacimiento, mayor de treinta y cinco años, profesional con título universitario, tener capacitación en telecomunicaciones o áreas afines, con un mínimo de tres años de la carrera fiscal, moralidad notoria, no poseer antecedentes penales ni policiales, estar en el pleno ejercicio de los derechos de ciudadano y haberlo estado en los cinco años anteriores al ejercicio del cargo.

Los funcionarios y el personal técnico deberán tener la acreditación universitaria o técnica pertinente, no poseer antecedentes penales ni policiales, estar en el pleno goce de sus derechos de ciudadano y haberlo estado en los cinco años anteriores al ejercicio del cargo.

El Centro deberá contar con la colaboración de miembros de la Policía Nacional Civil, quienes deberán ser propuestos al Fiscal General de la República por el Director de la Policía Nacional Civil y ser designados por el Fiscal para laborar en el Centro. Asimismo estar adscritos a unidades especializadas de la misma, tener la acreditación universitaria o técnica pertinente, ser de comprobada probidad y capacidad, no poseer antecedentes penales ni policiales, ni haber sido condenado por violación a derechos humanos y no deberán haber sido objeto de condena por faltas graves o muy graves de acuerdo a la Ley Disciplinaria Policial.

Los oficiales y agentes de la Policía Nacional Civil en cuanto cumplan actos de intervención al servicio del Centro actuarán bajo el control del fiscal, sin perjuicio de la autoridad administrativa a la que estén sometidos.

En caso de mal desempeño de sus funciones, los miembros de la Policía podrán ser separados inmediatamente de sus actividades en el Centro, por decisión del Fiscal General.

El funcionamiento y seguridad del Centro de Intervenciones, como la selección y fiscalización permanente, tanto del Director, funcionarios, personal y miembros de la Policía Nacional Civil que elabore en el mismo, estará normado en un reglamento que para tal efecto deberá elaborar el Fiscal General.

Eficacia de las intervenciones

Art. 32. Los operadores deberán, acatar las órdenes técnicas del Director del Centro, a fin de intervenir eficazmente las telecomunicaciones autorizadas por el juez competente.

Cuando por aspectos técnicos, los operadores estimen que no es posible cumplir la orden del Director del Centro se lo comunicarán así por escrito en el plazo máximo de veinticuatro horas, indicando las razones respectivas. Si el Director del Centro estima que las razones no son atendibles, elaborará un informe y lo remitirá en el menor tiempo posible al Superintendente General de Electricidad y Telecomunicaciones, quien sin más trámite y dentro de cuarenta y ocho horas resolverá si procede ejecutar la orden respectiva por parte del operador. La resolución que se emita no admitirá recurso alguno.

Fiscalización

Art. 33. El Centro llevará un registro inalterable conforme la técnica lo indique de todas las intervenciones que realice mediante autorización judicial.

El Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos deberá designar personal idóneo para que practique anualmente una auditoría a las actividades del Centro y remitirá el informe respectivo a la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales de la Asamblea Legislativa. También procederá a realizar auditorías específicas si lo estimare conveniente, de oficio o cuando mediare una denuncia sobre la violación del derecho a la intimidad o secreto de las telecomunicaciones. En esos casos las auditorías específicas se anexarán al informe general.

En estos supuestos, los funcionarios de la Procuraduría estarán obligados a guardar especial reserva sobre la información que obtengan en ejercicio de esta facultad de fiscalización.

La Fiscalía General de la República deberá brindar la colaboración necesaria para los efectos antes indicados.

Los informes y resoluciones de la Procuraduría sobre el ejercicio de esta facultad sólo podrán hacerse públicos al comprobarse alguna de las infracciones previstas en la presente Ley.

CAPITULO V

INFRACCIONES PUNIBLES

Divulgación de material reservado

Art. 34. El que revele, divulgue o utilice en forma indebida la información obtenida en el curso de una intervención de telecomunicaciones autorizada, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años.

El que por culpa permitiere la revelación, divulgación o utilización de la información obtenida mediante una intervención de las telecomunicaciones será sancionado con prisión de seis meses a un año.

En cualquiera de los casos anteriores, si el responsable fuese funcionario, autoridad o empleado público o agente de autoridad se impondrá además la pena de inhabilitación para el desempeño del cargo o empleo público por igual período al de la pena de prisión impuesta.

