



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

**La intervención telefónica: es una vulneración al
derecho de la intimidad o una técnica útil para
desarticular una organización criminal**

TESIS

Para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia
Política

AUTOR

Mg. Kelin Gloria CÁRDENAS SÁNCHEZ

ASESOR

Dr. Marcial Eloy PAUCAR CHAPPA

Lima, Perú

2023



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Cárdenas, K. (2023). *La intervención telefónica: es una vulneración al derecho de la intimidad o una técnica útil para desarticular una organización criminal*. [Tesis de doctorado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política/Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Metadatos complementarios

Datos de autor	
Nombres y apellidos	Kelin Gloria Cárdenas Sánchez
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	42037300
Datos de asesor	
Nombres y apellidos	Marcial Eloy Paucar Chappa
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	41318295
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0003-3908-2042
Datos del jurado	
Presidente del jurado	
Nombres y apellidos	Germán Small Arana
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	08105245
Miembro del jurado 1	
Nombres y apellidos	Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	09303846
Miembro del jurado 2	
Nombres y apellidos	Raúl Belealdo Pariona Arana
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	20060770
Miembro del jurado 3	
Nombres y apellidos	Raul Ernesto Martinez Huaman
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	41929473

Datos de investigación	
Línea de investigación	E.1.2.3. Derecho Procesal Penal
Grupo de investigación	No aplica.
Agencia de financiamiento	Sin financiamiento.
Ubicación geográfica de la investigación	<p>Universidad Nacional Mayor de San Marcos</p> <p>País: Perú Departamento: Lima Provincia: Lima Distrito: Cercado de Lima Avenida: Venezuela s/n cuadra 34, Latitud: 12°03'30''S Longitud: 77°05'00'O.</p>
Año o rango de años en que se realizó la investigación	Enero 2017 – enero 2021
URL de disciplinas OCDE	Derecho http://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.01 Derecho penal http://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.02



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
UNIDAD DE POST GRADO

ACTA DE EXAMEN DE GRADO DE DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

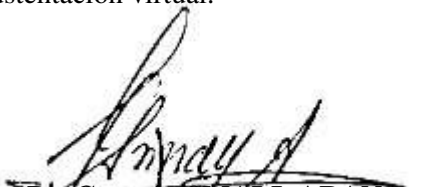
En la ciudad de Lima, a los trece días del mes de febrero del año dos mil veintitrés, siendo las diecisiete horas, bajo la Presidencia del Dr. German Small Arana, con la asistencia de los Profesores: Dr. Raúl Belealdo Pariona Arana, Dr. Marcial Eloy Paucar Chappa, Dr. Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre, Dr. Raul Ernesto Martinez Huaman y la postulante al Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política, **Mg. Kelin Gloria CÁRDENAS SÁNCHEZ**, procedió a hacer la exposición y defensa pública virtual de su tesis titulada: **“LA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA: ES UNA VULNERACIÓN AL DERECHO DE LA INTIMIDAD O UNA TÉCNICA ÚTIL PARA DESARTICULAR UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL”**.

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

Aprobado con calificación de muy bueno con la nota de diecisiete (17)

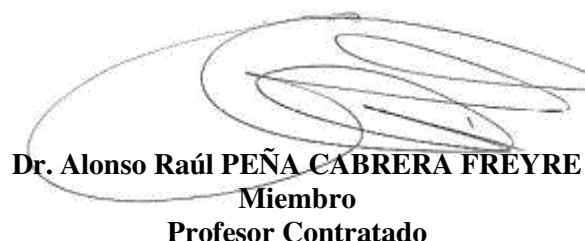
A continuación, el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política al **Mg. Kelin Gloria CÁRDENAS SÁNCHEZ**.

Se extiende la presente Acta en dos originales y siendo las dieciocho y cincuenta minutos horas, se dio por concluido el acto académico de sustentación virtual.


Dr. German SMALL ARANA
Presidente y Jurado Informante
Profesor Principal


Dr. Raúl Belealdo PARIONA ARANA
Jurado Informante
Profesor Asociado


Dr. Marcial Eloy PAUCAR CHAPPA
Asesor
Profesor Contratado


Dr. Alonso Raúl PEÑA CABRERA FREYRE
Miembro
Profesor Contratado


Dr. Raul Ernesto MARTINEZ HUAMAN
Miembro
Profesor Contratado

INFORME DE EVALUACIÓN DE ORIGINALIDAD N° 054-2023-UPGD

1. **FACULTAD:** FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA.
2. UNIDAD DE POSGRADO.
3. **DIRECTOR DE LA UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**
4. DR. FRANCISCO JOSÉ MIRÓ QUESADA RADA.
5. **OPERADOR:** JOYCE AURORA CÓRDOVA ABANTO
6. **TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**
7. **AUTOR:** KELIN GLORIA CÁRDENAS SÁNCHEZ
8. **TESIS:** “LA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA: ES UNA VULNERACIÓN AL DERECHO DE LA INTIMIDAD O UNA TÉCNICA ÚTIL PARA DESARTICULAR UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL”.
9. **FECHA DE RECEPCIÓN DE DOCUMENTO (CORREO ELECTRÓNICO):** 16/05/2023
10. **FECHA DE APLICACIÓN DEL PROGRAMA INFORMÁTICO DE SIMILITUDES:**
16/05/2023
11. **SOFTWARE UTILIZADO:**
 - a. TURNITIN
12. **CONFIGURACIÓN DE PROGRAMA DETECTOR DE SIMILITUDES:**
 - a. Excluye textos entrecomillados, citas y referencias
 - b. Excluye bibliografía
 - c. Excluye cadenas menores a 40 palabras
 - d. Excluye nombres de instituciones y documentos comunes como (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Constitución Política del Perú, Ley General de Sociedades, etc.)
13. **PORCENTAJE DE SIMILITUD SEGÚN PROGRAMA DETECTOR DE SIMILITUDES:**
 - a. 06% (Seis por ciento)

Se adjunta link para descargar informe completo, **en el informe se señala en colores las coincidencias encontradas**, las cuales no superan el 10% permitido.

Link de descarga de informe completo:

https://drive.google.com/file/d/1q_kJXmfPobBljTeW72yOtwlPohLRk0yL/view?usp=share_link

CALIFICACIÓN DE LA ORIGINALIDAD

- a) Documento cumple criterios de originalidad

Lima, 18 de mayo del 2023



Dr. Francisco José Miró Quesada Rada
DIRECTOR

INDICE

INDICE DE CUADROS:	VIII
RESUMEN.....	X
ABSTRACT	XI
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	6
1.1. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.....	6
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.	7
1.2.1. Problema principal.....	7
1.2.2. Problemas secundarios	7
1.3. HIPOTESIS.....	8
1.3.1. Hipótesis principal.....	8

1.3.2. Hipótesis secundarias	8
1.4 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	8
1.4.1. Justificación.....	8
1.5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	10
1.5.1.- Objetivo general:	10
1.5.2.- Objetivos específicos:.....	10
2.- ESTADO DE CUESTIÓN	11
2.1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA	11
2.1.1.- Objetivos de la investigación	11
2.1.2.- Instrumentos de recolección de datos utilizados.....	11
2.1.3.- Conclusión General.....	12
2.2. ESTADO DE CUESTIÓN	12
3.- OBJETIVO: PROPUESTA DE SOLUCIÓN PROYECTADA	16
4.- METODOLOGÍA	17
4.1.- Tipo y diseño de investigación	17
5.- ESTRUCTURA O ÍNDICE PRELIMINAR DE LA TESIS	18
CAPITULO II: EL DERECHO DE INTIMIDAD, AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y SU REGULACION JURIDICA	30
2.1. INTRODUCCION.....	30
2.2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA	33
2.2.1- El ámbito de protección del derecho a la intimidad en el derecho internacional y nacional	33

2.3. EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA.....	37
2.3. 1. El ámbito de protección internacional del derecho al secreto de las comunicaciones	37
2.3.2. El ámbito de protección nacional del derecho al secreto de las comunicaciones	40
2.4. RESTRICCIONES DEL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES	43
2.4.1. Restricción del derecho al secreto de las comunicaciones en la Ley N° 27697.....	46
2.4.2. Restricción del derecho al secreto de las comunicaciones en el código procesal penal.....	49
 CAPITULO III: LOS LÍMITES QUE SE DEBEN TOMAR EN CUENTA AL MOMENTO DE AUTORIZAR UNA MEDIDA DE LEVANTAMIENTO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES A FIN DE NO VULNERAR EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES.....	 62
3.1.- INTRODUCCIÓN.....	62
3.2.- EL ORIGEN DE LA INTERVENCIÓN EN EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES	67
3.3.- EL ORGANO JUDICIAL COMO ÚNICO ENTE PARA AUTORIZAR EL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES.....	69
3.3.1. El Juez natural es el que puede autorizar la intervención telefónica.	70
3.3.2. El Procedimiento para que la emisión de la resolución judicial que autoriza el levantamiento del secreto de las comunicaciones sea legal.....	71
3.3.3. El secreto de la información que se recaba durante la intervención telefónica.....	72
3.4.- EL DEBER DE MOTIVACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN DE INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS.	73

3.4.1. La persona objeto de investigación y el abonado telefónico sobre el que se ha de efectuar el acto de intervención.	75
3.4.2. La delimitación de los elementos materiales del hecho objeto de la investigación.....	79
3.4.3. El principio de especialidad como límite a tomar al momento de autorizar el levantamiento del secreto de las comunicaciones.....	84
3.5. LA RELACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCCIONALIDAD Y EL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES.....	85
3.5.1. La determinación del fin constitucionalmente legítimo- la gravedad del hecho punible susceptible de una intervención telefónica.....	86
3.5.2. La autorización del levantamiento del secreto de las comunicaciones como una medida excepcional, idónea y necesaria.	87
3.5.3. La determinación de la ejecución del acto de intervención como elemento integrante de la autorización.....	87
3.6. CRITERIOS QUE SE DEBEN TOMAR EN CUENTA PARA QUE NO SE VULNERE EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES CUANDO SE AUTORICE UNA MEDIDA DE LEVANTAMIENTO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES.....	88
CAPITULO IV: LA EJECUCIÓN DE LA MEDIDA JUDICIAL QUE AUTORIZA EL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES RELACIONADO A LA INFORMACIÓN QUE SE OBTIENE COMO CONSECUENCIA DE LA RESTRICCIÓN AL DERECHO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES.....	
4.1. INTRODUCCIÓN.....	93
4.2.- EL INICIO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO Y SU PRORROGA RELACIONADA AL ELEMENTO SUBJETIVO Y AL HALLAZGO CASUAL.	98
4.3.- CRITERIOS QUE SE DEBEN TOMAR EN CUENTA AL MOMENTO DE REALIZAR LA TRANSCRIPCIÓN LAS CONVERSACIONES SELECCIONADAS COMO RELEVANTES COMO CONSECUENCIA DEL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES.	104
4.3.1. La exigencia de la transcripción íntegra del audio grabado.	105

4.3.2. La transcripción parcial, como forma de selección del contenido relacionado con el objeto de la investigación.	106
4.3.3. La transcripción de las comunicaciones en otro idioma.	108
4.4.- EL PROCEDIMIENTO A SEGUIR CON RELACIÓN A LA RECEPCIÓN DE LOS AUDIOS DE LAS COMUNICACIONES, SU CONSERVACIÓN Y CUSTODIA....	110
4.5. PARAMETROS DE SELECCIÓN QUE SE DEBEN TENER EN CUENTA CON LA INFORMACIÓN QUE SE OBTIENE COMO CONSECUENCIA DE LA EJECUCION DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL QUE AUTORIZA EL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES.....	113
CAPITULO V: LA INFORMACIÓN OBTENIDA COMO CONSECUENCIA DEL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES ES UN ELEMENTO PROBATORIO VALIDO PARA UNA INVESTIGACIÓN CONTRA UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL.....	
	117
5.1.- INTRODUCCIÓN.....	117
5.2.- DIFERENCIAS ENTRE PRUEBA PROHIBIDA, PRUEBA ILÍCITA Y PRUEBA IRREGULAR.....	119
5.3.- EL TRATAMIENTO QUE SE LE DA A LA INFORMACION QUE SE OBTIENE DEL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES.....	122
5.4.- REQUISITOS CONSTITUCIONALES QUE SE DEBEN TENER EN CUENTA PARA QUE LA INFORMACION QUE SE OBTENGA DEL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES SEA VALIDA	124
5.4.1. La medida debe ser necesaria	125
5.4.2. La medida debe ser proporcional.....	125
5.4.3. La medida guarda relación con el principio de especialidad.	125
5.5.- LOS REQUISITOS DE LEGALIDAD QUE SE TOMAN EN CUENTA PARA QUE LA INFORMACION QUE SE OBTENGA DEL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES SEA VALIDA.	126
5.5.1. La exclusividad del órgano judicial para emitir la autorización de levantamiento del secreto de las comunicaciones, como de los funcionarios que la ejecutan.....	126

5.5.2. La selección de las conversaciones relevantes para la investigación	126
5.5.3. La necesidad de oralizar las comunicaciones relevantes en el juicio oral a fin de acreditar la responsabilidad de la persona que se le limitó su derecho del secreto de las comunicaciones.	127
CAPITULO VI: LA INTERVENCION TELEFONICA COMO UNA TECNICA ESPECIAL EN LAS INVESTIGACIONES CONTRA ORGANIZACIONES CRIMINALES	129
6.1. INTRODUCCION	129
6.2. ANALISIS NORMATIVO, HISTORICO, DOGMATICO, CRIMINOLOGICO Y CRIMINALISTICO DE LA ORGANIZACION CRIMINAL.....	133
6.2.1. Enfoque Normativo.....	133
6.2.2. Enfoque Histórico	134
6.2.3. Enfoque Criminológico.....	137
6.2.4. Enfoque Criminalístico	138
6.2.5. Enfoque Dogmático (jurídico – penal)	140
6.3. DEFINICIÓN DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL	141
6.4.- TIPOS DE ORGANIZACIONES CRIMINALES	144
6.5- TIPOLOGIAS DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA.....	145
6.6.- TECNICAS DE INVESTIGACION CONTRA LAS ORGANIZACIONES CRIMINALES.....	147
6.7.- LA INTERVENCION DE LAS COMUNICACIONES QUE SE REALIZAN CONTRA UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL NO VULNERA EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES DE SUS INTEGRANTES	149
6.8.- LA INTERVENCION DE LAS COMUNICACIONES ES UNA TECNICA ESPECIAL DE INVESTIGACION CONTRA UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL.	161
6.8.1.- La intervención de las comunicaciones en tiempo real como técnica investigativa contra una organización criminal	161

6.8.2.- La intervención de las comunicaciones relacionada al análisis de los datos de telefonía móvil que se obtienen, como técnica investigativa contra una organización criminal	166
6.8.3.- La aplicación de la intervención de comunicaciones como técnica de investigación contra organizaciones criminales.....	169
6.9.- VACIOS NORMATIVOS QUE SE GENERAN COMO CONSECUENCIA DE LA INTERVENCION DE LAS COMUNICACIONES QUE SE REALIZAN CONTRA UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL.	182
6.9.1. En qué momento se debe disponer la transcripción de las comunicaciones relevantes y quien está a cargo de ello.	182
6.9.2. El plazo en que el fiscal debe comunicar que no es competente para conocer una investigación donde se ejecuta la medida limitativa de levantamiento del secreto de las comunicaciones.....	183
6.9.3.- La intervención de las comunicaciones contra integrantes de una organización criminal que son funcionarios públicos.....	189
6.9.4.- El reexamen de las comunicaciones que se registran como consecuencia de la intervención de comunicaciones	194
CONCLUSIONES.....	199
RECOMENDACIONES.....	202
BIBLIOGRAFÍA	205
ANEXO: (PROYECTO DE LEY)	216

INDICE DE CUADROS:

Cuadro 1: Comparación de la Ley N 27697, el Decreto Legislativo N 991 y la Ley N 30096	46
Cuadro 2: Comparación de la Ley N 27697 y el Decreto Legislativo N 991	47
Cuadro 3: Comparación con el Código Procesal Penal y la Ley N 30777	50
Cuadro 4: Comparación con el Código Procesal Penal y la Ley N 30777, Ley N 30096 y la Ley N 30171	51
Cuadro 5: Comparación con el Código Procesal Penal y la Ley N 30777	53
Cuadro 6: Comparación con el Código Procesal Penal y la Ley N 30777	53
Cuadro 7: Comparación con el Código Procesal Penal y la Ley N 30777	55
Cuadro 8: Comparación con el Código Procesal Penal y la Ley N 30777	56
Cuadro 9: Solicitudes de intervención de comunicaciones ejecutadas en el 2017	170
Cuadro 10: Solicitudes de intervención de comunicaciones ejecutadas en el 2018	170
Cuadro 11: Solicitudes de intervención de comunicaciones ejecutadas en el 2019	171
Cuadro 12: Solicitudes de intervención de comunicaciones ejecutadas en el 2020	171
Cuadro 13: Solicitudes de intervención de comunicaciones ejecutadas en el 2021	172
Cuadro 14: Organizaciones criminales intervenidas en el 2017	173
Cuadro 15: Organizaciones criminales intervenidas en el 2018	173

Cuadro 16: Organizaciones criminales intervenidas en el 2019	174
Cuadro 17: Organizaciones criminales intervenidas en el 2020	174
Cuadro 18: Organizaciones criminales intervenidas en el 2021	175
Cuadro 19: Medidas coercitivas recaídas a los integrantes de una organización criminal en el 2017	175
Cuadro 20: Medidas coercitivas recaídas a los integrantes de una organización criminal en el 2018	176
Cuadro 21: Medidas coercitivas recaídas a los integrantes de una organización criminal en el 2019	176
Cuadro 22: Medidas coercitivas recaídas a los integrantes de una organización criminal en el 2020	177
Cuadro 23: Medidas coercitivas recaídas a los integrantes de una organización criminal en el 2021	177
Cuadro 24: Incautaciones realizadas a la organización criminal en el 2017	178
Cuadro 25: Incautaciones realizadas a la organización criminal en el 2018	178
Cuadro 26: Incautaciones realizadas a la organización criminal en el 2019	179
Cuadro 27: Incautaciones realizadas a la organización criminal en el 2020	179
Cuadro 28: Incautaciones realizadas a la organización criminal en el 2021	180
Cuadro 29: Personas con sentencias condenatorias o sentencias absolutoria que estuvieron procesadas como integrantes de organizaciones criminales desde el 2017 al 2021	181

RESUMEN

La presente investigación busca establecer que la intervención telefónica es una técnica útil y eficaz dentro de las investigaciones contra Organizaciones Criminales, y que su uso no vulnera los derechos de intimidad, el secreto de las comunicaciones, ni derechos conexos, siempre y cuando se tenga en cuenta determinado límites judiciales y constitucionales establecidos, para ello, se debe establecer de manera específica los criterios que debe tener en cuenta el Juez al momento de que se otorgue vía judicial el uso de esta técnica especial de investigación dentro de investigaciones contra Organizaciones Criminales, cómo la ejecución de esta a fin de evitar que la información que se obtenga sea cuestionada y considerada como prueba ilícita

Además, se busca regular vacíos normativos que se dan al momento de ejecutar las resoluciones judiciales que autorizan la intervención telefónica, respecto al plazo y el procedimiento que debe seguir el Fiscal cuando deja de ser competente para conocer una parte de la investigación o su totalidad y debe comunicar a su Superior Jerárquico. Asimismo, se regule la ejecución de la medida limitativa de derecho- de levantamiento del secreto de las comunicaciones de los Altos Funcionarios que cuenten con Prerrogativas o no, como se regule el procedimiento a seguir del reexamen de la ejecución del levantamiento del secreto de las comunicaciones.

Palabras Claves: Intervención telefónica, Derecho a la Intimidad, Derecho al Secreto de las Comunicaciones, Principio de Legalidad, Principio de Oportunidad.

ABSTRACT

The present investigation seeks to establish that telephone tapping is a useful and effective technique within the investigations against Criminal Organizations, and that its use does not violate the rights of privacy, the secrecy of communications, or related rights, as long as certain established judicial and constitutional limits are taken into account, for this, the criteria that the Judge must take into account at the time of grant judicial route the use of this special investigative technique within investigations against Criminal Organizations, such as the execution of this in order to prevent the information obtained from being questioned and considered as illicit evidence.

In addition, it seeks to regulate regulatory gaps that occur at the time of executing judicial decisions authorizing telephone interception, with respect to the term and procedure that the Prosecutor must follow when he ceases to be competent to hear part or all of the investigation and must communicate to his or her Hierarchical Superior.

Likewise, the execution of the restrictive measure of law - of lifting the secrecy of the communications of Senior Officials who have Prerogatives or not - is regulated, as well as regulating the procedure to be followed for the review of the execution of the lifting of the secrecy of communications.

Key Words: Telephone tapping, Right to Privacy, Right to Secrecy of Communications, Principle of Legality, Principle of Opportunity.

INTRODUCCIÓN

El levantamiento del secreto de las comunicaciones debe observar criterios mínimos para que la intervención estatal sea legal, ya que si no se respetara ello, la lesión constitucional sería doble, pues se afectaría tanto el ámbito de la privacidad e intimidad personal que refleja la inmunidad del secreto, amparado en el principio de no autoincriminación, que encuentra su fundamento en que nadie está obligado a declarar contra sí mismo ni a suministrar pruebas que lo incriminen, por lo que, resultaría incompatible con la Constitución y las normas internacionales que se encargan de proteger la vida privada derivado de la dignidad humana, toda vez que las intervenciones telefónicas judiciales importan una severa restricción al derecho a la privacidad e intimidad.

Es por ello, que partiremos diciendo que el fundamento central de tutela radica en privilegiar la dignidad de la persona y cierto ámbito de privacidad que le debe garantizar el Estado de Derecho, pero lo cierto es que toda intervención telefónica que es autorizada por un órgano jurisdiccional plantea la posibilidad de valorar contra el investigado sus expresiones captadas durante la conversación escuchada afectando la libertad de declarar, al ser obtenidas sin su consentimiento, por lo que se debe hacer una proscripción de autoincriminación y autorización de la

intervención, ocasionando que las escuchas telefónicas deban estar sujetas a determinados requisitos indispensables que se deberán de tener en cuenta al momento en que se autorice el levantamiento del secreto de las comunicaciones.

Durante la ejecución del levantamiento del secreto de las comunicaciones consideramos que deben existir niveles de control relacionados al acto de injerencia sobre el secreto de las comunicaciones del investigado, estos relacionados al aspecto constitucional como judicial, con respecto al **aspecto constitucional** debe relacionarse como ya se ha indicado con el principio de proporcionalidad; relacionada a que si bien la ejecución de la medida judicial esta a cargo de la unidad policial, esta debe ser controlada por el representante del Ministerio Público a fin de que se ejecute en los términos establecidos en la resolución judicial, a fin de que se dé un especial deber de control efectivo sobre la misma dinámica.

Ello se trata de hacer, a fin de evaluar si en la ejecución se ha incurrido en alguna ilicitud a fin de proteger el derecho al secreto de las comunicaciones, es por ello, que se distinguen categorías de ilegitimidad constitucional durante su ejecución, como al momento que el Juez verifica la ejecución de esta medida, lo que origina el incumplimiento del deber de seguimiento del desarrollo, el cese de la intervención telefónica y el desconocimiento efectivo del resultado obtenido en la investigación. Es por estas razones que, *se da el deber de conservación de las cintas, con su finalidad de servir de verdaderas pruebas en el acto del juicio, la necesidad de selección de los pasajes relevantes para la causa, garantías procesales en la confección y autenticación de las transcripciones.*

Además, se debe tener en cuenta que el Código Procesal regula el procedimiento de la intervención telefónica no solo en cuanto al estricto cumplimiento de los límites establecidos en la autorización sino respecto

al extremo del Juez que autoriza la medida e incluso en cuanto a la introducción del contenido y el resultado de la grabación a las actuaciones penales, en cuanto estas puedan incidir en el principio de la validez constitucional de las pruebas a portadas al juicio.

Es así, que el secreto de las comunicaciones es susceptible de ciertas restricciones, las cuales se darán mediante orden judicial debidamente motivada, a fin de garantizar su utilización y ejecución, por lo que nuestro ordenamiento jurídico faculta que en determinados casos que se vienen investigando se realicen escuchas legales cediendo la inmunidad constitucionalmente protegida del derecho a la intimidad, en aras de afianzar la justicia y el de prevenir, investigar y reprimir las actividades ilícitas. *A través de esta tutela se garantiza, a su vez, el carácter reservado de lo comunicado sin levantar su secreto, de forma que es objeto de este derecho la confidencialidad tanto del proceso de comunicación como el contenido de la comunicación*¹.