Intervenciones ilícitas

Art. 35. El que realice una intervención de telecomunicaciones sin autorización judicial será sancionado con prisión de cinco a diez años. Si quien realizare la intervención fuere funcionario, autoridad o empleado público o agente de autoridad, se le impondrá además la pena de inhabilitación para el desempeño del cargo o empleo público por igual período al de la pena de prisión impuesta.

Uso de información proveniente de intervención ilícita

Art. 36. El que revele, divulgue o utilice de cualquier forma la información obtenida a partir de la comisión del delito señalado en el artículo anterior, será sancionado con pena de tres a seis años de prisión.

Daños en registros de intervención de telecomunicaciones

Art. 37. El que destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer, alterare o deteriorare la información obtenida mediante la intervención legal de las telecomunicaciones será sancionado con prisión de cuatro a ocho años. Si quien realizare cualquiera de las conductas anteriores fuere funcionario, autoridad o empleado público o agente de autoridad, se le impondrá además la pena de inhabilitación para el desempeño del cargo o empleo público por igual período al de la pena de prisión impuesta.

Captación de información de la intervención de telecomunicaciones

Art. 38. El que por cualquier medio evadiera cualquier medida tecnológica que controle el acceso a las bases, sistemas operativos o registros informáticos del Centro de Intervención o de los operadores cuando estén al servicio de la intervención, será sancionado con prisión de tres a seis años. Si en virtud del acceso se obtuviere información total o parcial sobre los procedimientos de intervención de las telecomunicaciones la pena impuesta se aumentará hasta en una tercera parte.

Si quien realizare cualquiera de las conductas anteriores fuere funcionario, autoridad o empleado público o agente de autoridad, se le impondrá además la pena de inhabilitación para el desempeño del cargo o empleo público por igual período al de la pena de prisión impuesta.

Importación o tenencia de equipos destinados a la intervención de las telecomunicaciones

Art. 39. El que sin autorización introduzca, importe o tenga en su poder equipos destinados a la intervención de las telecomunicaciones será sancionado con prisión de uno a cuatro años y comiso de los equipos objeto del delito.

Sanción por falta de colaboración

Art. 40. El incumplimiento de la obligación de adecuación o complementación de los sistemas por los operadores y del deber de éstos de garantizar la conectividad con el Centro serán consideradas faltas muy graves de conformidad con la Ley de Telecomunicaciones, y estarán sujetas al régimen de infracciones y sanciones así como a los procedimientos establecidos en la misma.

Causal de destitución

Art. 41. El cometimiento de las infracciones anteriores por parte de cualquier funcionario, empleado, autoridad pública o agente de autoridad será justa causa para la destitución de su cargo, previo el procedimiento establecido en el régimen de servicio que le fuere aplicable.

La imposición de las sanciones previstas en la presente Ley se hará sin perjuicio de otras responsabilidades penales o civiles en que incurran los infractores.

Indemnización

Art. 42. La intervención ilegal de las telecomunicaciones o la divulgación del material que no interesa a los efectos de la investigación o el proceso penal, dará lugar a la indemnización por daños y perjuicios, de los que responderá personalmente el servidor público infractor y subsidiariamente el Estado, en cuyo caso éste tendrá el derecho de repetición.

CAPITULO VI

DISPOSICIONES FINALES, TRANSITORIAS Y VIGENCIA

Colaboración

Art. 43. Todos los funcionarios, autoridades, empleados públicos, agentes de autoridad y los operadores están obligados a cooperar con la Fiscalía General de la República para el ejercicio de las funciones señaladas en esta Ley, cuando sea procedente.

De manera especial, los servidores públicos indicados están obligados a notificar a la Fiscalía la existencia de las infracciones y los delitos regulados en la presente Ley, lo que será informado también a la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos.

Exclusividad de importación de equipos

Art. 44. La Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones, previa consulta al Fiscal General de la República, tendrá la exclusividad para autorizar la importación de equipos o programas destinados a la intervención de las telecomunicaciones.

Prohibiciones técnicas

Art. 45. Se prohíbe la utilización de mecanismos que no permitan el registro de la identificación del emisor de la comunicación en los sistemas de los operadores, ya sea que la comunicación se origine localmente o en el extranjero.