Asimismo, se debe evaluar si la restricción de los derechos antes mencionados reúnen los requisitos para que este justificada constitucionalmente, para ello, se debe tener en cuenta “ *el juicio de ponderación, los requisitos de previsión legal, la necesidad para proteger intereses superiores admitidos en una sociedad democrática y la tutela suficiente contra intrusiones abusivas*”², corresponde entonces determinar si la normatividad con la que se cuenta para disponer la interceptación telefónica de las comunicaciones personales, resulta ser la adecuada para invadir la intimidad de las personas que se presumen que están realizando alguna actividad ilícita, ya que esta invasión en la

¹ STC 281/2006, 9 de Octubre de 2006, fundamento jurídico 3, emitida por la Primera Sala del Tribunal Constitucional de España. Véase en <https://tc.vlex.es/vid/2003-23916175>

² SALAZAR CALDERON SAMALVIDES, Katerine, “Repercusiones jurídicas por la intervención de comunicaciones y telecomunicaciones reguladas por el nuevo código procesal penal en los derechos fundamentales de personas investigadas”, Universidad Católica Santa María, 2016 Pág. 29, véase en <https://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/UCSM/5650/9B.0354.DR.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

esfera íntima no puede hacerse en cualquier caso, ni por cualquier razón o finalidad, sino sólo en supuestos excepcionales que deben hallarse previamente determinados por ley y con expresión de los motivos que la justifican, por lo que una regulación vaga e imprecisa de la intervención iría en contra de nuestra Constitución.

Mas aún, si en la persecución de las formas de criminalidad organizada la interceptación de comunicaciones privadas, especialmente las telefónicas, ha tenido un significado fundamental³, ya que su intervención presenta una invasión del concepto que el ciudadano comúnmente tiene de su intimidad, pese a ello, en los últimos tiempos, la jurisprudencia ha ido abandonando el carácter restrictivo de la medida que tendía a garantizar el principio de proporcionalidad que exige que sea dispuesta sólo en supuestos indispensables para la investigación, que se actué sobre la base de una sospecha importante y que la intromisión al derecho sea adecuada a la gravedad de los hechos investigados y a la pena a imponer⁴.

Es por ello, que las interceptaciones de comunicaciones telefónicas deben ser ordenadas mediante una resolución, ya que se pretende limitar la utilización indiscriminada de las interceptaciones telefónicas, es decir, debe existir una motivación de la resolución judicial, tal requisito constituye la base de toda decisión que restrinja la inmunidad de un derecho fundamental, pues si el silencio legal fuera entendido como una autorización general a utilizar indiscriminadamente la intervención, sin atender a la naturaleza del delito de que se trate, y demás recaudos exigidos, desdibujaría el carácter de excepción de la medida frente al derecho al secreto de las comunicaciones, transformándose en un medio ordinario de investigación o búsqueda de prueba.

³ BACIGALUPO, Enrique, Justicia Penal y Derechos Fundamentales, España, Marcial Pons, 2002, pág. 187.

⁴ Sentencia N° 12986, "Aguirre, Felicio y otros" Cámara Nacional de Casación Penal, Pág. 8. Véase <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/Fallos31851.pdf>

La intervención de las comunicaciones tiene por objeto recabar los indicios necesarios para acreditar la participación del investigado en los hechos delictivos que se le imputan y su vinculación con el uso de la línea telefónica que está utilizando. Así también, la necesidad de esta medida se vincula con la finalidad “de frustrar la consumación o que alcance consecuencias ulteriores, y por tal razón es que se faculta al Fiscal solicitar esta medida bajo dos condiciones: que el peligro en la demora se hubiera justificado debidamente y que se efectúe con inmediata comunicación al juez, a efectos de obtener su convalidación bajo pena de nulidad del acto e ineficacia de la prueba introducida.

CAPITULO I PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

El derecho a la intimidad como el secreto de las comunicaciones, son derechos fundamentales de la persona que tienen protección constitucional y adquirieron relevancia en el ámbito de las investigaciones penales de naturaleza grave. Es por ello, que una parte la doctrina considera que el levantamiento del secreto de las comunicaciones viene a ser una injerencia en la intimidad de las personas, pues afirman que no se justifica que se invada la privacidad de una persona con la finalidad de descubrir un delito. Posición contraria a la que ha asumido nuestro Ordenamiento Jurídico, ya que le ha dado la facultad al Juez autorizar el levantamiento del secreto de las comunicaciones de determinadas personas, y que el Fiscal la ejecute a fin de que las grabaciones de las conversaciones telefónicas que contengan contenido ilícito puedan ser utilizadas como elementos probatorios dentro de una investigación, debiéndose tener en cuenta el principio de proporcionalidad en la ejecución de la medida, ya que esta debe ser solicitada como un medio último para continuar con la investigación que se viene realizando contra una Organización Criminal.

Es por ello, que se debe evaluar si las normas dadas para el levantamiento del secreto de las comunicaciones se encuentran ajustadas a lo establecido en la Constitución y si al momento que esta se ejecuta se realiza sin vulnerar derecho alguno a efectos de que sea considerado más adelante como prueba dentro de un proceso judicial.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

1.2.1. Problema principal

¿En qué medida la información obtenida como consecuencia del Levantamiento del Secreto de las Comunicaciones de una persona investigada, vulnera su derecho al secreto de las comunicaciones o es útil para desarticular una organización criminal?

Se debe tener en cuenta que la presente investigación se enfocara a determinar si la información obtenida como consecuencia del Levantamiento del Secreto de las Comunicaciones, pueda ser valorada como prueba o no dentro de un proceso penal.

1.2.2. Problemas secundarios

1. ¿El procedimiento actual de la ejecución de Levantamiento del Secreto de las Comunicaciones de un investigado, que se utiliza para obtener información para desarticular una organización criminal vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones del investigado?
2. ¿Cuáles son los límites en el Levantamiento del Secreto de las Comunicaciones que se deben considerar para que la información obtenida sea considerada como prueba válida?
3. ¿Es útil la información que se obtiene como consecuencia de la ejecución el Levantamiento del Secreto de las Comunicaciones

para desarticular una organización criminal?

1.3. HIPOTESIS.

1.3.1. Hipótesis principal

La información obtenida como consecuencia del Levantamiento del Secreto de las Comunicaciones es útil para desarticular una organización criminal y no vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones, por lo que se puede considerar como prueba válida

1.3.2. Hipótesis secundarias

1. El procedimiento actual de la ejecución del Levantamiento del Secreto de las Comunicaciones que se utiliza para obtener información para desarticular una organización criminal no vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones.
2. Los límites que se consideran para realizar un Levantamiento del Secreto de la Comunicaciones permiten que la información obtenida sea considerada una prueba válida.
3. La información que se obtiene como consecuencia de la ejecución el Levantamiento del Secreto de las Comunicaciones es útil para desarticular una organización criminal

1.4 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1. Justificación.

Considero que la presente investigación, encontrará su justificación en el poder determinar criterios mínimos que se deben tener en cuenta al momento de autorizar el Levantamiento del Secreto de las Comunicaciones, ya que la injerencia estatal no debe vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones de la persona, toda vez que si bien las intervenciones telefónicas judiciales importan

una severa restricción al derecho al secreto de las comunicaciones, esta debe tener límites porque toda intervención telefónica que es autorizada por un órgano jurisdiccional plantea la posibilidad de valorar contra el investigado sus expresiones captadas durante la conversación escuchada afectando la libertad de declarar, originándose indirectamente una proscripción de autoincriminación y autorización de la injerencia.

Es así, que el secreto de las comunicaciones es susceptible de ciertas restricciones, las cuales se darán mediante orden judicial debidamente motivada, a fin de garantizar su utilización y ejecución, en aras de afianzar la justicia, de prevenir, investigar y reprimir las actividades ilícitas. Asimismo, se debe evaluar si la restricción de los derechos antes mencionados reúne los requisitos para que esté justificada constitucionalmente, para ello, se debe tener en cuenta:

“El juicio de ponderación, los requisitos de previsión legal, la necesidad para proteger intereses superiores admitidos en una sociedad democrática y la tutela suficiente contra intrusiones abusivas”⁵

Corresponde entonces determinar si la normatividad con la que se cuenta para disponer la intervención telefónica de las comunicaciones personales, resulta ser la adecuada para invadir la intimidad de las personas que se presumen que están realizando alguna actividad ilícita, ya que esta invasión en la esfera íntima no puede hacerse en cualquier caso, ni por cualquier razón o finalidad, sino sólo en supuestos excepcionales que deben hallarse

⁵ SALAZAR CALDERON SAMALVIDES, Katerine, “Repercusiones jurídicas por la intervención de comunicaciones y telecomunicaciones reguladas por el nuevo código procesal penal en los derechos fundamentales de personas investigadas”, Universidad Católica Santa María, 2016 Pág. 29, véase en <https://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/UCSM/5650/9B.0354.DR.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

previamente determinados por ley y con expresión de los motivos que la justifican, por lo que una regulación vaga e imprecisa de la injerencia iría en contra de nuestra Constitución.

Así también, la necesidad de esta medida se vincula con la finalidad de frustrar la consumación o que alcance consecuencias ulteriores, y por tal razón es que se faculta al Fiscal solicitar esta medida bajo dos condiciones: que el peligro en la demora se hubiera justificado debidamente y que se efectúa con inmediata comunicación al juez, a efectos de obtener su convalidación bajo pena de nulidad del acto e ineficacia de la prueba introducida.

1.5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.

1.5.1.- Objetivo general:

Determinar cómo actualmente la información obtenida de las intervenciones de comunicaciones es útil para desarticular una organización criminal, y no vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones del investigado, a fin de que sea considerada como prueba válida

1.5.2.- Objetivos específicos:

1. Determinar que el procedimiento actual de la ejecución de un Levantamiento del Secreto de la Comunicaciones que se utiliza para obtener información para desarticular una organización criminal, no vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones del investigado.
2. Identificar cuáles son los límites que se deben tener en cuenta cuando se realiza un Levantamiento del Secreto de la Comunicaciones a fin de que la información obtenida sea consideradas una prueba válida.
3. Determinar si la información que se obtiene como consecuencia

de ejecutar el Levantamiento del Secreto de la Comunicaciones es útil para desarticular una organización criminal.

2.- ESTADO DE CUESTIÓN

2.1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

Respecto al tema elegido, no existen proyectos, o investigaciones relacionadas a nivel nacional, siendo el caso de llevar acabo la mejor manera posible el presente proyecto de investigación, por lo que considero de inédita la investigación que se va a realizar. Asimismo, se debe tener en cuenta que a nivel internacional se tiene la tesis “Las Intervenciones Telefónicas en el Sistema Penal” de la Doctora Paola Casabianca Zuleta, 2015, que guarda relación con el tema investigado, cuya estructura fue:

2.1.1.- Objetivos de la investigación

1. Extraer las características básicas de la interceptación de las conversaciones telefónicas para, de esta forma, delimitarlas y deslindarlas de esos otros medios de averiguación mencionados en la jurisprudencia y en la doctrina por resultar similares o particularidades
2. Verificar si estas otras actividades carecen de alguna o algunas de estas características o particularidades
3. Llevar a efecto una aproximación crítica de la regulación actual de la interceptación telefónicas lícita
4. Realizar una aproximación crítica del valor probatorio de las intervenciones de comunicaciones telefónicas lícitas

2.1.2.- Instrumentos de recolección de datos utilizados

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional y Supremo Español, como

jurisprudencia de los Tribunales Colombianos.

2.1.3.- Conclusión General

Se busca delimitar lo que se debe entender como interceptación de comunicaciones telefónicas y advertir la necesidad de que todos los actos de investigación y, en especial, aquellos que limitan los derechos fundamentales relacionados con la privacidad deben ser regulados de manera expresa e individual. E igual cosa debe predicarse respecto del valor probatorio de los resultados de este medio de investigación.

2.2. ESTADO DE CUESTIÓN

Asimismo, hago la precisión que existe artículos, informes e incluso tesis elaboradas en otros países relacionadas al tema de la presente investigación, como los siguientes:

- **Federico Viegner, “El derecho a la Intimidad y los límites a la injerencia estatal- Sobre la Intervención de comunicaciones y la retención de datos de tráfico en el articulado de la ley 25.873”⁶**

Resumen: *“En la actualidad los desarrollos tecnológicos gozan de tiempos acelerados y vertiginosos muy distintos a los que se vivían hasta hace tan solo pocos años. Las posibilidades de comunicación entre puntos lejanos asombran por su velocidad, instantaneidad, facilidad de uso y bajo costo. Lamentablemente estos avances permiten su uso con fines dañinos y atentatorios contra la seguridad nacional y el surgimiento de nuevas formas delictivas que se valen de sus potencialidades. Esta veta provoca la preocupación de las autoridades y desencadena en intentos normativos para el control y*

⁶ Tesis de Federico Viegner, “El derecho a la Intimidad y los límites a la injerencia estatal- Sobre la Intervención de comunicaciones y la retención de datos de tráfico en el articulado de la ley 25.873”. Pag. 4 vease en la pagina web <http://www.alfa-redi.org/sites/default/files/articles/files/viegner.pdfv>.

erradicación de las nuevas actividades criminales. Lamentablemente en ciertos casos, la precipitación por sancionar un marco legal capaz de hacer frente a las preocupaciones florecidas en torno a estas nuevas modalidades de delinquir, no repara en garantías fundamentales, patrimonio de los ciudadanos. La sanción de la ley 25.873, instauradora de un sistema técnico destinado a facilitar la intervención de comunicaciones y la retención de datos de tráfico, resulta comprendida en el panorama aludido. Su texto vulnera en dilatada forma el derecho a la intimidad consagrado por nuestro texto constitucional y lamentablemente no fue objeto del siempre necesario y adecuado debate parlamentario. La apresurada sanción de la ley que será motivo de análisis a lo largo del presente desarrollo, hizo caso omiso de las realidades extranjeras, las cuales necesariamente deben ser bienvenidas a la hora de afrontar una problemática que tuvo nacimiento con anterioridad en tierras foráneas⁷.

- **Marco Urgell, Anna, “Análisis jurisprudencial del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 C.E.)” - trabajo de investigación de Doctorado-, Departamento de Ciencia Política y de Derecho Público, Bellaterra, 2008.⁸**

Resumen: *“Es precisamente en este panorama complejo de la Sociedad de la Información y los nuevos medios comunicativos transmitidos por tecnología digital que surge o emerge la cuestión de las escuchas telefónicas. Las escuchas telefónicas pueden ser definidas como un medio o instrumento para obtener o descubrir los secretos comunicados a través del teléfono, teniendo reconocidas las medidas de intervención telefónica tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial una doble naturaleza toda vez que las mismas cumplen una doble función: por un lado desempeñan una importante función investigadora (medio lícito de investigación), de*

⁷ Tesis de Federico Viegner, “El derecho a la Intimidad y los límites a la injerencia estatal- Sobre la Intervención de comunicaciones y la retención de datos de tráfico en el articulado de la ley 25.873”. Pag. 4 vease en la pagina web <http://www.alfaredi.org/sites/default/files/articles/files/viegner.pdfv>.

⁸ Tesis de Anna Marco Urgell, “Análisis jurisprudencial del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3. C.E.), Universidad Autónoma de Barcelona, 2008, pág. 4. Véase en <http://www.recercat.cat/bitstream/handle/2072/9115/treballrecerca.pdf;sequence=1>

recabo de elementos de convicción, y por otro lado, pueden ser entendidas como medio de prueba en sí (actualmente equiparada como prueba documental)(...)”⁹.

➤ **Gullock Vargas, Rafael, “Las Intervenciones Telefónicas” (Con jurisprudencia de la Sala Constitucional, Sala Tercera, Tribunal de Casación Penal, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo Español y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)¹⁰.**

Resumen: *“La criminalidad organizada ha proliferado en los últimos años, tanto a nivel nacional como internacional. Con recursos económicos insospechados sus tentáculos se extienden en el ámbito internacional por diversos países conformando asociaciones delictivas, y en el ámbito interno socavando y penetrando instituciones públicas con el fin de lograr su impunidad. Frente a esta realidad, los Estado necesitan estructuras y mecanismos adecuados de cooperación con el fin de reprimir y prevenir los actos cometidos por estas organizaciones criminales. Para esto se requiere de instrumentos legales que permitan averiguar las actividades criminales de las organizaciones, detectar la comisión de los hechos delictivos en los que están involucradas y obtener elementos de prueba con los cuales puedan ser procesados penalmente con todas las garantías constitucionales y legales. Los instrumentos al servicio de las autoridades en relación con el fin del proceso penal y el descubrimiento de la verdad real, tienen como límite el respeto de los derechos y garantías que la Constitución le reconoce a todo individuo sometido a un proceso penal”¹¹.*

⁹ Tesis de Anna Marco Urgell, “Análisis jurisprudencial del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3. C.E.), Universidad Autónoma de Barcelona, 2008, pág. 4. <http://www.recercat.cat/bitstream/handle/2072/9115/treballrecerca.pdf;sequence=1>

¹⁰ Tesis de Gullock Vargas, Rafael, “Las Intervenciones Telefónicas” (Con jurisprudencia de la Sala Constitucional, Sala Tercera, Tribunal de Casación Penal, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo Español y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), 2008, Costa Rica, pag. 4, Véase en el link: https://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/bibliotecaVirtual/penal/1_LIBRO%20INTERVENCIONES%20TELEFONICAS.pdf

¹¹ Tesis de Gullock Vargas, Rafael, “Las Intervenciones Telefónicas” (Con jurisprudencia de la Sala Constitucional, Sala Tercera, Tribunal de Casación Penal, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo Español y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), 2008, Costa Rica, pag. 4, Véase en el link: https://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/bibliotecaVirtual/penal/1_LIBRO%20INTERVENCIONES%20TELEFONICAS.pdf

➤ **Martín Morales, Ricardo, “El derecho a la intimidad: grabaciones con videocámaras y microfonía oculta”¹².**

Resumen: *“El artículo versa sobre el estudio de las consecuencias jurídicas que de las captaciones audiovisuales puedan derivar, entendiendo éstas como conducta lesiva de los derechos fundamentales y, en particular, de su posible repercusión en el derecho a la intimidad protegido constitucionalmente, ya que, el derecho a la intimidad tiene distintas caras, dependiendo del tipo de conducta lesiva que contemplemos. se puede vulnerar a través de actos de divulgación o difusión pública, de intervenciones corporales directas, de actos de indiscreción con tecnología sofisticada, etc. Es así, que el artículo estudia la intromisión en la intimidad a través de videocámaras y micrófonos ocultos, un tipo de injerencia que se encuentra en estos momentos muy necesitado de reflexión, dejaremos de lado, a propósito, la interceptación de las comunicaciones propiamente dichas, a las que sí ha prestado la doctrina bastante más atención”¹³.*

➤ **Duartes Delgado, Edwin, “La medida de intervención telefónica: análisis comparado Costa Rica – Panamá”¹⁴**

Resumen: *“La necesidad de investigación de algunos hechos delictivos hace que en algunas ocasiones deba el estado obligadamente intervenir las comunicaciones de los ciudadanos, que aparecen durante la investigación, vinculados con el delito, del mismo modo se permite, como técnica de investigación la captación de la imagen y del sonido de las personas a quienes se les vincula con la comisión de un delito los avances de la ciencia han permitido que por medio de sofisticados aparatos, un tercero pueda imponerse de lo conversado ya no sólo por la vía telefónica, sino entre dos personas encontrándose el tercero a distancia de ellas a las primeras hemos llamado medida de intervención telefónica y a las segundas: intervención entre presentes,*

judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/bibliotecaVirtual/penal/1_LIBRO%20INTERVENCIONES%20TELEFONICAS.pdf

¹² MARTÍN MORALES, Ricardo, “El derecho a la intimidad: grabaciones con videocámaras y microfonía oculta véase en el link: <http://www.fepsu.es/file/EL%20DERECHO%20A%20LA%20INTIMIDAD.pdf>

¹³ MARTÍN MORALES, Ricardo, “El derecho a la intimidad: grabaciones con videocámaras y microfonía oculta véase en el link: <http://www.fepsu.es/file/EL%20DERECHO%20A%20LA%20INTIMIDAD.pdf>

¹⁴ AGUILA GRADOS, Guido y CALDERON SUMARRIVA, Ana, “La fe del hombre en sí mismo o la lucha por la libertad a través del proceso” El Mundo Procesal rinde Homenaje al Maestro Adolfo Alvarado Velloso, Editorial San Marcos, 2009, Pág.567.

finalmente analizamos el supuesto de las grabaciones audiovisuales”¹⁵.

3.- OBJETIVO: PROPUESTA DE SOLUCIÓN PROYECTADA

Se busca que el levantamiento del secreto de las comunicaciones esté debidamente justificada a través de una autorización judicial a fin de reducir las arbitrariedades en las decisiones e impedir un recurso indiscriminado a las escuchas telefónicas y otras formas de observación de las comunicaciones, para ello nuestro ordenamiento jurídico debe erigir una barrera y salvaguardar el derecho de la intimidad de las personas, lo cual no debe entenderse como una protección absoluta ya que existen casos excepcionales en los cuales se podrá invadir la intimidad de las personas.

A efectos de alcanzar la compatibilización constitucional, se debe tener en cuenta la existencia de un catálogo de delitos en los cuales se utilizaran las escuchas legales, las que se solicitaran cuando exista una investigación que revista determinadas características, donde las diligencias han de ser acordadas con motivo de concretas actuaciones llevadas a cabo para el esclarecimiento de un hecho delictivo y que la resolución que autorice este procedimiento esté debidamente motivada, para lo cual previamente el juez, ha debido tener en cuenta que existe un determinado grado de sospecha, al realizar un juicio de ponderación, proporcionalidad y subsidiariedad y no como viene sucediendo actualmente.

El órgano jurisdiccional cuando autoriza la intervención telefónica, debe tener como un elemento principal “el grado de sospecha” que juega un papel importante en el examen de idoneidad de la medida judicial, el cual constituye un criterio de necesaria ponderación en el marco del principio de proporcionalidad, en el sentido estricto y en definitiva se debe valorar la gravedad de manera concreta con datos

¹⁵ AGUILA GRADOS, Guido y CALDERON SUMARRIVA, Ana, “La fe del hombre en sí mismo o la lucha por la libertad a través del proceso” El Mundo Procesal rinde Homenaje al Maestro Adolfo Alvarado Velloso, Editorial San Marcos, 2009, Pág.567.

objetivos que revelen las sospechas que se aducen. Es por ello, que se dice que los derechos fundamentales no revisten carácter absoluto, sino que están sujetos al principio de ponderación frente a otros intereses que son protegidos por nuestro ordenamiento jurídico, lo cual, se realizara con la aplicación del principio de proporcionalidad mediante el cual se deberá constatar la existencia de una investigación iniciada, que haya dado indicios objetivos para sospechar que alguien está cometiendo o cometió un delito, que el delito investigado es grave, que los hechos no pueden ser frustrados, conocidos o probados de otra manera menos intrusiva o que su prueba es particularmente difícil en la investigación y que la injerencia en las comunicaciones no sean irrazonables o desproporcionado con el interés en la persecución penal del hecho concreto.

El levantamiento del secreto de las comunicaciones debe ser usado de manera complementaria con las demás técnicas especiales de investigación a fin de que los indicios que se recaben servirán para vincular a las personas que se escuchan con la actividad ilícita y no sean cuestionadas, sino que sirvan de respaldo para la investigación, tan es así que en muchos casos ha servido para plantear determinadas estrategias a seguir dentro de una investigación a fin de desarticular a la organización criminal y de que no puedan evadir su responsabilidad.

4.- METODOLOGÍA

4.1.- Tipo y diseño de investigación

La presente investigación es una investigación jurídica de carácter descriptivo – explicativo, toda vez que se deberá describir todos factores que inciden al momento en que se autoriza el Levantamiento del Secreto de las Comunicaciones de las personas que son investigadas en calidad de integrantes de una Organización Criminal desde el ámbito nacional e internacional,

alrededor del tema propuesto de la actual forma de como se viene aplicando esta técnica de investigación en nuestro ordenamiento penal.

5.- ESTRUCTURA O ÍNDICE PRELIMINAR DE LA TESIS

CAPITULO I PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

1.2.1. Problema principal

1.2.2. Problemas secundarios

1.3 HIPOTESIS.

1.2.1. Hipótesis principal

1.2.2. Hipótesis secundarias

1.4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1. Justificación.

1.5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.