Autorización por participantes

Art. 46. La grabación de telecomunicaciones autorizada por uno de los participantes legítimos en la comunicación, no será considerada intervención y podrá ser valorada como prueba conforme a las reglas generales.

Registros de llamadas telefónicas

Art. 47. Los fiscales en el desarrollo de una investigación penal podrán, previa resolución motivada, requerir de los operadores los informes relativos a los datos de registro de la línea o líneas telefónicas investigadas y los registros de llamadas, correos electrónicos y otros medios de telecomunicaciones, durante un período determinado así como los datos sobre el origen de las comunicaciones.

La información requerida deberá ser entregada por los operadores conforme a los siguientes plazos:

- a) Para los registros de línea se dispondrá de un plazo máximo de veinticuatro horas.
- b) Para los registros de llamadas y datos de origen de las comunicaciones, así como de correos electrónicos y otros medios de telecomunicaciones, se dispondrá de un plazo máximo de tres días hábiles, si la información se refiere a comunicaciones efectuadas en un período inferior a un año contado a partir de la fecha de la solicitud; de un plazo máximo de cinco días hábiles, cuando la información se refiera a comunicaciones realizadas en un período mayor de un año y menor de tres años contados a partir de la fecha de la solicitud; y de un plazo máximo de diez días hábiles si la información se refiere a comunicaciones efectuadas en un período mayor a tres años contados a partir de la fecha de la solicitud.

La Fiscalía deberá establecer las políticas y procedimientos necesarios para tramitar ante los operadores las solicitudes de información.

El incumplimiento de la entrega de la información será considerada falta grave de conformidad con la Ley de Telecomunicaciones, y estará sujeta al régimen de infracciones y sanciones así como a los procedimientos establecidos en la misma.

Los operadores estarán obligados a conservar todos los registros correspondientes por un plazo no menor de diez años.

Obligación de rendir informes

Art. 48. Anualmente el Fiscal General de la República deberá presentar a la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales de la Asamblea Legislativa un informe confidencial sobre el uso que se haya hecho de la facultad de intervención de las telecomunicaciones. La Comisión dictaminará lo que considere pertinente para conocimiento del Pleno Legislativo.

El informe deberá contener una valoración sobre el uso de las intervenciones, en particular los resultados obtenidos y los obstáculos enfrentados, así como las recomendaciones legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para mejorar la aplicación de la intervención de las telecomunicaciones en la investigación del delito.

No será exigible que el informe se refiera a datos concretos de una investigación en específico, excepto en los casos en los cuales se haya utilizado la intervención de las telecomunicaciones como medio de prueba en un proceso penal en el que exista sentencia firme.

Régimen de excepción

Art. 49. En caso de decretarse un régimen de excepción que suspenda la garantía del artículo veinticuatro de la Constitución de la República, el decreto legislativo que lo declare podrá ampliar los delitos a los que se podrá aplicar la intervención de las telecomunicaciones, pero se continuará respetando la garantía de autorización judicial previa y el procedimiento establecido en esta Ley.

Aplicación supletoria

Art. 50. En todo lo no previsto se aplicará supletoriamente el Código Procesal Penal, en tanto no contradiga los principios y la naturaleza de esta Ley.

Disposiciones transitorias

Art. 51. El Centro de Intervención iniciará operaciones a más tardar seis meses posteriores a la entrada en vigencia del presente Decreto. En dicho período, el Fiscal General de la República deberá coordinar con todos los operadores, a efecto de que éstos adecúen o complementen sus sistemas, para permitir la conectividad con las plataformas del mismo.

Art. 52. No será exigible el requisito de tener capacitación en telecomunicaciones o áreas afines para el Director, funcionarios y miembros de la Policía Nacional Civil del Centro de Intervención, a que hace referencia el Art. 31 de la presente Ley, mientras éstos no sean capacitados dentro de un plazo no mayor de seis meses contados a partir de la vigencia de esta Ley.

Vigencia

Art. 53. El presente decreto entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el Diario Oficial.

DADO EN EL SALÓN AZUL DEL PALACIO LEGISLATIVO. San Salvador, a los dieciocho días del mes de febrero de año dos mil diez.

CASA PRESIDENCIAL: San Salvador, a los doce días del mes de marzo del año dos mil diez.