1.5.1.- Objetivo general:

1.5.2.- Objetivos específicos:

II.- ESTADO DE CUESTIÓN

2.1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

2.1.1.- Objetivos de la investigación

2.1.2.- Instrumentos de recolección de datos utilizados

2.1.3.- Conclusión General

2.2. ESTADO DE CUESTIÓN

III.- OBJETIVO: PROPUESTA DE SOLUCIÓN PROYECTADA

IV.- METODOLOGÍA

4.1.- Tipo y diseño de investigación

V.- ESTRUCTURA O ÍNDICE PRELIMINAR DE LA TESIS

VI.- CONCLUSIONES

VII.- RECOMENDACIONES

VIII.- BIBLIOGRAFÍA

IX.- CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES

X.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPITULO II: EL DERECHO DE INTIMIDAD, AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y SU REGULACION JURIDICA

2.1. INTRODUCCION

2.2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA

2.2.1- El ámbito de protección del derecho a la intimidad en el derecho internacional y nacional

2.3. EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA

2.3.1. El ámbito de protección internacional del derecho al secreto de las comunicaciones

2.3.2. El ámbito de protección nacional del derecho al secreto de las comunicaciones

2.4. RESTRICCIONES DEL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

2.4.1. Restricción del derecho al secreto de las comunicaciones en la Ley N° 27697

2.4.2. Restricción del derecho al secreto de las comunicaciones en el código procesal penal

CAPITULO III: LÍMITES QUE SE DEBEN TOMAR EN CUENTA AL MOMENTO DE AUTORIZAR UNA MEDIDA DE LEVANTAMIENTO DEL SECRETO DE COMUNICACIONES A FIN DE NO VULNERAR EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

3.1.- INTRODUCCIÓN

3.2.- EL ORIGEN DE LA INTERVENCIÓN EN EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

3.3.- EL ORGANO JUDICIAL COMO ÚNICO ENTE PARA AUTORIZAR EL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

3.3.1. El Juez natural es el que puede autorizar la intervención telefónica.

3.3.2. El Procedimiento para que la ejecución de la resolución judicial que autoriza el levantamiento del secreto de las comunicaciones sea legal

3.3.3. El secreto de la información que se recaba durante la intervención telefónica.

3.4.- EL DEBER DE MOTIVACION DE LA AUTORIZACION DE INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS

3.4.1. La persona objeto de investigación y el abonado telefónico sobre el que se ha de efectuar el acto de intervención.

3.4.2. La delimitación de los elementos materiales del hecho objeto de la investigación.

- El indicio como fuente primigenia para solicitar el levantamiento del secreto de las comunicaciones.
- La vinculación entre la fuente de conocimiento con el delito investigado.
- La fuente anónima como indicio suficiente para que se autorice el levantamiento del secreto de las comunicaciones.

3.4.3. El principio de especialidad como limite a tomar al momento de autorizar el levantamiento del secreto de las comunicaciones.

3.5. LA RELACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y EL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

3.5.1. La determinación del fin constitucionalmente legitimo- la gravedad del hecho punible susceptible de una intervención telefónica

3.5.2. La autorización del levantamiento del secreto de las comunicaciones como una medida excepcional, idónea y necesaria.

3.5.3. La determinación de la ejecución del acto de intervención como elemento integrante de la autorización

3.6. CRITERIOS QUE SE DEBEN TOMAR EN CUENTA PARA QUE NO SE VULNERE EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES CUANDO SE AUTORICE UNA MEDIDA DE LEVANTAMIENTO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

CAPITULO IV: LA EJECUCIÓN DE LA MEDIDA JUDICIAL QUE AUTORIZA EL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES RELACIONADO A LA INFORMACIÓN QUE SE OBTIENE COMO CONSECUENCIA DE LAS RESTRICCIÓN AL DERECHO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

4.1.- INTRODUCCIÓN

4.2.- EL INICIO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO Y SU PRORROGA RELACIONADA AL ELEMENTO SUBJETIVO Y AL HALLAZGO CASUAL.

4.3.- CRITERIOS QUE SE DEBEN TOMAR EN CUENTA AL MOMENTO DE REALIZAR LA TRANSCRIPCIÓN DE LAS CONVERSACIONES SELECCIONADAS COMO RELEVANTES COMO CONSECUENCIA DEL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES.

4.3.1. La exigencia de la transcripción íntegra del audio grabado.

4.3.2. La transcripción parcial, como forma de selección del contenido relacionado con el objeto de la investigación.

4.3.3. La transcripción de las comunicaciones en otro idioma.

4.4.- EL PROCEDIMIENTO A SEGUIR CON RELACIÓN A LA RECEPCIÓN DE LOS AUDIOS DE LAS COMUNICACIONES, SU CONSERVACIÓN Y CUSTODIA.

4.5. PARAMETROS DE SELECCIÓN QUE SE DEBEN TENER ENCUESTA CON LA INFORMACIÓN QUE SE OBTIENE COMO

CONSECUENCIA DE LA EJECUCION DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL QUE AUTORIZA EL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

CAPITULO V: LA INFORMACION OBTENIDA COMO CONSECUENCIA DEL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES ES UN ELEMENTO PROBATORIO VALIDO PARA UNA INVESTIGACION CONTRA UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL

5.1.- INTRODUCCIÓN

5.2.- DIFERENCIAS ENTRE PRUEBA PROHIBIDA, PRUEBA ILÍCITA Y PRUEBA REGULAR

5.3.- EL TRATAMIENTO QUE SE LE DA A LA INFORMACION QUE SE OBTIENE DEL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

5.4.- REQUISITOS CONSTITUCIONALES QUE SE DEBEN TENER EN CUENTA PARA QUE LA INFORMACION QUE SE OBTENGA DEL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES SEA VALIDA

5.4.1. La medida debe ser necesaria

5.4.2 La medida debe ser proporcional.

5.4.3 La medida guarda relación con el principio de especialidad.

5.5- LOS REQUISITOS DE LEGALIDAD QUE SE TOMAN EN CUENTA PARA QUE LA INFORMACION QUE SE OBTENGA DEL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES SEA VALIDA

5.1. La exclusividad del órgano judicial para emitir la autorización de levantamiento del secreto de las comunicaciones, como de los funcionarios que la ejecutan.

5.2. Selección de las conversaciones relevantes para la investigación

1.- La exclusión de las grabaciones de conversaciones entre personas no investigadas:

2.- La exclusión de las conversaciones no atinentes a la causa:

5.3. La necesidad de oralizar las comunicaciones relevantes en el juicio oral a fin de acreditar la responsabilidad de la persona que se le limitó su derecho del secreto de las comunicaciones.

CAPITULO VI: LA INTERVENCION TELEFONICA ES UNA VULNERACION LATENTE AL DERECHO A LA INTIMIDAD O UNA TECNICA ESPECIAL PARA LAS INVESTIGACIONES CONTRA ORGANIZACIONES CRIMINALES

6.1. INTRODUCCION

6.2. ANALISIS NORMATIVO, HISTORICO, DOGMATICO, CRIMINOLOGICO Y CRIMINALISTICO DE LA ORGANIZACION CRIMINAL

6.2.1. Enfoque Normativo

6.2.2. Enfoque Histórico

6.2.3. Enfoque Criminológico

6.2.4. Enfoque Criminalístico

6.2.5. Enfoque Dogmático (jurídico – penal)

6.3. DEFINICIÓN DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL

6.4 -TIPOS DE ORGANIZACIONES CRIMINALES

6.5.- TIPOLOGIAS DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

6.6.- TECNICAS DE INVESTIGACION CONTRA LAS ORGANIZACIONES CRIMINALES

6.7.- LA INTERVENCION DE LAS COMUNICACIONES QUE SE REALIZAN CONTRA UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL NO VULNERA EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES DE SUS INTEGRANTES

6.8.- LA INTERVENCION DE LAS COMUNICACIONES ES UNA TECNICA ESPECIAL DE INVESTIGACION CONTRA UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL.

6.8.1.- La intervención de las comunicaciones en tiempo real como técnica investigativa contra una organización criminal

6.8.2.- La intervención de las comunicaciones relacionada al análisis de los datos de telefonía móvil que se obtienen, como técnica investigativa contra una organización criminal

6.9.- VACIOS NORMATIVOS QUE SE GENERAN COMO CONSECUENCIA DE LA INTERVENCION DE LAS COMUNICACIONES QUE SE REALIZAN CONTRA UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL.

6.9.1. En qué momento se debe disponer la transcripción de las comunicaciones relevantes y quien está a cargo de ello.

Sustentación										X
--------------	--	--	--	--	--	--	--	--	--	---

CAPITULO X.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A) FUENTES PRIMARIAS

- 1) La Constitución Política del Perú (artículos 2º, 10º, 138º y 202º último párrafo)
- 2) El Código Procesal Penal (artículos 226º.4 y del 230º al 234º)
- 3) La Ley N° 27697 (Ley que regula el Levantamiento del Secreto de las Comunicaciones y su modificatoria por el D. Leg N° 991)
- 4) La Ley N° 27379 (Ley que regula las medidas limitativas de derecho en sede preliminar de la investigación penal, modificado por el D. Leg. N° 988)
- 5) La Ley N° 29733 (Ley de Protección de datos personales y su Reglamento)
- 6) El Decreto Supremo N° 013-93-TCC (Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones)
- 7) El Decreto Supremo N° 020-2007-MTC (Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones)
- 8) Resolución Ministerial N° 111-2009-MTC/03 (Norma que establece medidas destinadas a salvaguardar el derecho de inviolabilidad y el secreto de las comunicaciones y la protección de derechos personales y regula las acciones de supervisión y control a cargo del Ministerio de Transporte y Comunicaciones)
- 9) El Decreto Supremo N° 021-2007-MTC (Reglamento de

Organización y Funciones del Ministerio de Transporte y Comunicaciones

- 10) Ley N° 30077 (Ley contra el Crimen Organizado)

B) FUENTES SECUNDARIAS

a) FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

- 1) García, Luis M., La intervención de las comunicaciones telefónicas y otras telecomunicaciones en el Código Procesal Penal de la Nación: un cheque en blanco para espiar nuestra vida privada, en “Cuadernos de Doctrina y Jurisdiccional Penal”, Buenos Aires, primera parte, año III, N 6, 1997, segunda parte, año III, N 6, 1997.
- 2) Hairabedián, Maximiliano, Novedades sobre la prueba judicial, Mediterránea, Córdoba, segunda edición, 2008.
- 3) Muñoz Conde, Francisco, De las prohibiciones probatorias al derecho procesal del enemigo, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
- 4) Nino, Carlos, Fundamentos de derecho constitucional, Astrea, Buenos Aires, 1992.
- 5) Roxin, Claus, La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
- 6) Sáez Capel, José, El derecho a la intimidad y las escuchas telefónicas, Din, Buenos Aires, 1999.

b) REVISTAS, JURISPRUDENCIA y DICCIONARIOS

- 1) Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 06 de julio de 1978, caso “Klass y otros”.
- 2) Sentencia del Tribunal Supremo del 18 de junio de 1992, en el caso “Naserio”.

CAPITULO II: EL DERECHO DE INTIMIDAD, AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y SU REGULACION JURIDICA

2.1. INTRODUCCION

El levantamiento del secreto de las comunicaciones debe observar criterios mínimos para que la intervención de comunicaciones sea legal, ya que si no se respetara ello, la lesión constitucional sería doble, pues se afectaría tanto el ámbito de la privacidad e intimidad personal, como el secreto de sus comunicaciones, amparado en el principio de no autoincriminación, que encuentra su fundamento en que nadie está obligado a declarar contra sí mismo ni a suministrar pruebas que lo incriminen, por lo que, resultaría incompatible con la Constitución y las normas internacionales que se encargan de proteger la vida privada derivado de la dignidad humana, toda vez que las intervenciones telefónicas importan una severa restricción al derecho de levantamiento del secreto de las comunicaciones.

Es por ello, que partiremos diciendo que el fundamento central de tutela radica en privilegiar el secreto de las comunicaciones de la persona y

cierto ámbito de privacidad que le debe garantizar el Estado de Derecho, pero lo cierto es que toda intervención telefónica que es autorizada por un órgano jurisdiccional plantea la posibilidad de valorar contra el investigado sus expresiones captadas durante la conversación escuchada afectando la libertad de declarar, al ser obtenidas sin su consentimiento, por lo que se debe hacer una proscripción de autoincriminación y autorización de la intervención, ocasionando que las escuchas telefónicas deban estar sujetas a determinados requisitos indispensables que se deberán de tener en cuenta al momento en que se autorice el levantamiento del secreto de las comunicaciones.

Es así, que el secreto de las comunicaciones es susceptible de ciertas restricciones, las cuales se darán mediante orden judicial debidamente motivada, a fin de garantizar su utilización y ejecución, por lo que nuestro ordenamiento jurídico faculta que en determinados casos que se vienen investigando se realicen escuchas legales cediendo la inmunidad constitucionalmente protegida del derecho al secreto de las comunicaciones, en aras de afianzar la justicia y el de prevenir, investigar y reprimir las actividades ilícitas. *“A través de esta tutela se garantiza, a su vez, el carácter reservado de lo comunicado sin levantar su secreto, de forma que es objeto de este derecho la confidencialidad tanto del proceso de comunicación como el contenido de la comunicación”*¹⁶.

Asimismo, se debe evaluar si la restricción de los derechos antes mencionados cumplen con los requisitos de legalidad y constitucionalidad, para ello, se debe tener en realizar el juicio de ponderación, los requisitos de previsión legal, a fin de determinar si la resolución judicial que autoriza la intervención telefónica de las comunicaciones, resulta ser la adecuada para invadir las intimidad de las comunicaciones de las personas que se presumen que están realizando alguna actividad ilícita, ya que esta

¹⁶ STC 281/2006, 09 de octubre de 2006, fundamento jurídico 3, emitida por la Primera Sala del Tribunal Constitucional de España, Véase en <https://tc.vlex.es/vid/203-23916175>

invasión en la esfera íntima del investigado no puede hacerse sin motivo justificado, sino sólo en supuestos excepcionales.

Más aún, si en la persecución de las formas de criminalidad organizada la intervención de comunicaciones, es muy importante, ya que su intervención presenta una invasión del concepto que el ciudadano comúnmente tiene de su intimidad relacionado a las comunicaciones que tiene, pese a ello, en los últimos tiempos, la jurisprudencia ha ido abandonando el carácter restrictivo de la medida que tendía a garantizar el principio de proporcionalidad que exige que sea dispuesta sólo en supuestos indispensables para la investigación, que se actué sobre la base de una sospecha importante y que la intromisión al derecho sea adecuada a la gravedad de los hechos investigados y a la pena a imponer.

Es por ello, que las intervenciones de comunicaciones telefónicas deben ser ordenadas mediante una resolución, ya que se pretende limitar la utilización indiscriminada de las intervenciones telefónicas, es decir, debe existir una motivación de la resolución judicial, tal requisito constituye la base de toda decisión que restrinja la inmunidad de un derecho fundamental, pues si el silencio legal fuera entendido como una autorización general a utilizar indiscriminadamente la intervención, sin atender a la naturaleza del delito de que se trate, y demás recaudos exigidos, desdibujaría el carácter de excepción de la medida frente al derecho al secreto de las comunicaciones, en un medio ordinario de investigación o búsqueda de prueba.

Así también, la necesidad de esta medida se vincula con la finalidad de frustrar la consumación o que alcance consecuencias ulteriores, y por tal razón es que se faculta al Fiscal solicitar esta medida bajo dos condiciones: que el peligro en la demora se hubiera justificado debidamente y que se efectúe con inmediata comunicación al juez, a

efectos de obtener su convalidación bajo pena de nulidad del acto e ineficacia de la prueba introducida.

2.2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA

2.2.1- El ámbito de protección del derecho a la intimidad en el derecho internacional y nacional

El derecho a la intimidad es un derecho con alcance complejo, pues no solo se protege el ámbito íntimo de la persona, sino también de su privacidad como tal, es por ello, que se debe proteger los aspectos propios de la interacción de la persona con la sociedad, pues no es suficiente con establecer una lista de qué actos comprenden o no el ámbito personal o familiar de un individuo, sino que debe tenerse claro que toda persona, por el hecho de serlo, merece protección en razón a su vida privada. Es así, que nuestro país ha reconocido la protección del derecho a la intimidad a través de diversos instrumentos de carácter supranacional, que obligan a nuestro país a su total protección, como se aprecia en los siguientes casos:

- En la **Convención Americana de Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica**, en su **artículo 11 en los incisos 2) y 3)** señala:“(...) *nadie puede ser objeto de injerencia arbitraria o abusiva en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación*”, y, (...) *toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques*”.
- En la **Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre**, en su **artículo IX**, se precisa que “*toda persona tiene el derecho a la inviolabilidad de su domicilio. Art. Toda persona tiene el derecho a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia*”.
- En la **Declaración Universal de Derechos Humanos**, en su **artículo 12**, precisa que “*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni*

de ataques a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

- **En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, en su **artículo 17 incisos 1) y 2)**, señala que: “1. *Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”*
- **El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales**, establece en el numeral 1 del artículo 8, que, “*toda persona tiene el derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”.*

Por otro lado, es de señalar que la intimidad de una persona está exenta de cualquier injerencia por parte del Estado o por la intromisión de alguna persona, a fin de que esta pueda desarrollar su aspecto personal, espiritual y cultural en el espacio que escoja sin entorpecimientos, perturbaciones y publicaciones indeseadas, al cual se tendrá acceso si existe el consentimiento por parte de la persona o porque existe una orden judicial amparada en alguna necesidad social y/o interés público. De ello, podemos decir que se lesionara este derecho cuando: a) se realiza una intromisión irracional en el ámbito reservado de cada individuo, b) si se pone en conocimiento a terceras personas hechos relacionados con el ámbito privado sin contar con el consentimiento del titular de los mismos, c) si se publica una información que autoriza la persona de los mismos de manera tergiversada o tendenciosa.

Además, podemos llegar a la conclusión que **la intimidad** es una esfera que no puede ser invadida de manera absoluta, pues protege el ámbito personal y psicológico, las creencias y la moral de la persona, en cambio **la privacidad** esta si puede ser restringida siempre y cuando se justifique la injerencia – el secreto de las comunicaciones-.

Asimismo, es de precisar que nuestra Constitución Política protege el derecho a la intimidad, en su artículo 2º inciso 6):

(...) 6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, **no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.** (...) En esta línea el Tribunal Constitucional ha señalado que “*El derecho a la intimidad protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños, significa un peligro real o potencial para la intimidad*”¹⁷.

La doctrina ha dado diversas definiciones, siendo un de ellas, la que define que la *“Intimidad es la facultad que tiene cada persona de disponer de una esfera, espacio privado, un reducto inviolable de libertad individual, el cual no puede ser invadido por terceros, ya sean particulares o el propio Estado, mediante intromisión de cualquier tipo”*¹⁸, concepción que es compartida, ya que es necesario que toda persona tenga un espacio reservado para el desarrollo de su personalidad del ser humano, pues su invasión no solo afecta el ámbito personal de la persona, sino también, la propalación de datos que deforman la realidad, generando ello, que el derecho a la intimidad tenga una doble vertiente, como derecho civil frente a los particulares y como derecho público subjetivo frente al Estado, para impedir su intromisión en la intimidad de las personas. Es por ello, que se puede decir que a través de este derecho una persona puede decidir qué ámbito de su intimidad puede ser conocido por un tercero, y cual no, derecho que solo será restringido por un mando legal o por una circunstancia justificada.

Para RUBIO y BERNALES *“El derecho a la intimidad o la vida privada involucra al conjunto de actos, situaciones o circunstancias que,*

¹⁷ STC N° 2345-2006-AA/TC, fundamento 21.

¹⁸ QUIROGA LAVIÉ, Humberto, Constitución de la Nación Argentina Comentada Segunda Edición Actualizada, Zavalia, Buenos Aires., 1997, p116.

por su carácter personalísimo, no se encuentran normalmente expuestos al dominio público. Protege tanto la intimidad de la persona como la de su familia, y comprende la libertad del individuo para conducirse en determinados espacios y tiempo, libre de perturbaciones ocasionadas por terceros, así como la facultad de defenderse de la divulgación de hechos privados¹⁹, posición doctrinaria que precisa que este derecho tiene dos dimensiones: **primero, como secreto de la vida privada** (que protege cualquier intromisión ilegítimas relacionado con la vida privada de una persona o de sus familiares, como cualquier investigación ilegítimas que involucre el ámbito privado de una persona), y, **segundo, como libertad** (con la cual uno puede decidir si un tercero puede conocer la esfera privada de nuestra de vida), la cual es compartida pues la vulneración se dará cuando se realice la intromisión de un tercero que no cuente con autorización en las áreas privadas o reservadas de una persona, así como divulgar de su contenido sin contar con el consentimiento de su titular. Es por ello, que se puede decir, lo siguiente:

“El fundamento normativo de la privacidad se encuentra consagrado en la inmunidad material de que sólo alcanza a las comunicaciones que afectan a terceros, mientras que la esfera de la intimidad abarca actos, características y cosas de la persona que están excluidos del conocimiento de los demás, especialmente las conductas que tiene una dimensión intersubjetiva y que expresan una acción comunicativa, es decir, existe una inmunidad del conocimiento de terceros, como sucede con el domicilio, la correspondencia de manera formal, ya que no se podrá tener intervención a ello pues no importa el contenido ni si este pudiera afectar a terceros, porque es parte de la esfera de la intimidad que tiene las personas, siendo que en los únicos casos se daría una intervención si la ley lo autoriza²⁰.

¹⁹ RUBIO, Marcial y BERNALES, Enrique. (2013). Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 1ra. Edición, 2da. Reimpresión, pp. 347-348.

²⁰ NINO, Fundamentos de Derecho Constitucional, 1992, P. 334

En esta misma línea, podemos señalar que la intimidad está conformada por, ***el espacio donde uno puede estar solo*** (para tener un momento de soledad, recogimiento y quietud que le permitan replegarse sobre sí mismo), ***el poder tomar las decisiones respecto a temas que determinen la existencia propia de la persona y de mantener en reserva algunos aspectos de nuestra vida, como el manejo de la ventilación de esta información.*** En base a ello, se puede precisar que el derecho a la intimidad de una persona estará dividido en tres ámbitos, la **vida pública** (en la cual, los demás pueden tener conocimiento de las actividades que realiza una persona, ya que no existe una restricción que impida conocerla), la **vida privada** (donde se generan las primeras restricciones, ya que las actividades de una persona se desarrollan en un lugar cerrado, y que dependerá de nosotros si se les brinda el acceso o no a un tercero), la **vida íntima** (está relacionado con las ideas, creencias de la persona, como los aspectos concernientes a su vida amorosa y sexual, que no son de conocimiento de terceros, donde también se comprende temas vinculados a la salud, a las comunicaciones que se sostiene), siendo en este aspecto donde se debe evaluar si la información que se obtiene como consecuencia del Levantamiento del Secreto de las comunicaciones, ocasiona alguna vulneración al derecho a la intimidad.

2.3. EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA

2.3. 1. El ámbito de protección internacional del derecho al secreto de las comunicaciones

En base a estas normas internacionales el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Klass y otros vs Alemania*, declaró que: *“las comunicaciones telefónicas están incluidas en los conceptos de vida privada y de correspondencia y ha entendido que una legislación que autoriza a la vigilancia de las comunicaciones crea,*

por su simple existencia, para todos aquellos a los cuales se podría aplicar, una amenaza de vigilancia, ataca necesariamente la libertad de comunicaciones y constituye por sí una intervención de una autoridad pública en el ejercicio del derecho de los afectados respecto de su vida privada y familiar, así como de su correspondencia”²¹.

La Corte Europea de Derechos Humanos en las sentencias de los **casos Klass** (del 6 de setiembre de 1978); **Malone** (del 02 de agosto de 1984), **Olsson** (del 24 de marzo de 1988); **Kruslin y Huving** (del 24 de abril de 1990), ha indicado que las comunicaciones telefónicas son confidenciales, solo se podrá restringir este derecho, cuando esta intervención se encuentre regulada en el ordenamiento jurídico, que sea idónea para proteger un derecho superior al que se está restringiendo, para ello, deberá estar acorde con los principios de necesidad y proporcionalidad que justifiquen su injerencia. En esta línea jurisprudencial, son las decisiones emitidas en las siguientes sentencias:

a) El caso Naseiro

El Tribunal Supremo de España preciso que si a pesar de contarse con una orden judicial para el levantamiento del secreto de las comunicaciones en el transcurso de las investigaciones, se toma conocimiento de otro delito, las escuchas que se obtengan relacionado al último delito no serán válidas, ya que se autorizo para un delito determinado²².

²¹ Conf. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 06 de julio de 1978, caso “Klass y otros”, serie A, N° 28, p.21.

²² La trama se inició el 28 de noviembre de 1988 cuando miembros de la Brigada de Estupefacientes de la Jefatura Superior de Policía de Valencia procedieron a investigar por orden judicial **un supuesto tráfico de drogas, mediante el "pinchazo" de la línea telefónica de Palop**. Sin embargo, el contenido de las cintas grabadas **descubrió asuntos distintos a los esperados, puesto que recogían conversaciones mantenidas entre importantes miembros del Partido Popular referentes a negocios fraudulentos**

b) **Caso Casas Baamonde**

El Tribunal Constitucional Español preciso que no es posible considerar una intervención de comunicaciones legal, si cuando se inician, no existe una investigación iniciada ni se cuenta con una resolución judicial que autoriza el levantamiento del secreto de las comunicaciones, ya que un indicio no es suficiente para justificar la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones, pues para que se dé esto debe superar el principio de proporcionalidad, por lo que la información que se obtiene no es legal.

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

El Tribunal Constitucional considero que no se puede intervenir las comunicaciones entre un proceso con su abogado, ya que está protegido por el derecho a la defensa y que solo se restringirá de manera excepcional cuando exista la posible comisión del delito de terrorismo

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha emitido pronunciamiento a la intervención de comunicaciones telefónicas, siendo el más importantes, el siguiente caso:

a) **Caso Escher y otros vs. Brasil**²³

La Corte Interamericana realiza un análisis sobre la vinculación del secreto de las comunicaciones con la vida privada, señalando que

de carácter inmobiliario, cuyos beneficios, según se pudo conocer con posterioridad, irían destinados en último término a financiar al partido. (...). *El 18 de junio de ese mismo año el Tribunal Supremo estimó la petición de los abogados defensores de que se anulara como prueba de cargo las conversaciones telefónicas que habían mantenido los tres políticos y el empresario, al considerar que estas habían vulnerado derechos fundamentales. En concreto, el Supremo señaló que tales intervenciones telefónicas habían violado el derecho a la intimidad de los cuatro acusados.* Véase: www.losnoveves.net

²³ Ficha Técnica de la Sentencia Escher y otros Vs. Brasil. Véase: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia/ficha.cfm?nld_Ficha=277&lang=es

la vida privada e íntima está libre de cualquier invasión o agresión abusiva o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública, que solo se restringirá cuando se den los supuestos del artículo 11° de la Convención: *a) estar prevista en ley; b) perseguir un fin legítimo, y c) ser idónea, necesaria y proporcional.* Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que se dará una intervención telefónica cuando se cumpla con el principio de legalidad, para ello, se debe establecer en forma clara y precisa el procedimiento y alcance de la medida de intervención, las circunstancias en las cuales pueden ser utilizadas, las personas que pueden solicitarla, a ordenarla y a llevarla a cabo, el procedimiento a seguir entre otros elementos que detallen su ejecución, seguimiento y utilización de fin obtenido.

En este sentido, en las intervenciones telefónicas, el derecho a la intimidad debe encontrar su amparo legal en el inciso 2 del artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relacionado al derecho a la vida privada, la intimidad, la libre comunicación, ya que el derecho al secreto de las comunicaciones, verbales o escritas, protege la intimidad de las personas, derecho que tiene toda persona por ser un derecho fundamental que constituye un bien jurídico que es protegido por nuestro ordenamiento jurídico.

2.3.2. El ámbito de protección nacional del derecho al secreto de las comunicaciones

El inciso 10) del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, garantiza el secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones, señalando que excepcionalmente se restringirá este derecho, a través de un mandato judicial.

“Artículo 2°. - Derechos fundamentales de la persona”

Toda persona tiene derecho: (...)

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

El Tribunal Constitucional en el caso *Rodolfo Berrospi Álvarez* sentencia recaída Expediente N° 2863-2002-AA/TC, en su fundamento 3 señala:

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

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

De ello, podemos señalar que, si bien el derecho al secreto de las comunicaciones se encuentra vinculado estrechamente al derecho a la intimidad, estos son distintos pues su ámbito de protección difiere, conforme lo ha señalado **Balague Callejón**:

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

Es así, que cuando estos dos derechos confluyen, debemos realizar un test de ponderación a fin de ver cual prevale, ello, en atención de lo señalado por la teoría de los derechos fundamentales, que refiere que ningún derecho es absoluto y todos pueden ser restringidos. Aunado a ello, debemos señalar que sobre este tema el Tribunal Constitucional se ha pronunciado, conforme se aprecia en los siguientes casos:

a. **Caso: Correo electrónico y relaciones laboral²⁴**

Este caso, el Tribunal Constitucional preciso que la forma de cómo se obtuvo los mensajes vulnero la última parte del artículo 2º, inciso 10) de la Constitución, por lo que carece valor probatorio²⁵, es así, que reconoció el secreto a las comunicaciones en el ámbito de las relaciones laborales, determinando nulo el despido sobre la utilización de una prueba ilícita.

b. **Caso: Comunicación sentimental en recinto militar²⁶.**

El Tribunal Constitucional precisa que como la información se obtuvo del celular de la cadete, al momento de haber sido requisado (al existir norma interna que prohibía portar celulares en la Escuela militar), sin contar con autorización del dueño de este equipo, se produjo una indebida invasión de su correspondencia, ya que no se contó con una orden judicial. Lo que, conlleva, que el Tribunal Constitucional no reconozca el valor de la “prueba” obtenida ilícitamente y dispuso que la alumna retorne a la Escuela Militar.

c. **Caso: Petroaudios²⁷**

²⁴ Sentencia TC Exp. N° 1058-2004-AA/TC, del 18 de agosto de 2004 y la sentencia N° 4224-2009-PA/TC del 19 de julio de 2012.

²⁵ Fundamento N° 22 sentencia Epx. N° 1058-2004-AA/TC.

²⁶ Sentencia TC Exp. N° 3901-2007-AA/TC, del 28 de setiembre de 2009.

El Tribunal Constitucional señaló que los medios de comunicaciones no podían difundir el audio de la intervención telefónica, salvo que cuenten con la autorización de los interlocutores grabados u orden judicial que permita ello, bajo apercibimiento de ser denunciados penalmente.

En torno a la protección y a efectos de habilitar la intervención de las medidas de coerción derivadas de las intervenciones telefónicas, mayormente se ha entendido que afectan el derecho al secreto postal y de las telecomunicaciones, criterio que además sigue la doctrina española, pero en algunas veces lo ha ubicado en la esfera del derecho a la intimidad.

2.4. RESTRICCIONES DEL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

De lo señalado, podemos precisar que el secreto a las comunicaciones representa el principal límite al derecho a la información, en tal sentido, la posible divulgación de cualquier comunicación debe ser consultada y aceptada por el titular de la misma, *considerando que en algunos casos no es necesaria la autorización*. Este último punto, conlleva a un debate previo en la medida que cabría preguntarnos ¿qué información no es susceptible de autorización por el titular para su divulgación?; sobre ello, debemos considerar en **primer término**, el contenido de la información a difundir y el carácter relevante de la misma, consideraciones, que de ninguna forma pueden ser dejadas de lado, y qué por otro lado, tampoco se convierten en un común denominador frente a tales situaciones.

En esta misma línea, el Tribunal Constitucional en el caso de Magaly Medina, ha señalado: “(...). *Sobre dicho caso cabe preguntarnos ¿cuál de los derechos tiene mayor prelación?, en línea a la*

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

*jurisprudencia y doctrina sobre el tema, podemos decir que no existe una respuesta definitiva a la misma, siendo que debe de hacerse una ponderación de los derechos en cada circunstancia en las cuales ambos derechos se vean enfrentados, siendo potestad del juez constitucional el tomar una decisión bajo tal condición*²⁸. La doctrina ha desarrollado la ponderación como medio para resolver situaciones de enfrentamiento de derechos fundamentales²⁹, siendo la misma la llamada a resolver en el caso concreto que derecho debe primar, sin que ello signifique la implementación de una regla general que sirva en iguales proporciones para todos los casos con dicha connotación.

Es por ello que el derecho a la intimidad en el artículo 2° inciso 7) de la Constitución debe ser analizado de manera conjunta con el inciso 10) del mencionado artículo, para poder determinar si es posible restringir el derecho de la intimidad y el secreto de las comunicaciones, al señalar:

Artículo 2°. -Derecho Fundamentales.

Toda persona tiene derecho:

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

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

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

²⁸ STC N° 6712-2005-HC/TC, fundamentos 61 a 66.

²⁹ Idem

En el ámbito penal, el Ministerio Público viene utilizando la intervención de comunicaciones dentro de las investigaciones que tienen a su cargo, con el fin de descubrir la verdad y el esclarecimiento de los hechos, para ello, restringe el derecho al secreto de las comunicaciones de la persona investigada, el cual se da a través de una resolución debidamente motivada. Es por ello, que para evitar posibles excesos se ha establecido principios generales que deben ser considerados al momento de emitir resolución judicial, las mismas que deberán considerar:

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

- d) **Principio de proporcionalidad:** Como antes se indicó, la motivación de la resolución debe consagrar un simple juicio de proporciones entre sacrificio del derecho y el fin investigador que se pretende con su adopción.

2.4.1. Restricción del derecho al secreto de las comunicaciones en la Ley N° 27697

En nuestro ordenamiento jurídico se facultó al Fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en Caso Excepcional a través de la **Ley N° 27697 (de fecha 12 de abril del 2002)**, la cual inicial en su artículo 1º, establecía inicialmente que se podía Levantar el Secreto de las comunicaciones en solo en 12 delitos, luego con el Decreto Legislativo N° 991, estableció siete supuestos nuevos en el cual se podía levantar el secreto de las comunicaciones, posterior a esta modificatoria, con la Ley N° 30096, se volvió a modificar dos supuestos en el mencionado artículo con el fin de incorporar un nuevo supuesto y retirar una ya contemplado, conforme se detalla a continuación:

Cuadro 1: COMPARACIÓN DE LA LEY N 27697, EL DECRETO LEGISLATIVO N 991 Y LA LEY N 30096

LEY 27697 (fecha 12 de abril del 2002)	Decreto Legislativo N° 991 (fecha 21 de julio del 2007)	Ley N° 30096 (30 de diciembre del 2016)
<i>“(…) Sólo podrá hacerse uso de la facultad prevista en esta ley en los siguientes delitos:</i>	<i>“Sólo podrá hacerse uso de la facultad prevista en la presente Ley en los siguientes delitos:</i>	<i>“Solo podrá hacerse uso de la facultad prevista en la presente Ley en los siguientes delitos:</i>
<ol style="list-style-type: none"> 1. Secuestro agravado 2. Tráfico de menores 3. Robo agravado 4. Extorsión agravada 5. Tráfico ilícito de drogas 6. Asociación ilícita para 	<ol style="list-style-type: none"> 1) Secuestro 2) Trata de personas 3) Pornografía infantil 4) Robo agravado 5) Extorsión 6) Tráfico ilícito de drogas 7) Tráfico ilícito de 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Secuestro 2. Trata de personas. 3. Pornografía infantil 4. Robo agravado. 5. Extorsión. 6. Tráfico ilícito de drogas. 7. Tráfico ilícito de

<i>delinquir</i>	<i>migrantes</i>	<i>migrantes.</i>
7. Delitos contra la humanidad	8) <u>Asociación ilícita para delinquir</u>	8. Delitos contra la humanidad.
8. Atentados contra la seguridad nacional y traición a la patria	9) Delitos contra la humanidad	9. Atentados contra la seguridad nacional y traición a la patria.
9. Peculado	10) Atentados contra la seguridad nacional y traición a la patria	10. Peculado.
10. Corrupción de funcionarios	11) Peculado	11. Corrupción de funcionarios.
11. Terrorismo	12) Corrupción de funcionarios	12. Terrorismo.
12. Delitos tributarios y aduaneros”	13) Terrorismo	13. Delitos tributarios y aduaneros.
	14) - Delitos tributarios y aduaneros	14. Lavado de activos.
	15) Lavado de Activos	15. Delitos informáticos.”
	16) <u>Otros delitos, cuando existan suficientes elementos de convicción que permitan prever que el agente forma parte de una organización criminal”.</u>	

ELABORACIÓN PROPIA: EXTRAIDO DE LEY N 27697, EL DECRETO LEGISLATIVO N 991 Y LA LEY N 30096

Además, el Decreto Legislativo N° 991, modifico los numerales 5) y 12) del artículo 2° Ley N° 27697, a fin hacer presiones sobre quien es el funcionario que debe realizar el control de las comunicaciones, el apoyo que debe brindar las operadoras de telefonía para que se realice la intervención telefónica en tiempo real, el plazo en el que el Juez debe emitir la resolución judicial y las formas de como notificar la resolución judicial, que dando de la siguiente manera:

Cuadro 2: COMPARACIÓN DE LA LEY N 27697 Y EL DECRETO LEGISLATIVO N 991

LEY 27697	Decreto Legislativo N° 991
(fecha 12 de abril del 2002)	(fecha 21 de julio del 2007)

<p>Artículo 2.- Normas sobre recolección, control de comunicaciones y sanción</p>	<p>Artículo 2.- Normas sobre recolección, control de comunicaciones y sanción</p>
<p>(...)</p> <p>5.- El Fiscal Recolector podrá contar con el auxilio del personal del Ministerio Público, de la Policía Nacional del Perú y de personas naturales o jurídicas expertas en la actividad de recolección o de control, si las características de la comunicación así lo requiriese. Todas estas personas están obligadas a guardar reserva sobre la información a que lleguen a tomar conocimiento a propósito de la intervención, bajo responsabilidad penal, civil y administrativa.</p> <p>12.- El Juez dará atención preferente e inmediata a las solicitudes que se fundamenten en una urgencia sustentada por el Fiscal Recolector”.</p>	<p>(...)</p> <p>5. El Fiscal recolector supervisa la intervención y control de las comunicaciones, que realiza el personal autorizado del Ministerio Público y/o de la Policía Nacional del Perú, con el apoyo técnico de las empresas operadoras de comunicaciones con la finalidad de asegurar la intervención o control de las mismas en tiempo real. Asimismo, si las características de las comunicaciones lo requieren, podrá solicitar el apoyo de personas naturales o jurídicas expertas en la actividad de recolección. Las empresas de comunicaciones, inmediatamente después de recepcionada la resolución judicial de autorización, sin mediar trámite previo y de manera ininterrumpida, facilitarán en tiempo real el control o recolección de las comunicaciones que son materia de la presente Ley, a través de sus propios técnicos o funcionarios, permitiendo, al personal autorizado señalado en el párrafo precedente, la utilización de sus equipos tecnológicos, que constituyan el soporte material o energético en el cual se porta o transmite la comunicación, bajo apercibimiento de ser denunciados por delito de desobediencia a la autoridad, en caso de incumplimiento. Los encargados de realizar la intervención están obligados a guardar reserva sobre la información que adquieran a propósito de la misma, bajo responsabilidad, penal, civil y administrativa.”</p> <p>12. El Juez dará atención preferente e inmediata a las solicitudes que se fundamenten en una urgencia sustentada por el Fiscal Recolector, emitiendo la resolución correspondiente dentro de las veinticuatro (24) horas de recepcionada. Dicha resolución deberá ser comunicada al Fiscal recolector, en el mismo término, por facsímil, correo electrónico, u otro medio de comunicación válido que garantice su veracidad, sin</p>

	perjuicio de su notificación
--	------------------------------

ELABORACIÓN PROPIA: EXTRAIDO DE LEY N 27697, EL DECRETO LEGISLATIVO N 991

2.4.2. Restricción del derecho al secreto de las comunicaciones en el código procesal penal

En el artículo 230º del Código Procesal Penal se estableció cuando el Fiscal podrá solicitar el Levantamiento del Secreto de las Comunicaciones, para ello, se deberá cumplir presupuestos formales como materiales, siendo que en el caso en el **presupuesto material**, se deben dar dos supuestos de manera copulativa, **el primero**, que tenga suficientes elementos de convicción de la comisión de un delito, el cual debe ser sancionado con una pena mayor de cuatro años de pena privativa de libertad, y, **el segundo**, que la intervención del levantamiento del secreto de las comunicaciones sea absolutamente necesaria para continuar con las diligencias que se viene desarrollando dentro de una investigación. Es de mencionar, que este requerimiento puede ser solicitado contra la persona que se investiga y/o contra las personas que se encuentren vinculada a este, para ello, se deberá acreditar esta vinculación de manera objetiva. Con respecto al **presupuesto formal**, se precisa que en el requerimiento se debe precisar: **a)** el nombre y la dirección de las personas sobre la que recaerá la restricción, si se tuviera conocimiento de ello, **b)** se deberá indicar el abonado telefónico a intervenir, **c)** como si esta se realizara en tiempo real y/o de datos históricos, debiendo señalar el plazo y/o periodo, y, **d)** el nombre de la unidad policial y fiscal que ejecutaran la medida de levantamiento del secreto de las comunicaciones.

Aunado ello, se tiene que algunos de los numerales del artículo 230º del Código Procesal Penal del 2014, han sido modificados a fin de que se restrinja el derecho de levantamiento del secreto de las comunicaciones sin vulnerar ningún derecho más, como de que se dé una mejor ejecución, conforme se aprecia en las siguientes tablas:

Cuadro 3: COMPARACIÓN CON EL CODIGO PROCESAL PENAL Y LA LEY N 30777

Código Procesal Penal 2004	Ley Nº 30777 (Tercera Disposición Complementaria)
Artículo 230 Intervención o grabación o registro de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación	Artículo 230. - Intervención, grabación o registro de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación y geolocalización de teléfonos móviles
<p>3. El requerimiento del Fiscal y, en su caso, la resolución judicial que la acuerde, deberá indicar el nombre y dirección del afectado por la medida, así como, de ser posible, la identidad del teléfono u otro medio de comunicación o telecomunicación a intervenir y grabar o registrar. También indicará la forma de la interceptación, su alcance y su duración, al igual que la autoridad o funcionario, policial o de la propia Fiscalía, que se encargará de la diligencia de interceptación y grabación o registro</p>	<p>3. El requerimiento del Fiscal y, en su caso, la resolución judicial que la autorice, deberá indicar el nombre y dirección del afectado por la medida si se conociera, así como, de ser posible, la identidad del teléfono u otro medio de comunicación o telecomunicación a intervenir, grabar o registrar. También indicará la forma de la interceptación, su alcance y su duración, al igual que la dependencia policial o Fiscalía que se encargará de la diligencia de intervención y grabación o registro.</p> <p>El Juez comunicará al Fiscal que solicitó la medida el mandato judicial de levantamiento del secreto de las comunicaciones. La comunicación a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones, a efectos de cautelar la reserva del caso, será mediante oficio y en dicho documento se transcribirá la parte concerniente."</p>

ELABORACIÓN PROPIA: EXTRAIDO DEL CODIGO PROCESAL PENAL Y LA LEY N 30777

De lo mencionado, se colige que después de la modificatoria del numeral 3 del artículo 230º Código Procesal Penal, se hace la precisión la forma de cómo se pondrá en conocimiento de la

resolución judicial que autoriza el levantamiento del secreto de las comunicaciones a las operadoras de telefonía.

Cuadro 4: COMPARACIÓN CON EL CÓDIGO PROCESAL PENAL, LA LEY N 30777, LEY N 30096 Y LEY N 30171

Código Procesal Penal 2004	Ley N° 30777 (Tercera Disposición Complementaria)	Ley N° 30096 (Tercera Disposición Complementaria)	Ley N° 30171
<p>4. Las empresas telefónicas y de telecomunicaciones deberán posibilitar la diligencia de intervención y grabación o registro, bajo apercibimiento de ser denunciados por delito de desobediencia a la autoridad. Los encargados de realizar la diligencia y los servidores de las indicadas empresas deberán guardar secreto acerca de la misma, salvo que se les citare como testigos al procedimiento</p>	<p>4. Los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones deben facilitar, en forma inmediata, la geolocalización de teléfonos móviles y la diligencia de intervención, grabación o registro de las comunicaciones que haya sido dispuesta mediante resolución judicial, en tiempo real y en forma ininterrumpida, las 24 horas de los 365 días del año, bajo apercibimiento de ser pasible de las responsabilidades de ley en caso de incumplimiento. Los servidores de las indicadas empresas deberán guardar secreto acerca de las</p>	<p>4. Los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones deberán facilitar, en el plazo máximo de treinta días hábiles, la geolocalización de teléfonos móviles y la diligencia de intervención, grabación o registro de las comunicaciones, así como la información sobre la identidad de los titulares del servicio, los números de registro del cliente, de la línea telefónica y del equipo, del tráfico de llamadas y los números de protocolo de internet, que haya sido dispuesta mediante resolución judicial, en tiempo real y en forma ininterrumpida, las veinticuatro horas de los trescientos sesenta y cinco días del año, bajo apercibimiento de ser pasible de las responsabilidades de ley en caso de</p>	<p>4. Los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones deben facilitar, en forma inmediata, la geolocalización de teléfonos móviles y la diligencia de intervención, grabación o registro de las comunicaciones que haya sido dispuesta mediante resolución judicial, en tiempo real y en forma ininterrumpida, las 24 horas de los 365 días del año, bajo apercibimiento de ser pasible de las responsabilidades de Ley en caso de incumplimiento. Los servidores de las indicadas empresas deben guardar secreto acerca de las mismas, salvo que se les citare como testigo al procedimiento.</p> <p>Dichos concesionarios otorgarán el acceso, la compatibilidad y conexión de su tecnología con el Sistema de Intervención y Control de las Comunicaciones de la Policía Nacional del Perú. Asimismo, cuando por razones de</p>

	<p>mismas, salvo que se les citare como testigo al procedimiento</p> <p>Dichos concesionarios otorgarán el acceso, la compatibilidad y conexión de su tecnología con el Sistema de Intervención y Control de las Comunicaciones de la Policía Nacional del Perú. Asimismo, cuando por razones de innovación tecnológica los concesionarios renueven sus equipos y software, se encontrarán obligados a mantener la compatibilidad con el Sistema de Intervención y Control de las Comunicaciones de la Policía Nacional."</p>	<p>incumplimiento. Los servidores de las indicadas empresas deberán guardar secreto acerca de las mismas, salvo que se les citare como testigos al procedimiento. El juez fija el plazo en atención a las características, complejidad y circunstancias del caso en particular.</p> <p>Dichos concesionarios otorgarán el acceso, la compatibilidad y conexión de su tecnología con el Sistema de Intervención y Control de las Comunicaciones de la Policía Nacional del Perú. Asimismo, cuando por razones de innovación tecnológica los concesionarios renueven sus equipos o software, se encontrarán obligados a mantener la compatibilidad con el Sistema de Intervención y Control de las Comunicaciones de la Policía Nacional del Perú."</p>	<p>innovación tecnológica los concesionarios renueven sus equipos y software, se encontrarán obligados a mantener la compatibilidad con el sistema de intervención y control de las comunicaciones de la Policía Nacional del Perú</p>
--	---	---	--

ELABORACIÓN PROPIA: EXTRAIDO DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, LA LEY N 30777, LEY N 30096 Y LEY N 30171

En esta misma línea se tiene que después de las modificatorias realizadas en el numeral 4) del artículo del 230º del Código Procesal, se ha podido establecer de manera obligatoria que las empresas de telefonía deben brindar las facilidades del caso a efectos de que se ejecute la medida de levantamiento del secreto de las comunicaciones, la cual no debe ser

interrumpida por ningún motivo, debiendo mantener el secreto de la misma. Aunado a ello, incorpora la reglamentación respecto a la geolocalización, como el plazo que tienen para que remitan la información de los datos históricos de un abonado telefónico.

Cuadro 5: **COMPARACIÓN CON EL CÓDIGO PROCESAL PENAL Y LA LEY N 30777**

Código Procesal Penal 2004	Ley N° 30777 (Tercera Disposición Complementaria)
6. La interceptación no puede durar más de treinta días. Excepcionalmente podrá prorrogarse por plazos sucesivos, previo requerimiento del Fiscal y decisión motivada del Juez de la Investigación Preparatoria	6. La interceptación no puede durar más de sesenta días. Excepcionalmente podrá prorrogarse por plazos sucesivos, previo requerimiento sustentado del Fiscal y decisión motivada del Juez de la Investigación Preparatoria.

ELABORACIÓN PROPIA: EXTRAIDO DEL CODIGO PROCESAL PENAL Y LA LEY N 30777

También, se hace la ampliación del plazo mediante la cual se podrá intervenir el abonado telefónico de la persona investigada y/o de las vinculadas a él, como de precisar que si se requiere seguir restringiendo el derecho al secreto de las comunicaciones se deberá solicitar al Juez que otorgo la medida, para lo cual se deberá adjuntar los elementos que acrediten esta necesidad, siendo que del ser el caso contrario el Fiscal deberá interrumpir la ejecución de la medida restrictiva.

Cuadro 6: **COMPARACIÓN CON EL CÓDIGO PROCESAL PENAL Y LA LEY N 30777**

Código Procesal Penal 2004	Ley N° 30777 (Tercera Disposición)
-----------------------------------	---

Complementaria)	
Artículo 231 Registro de la intervención de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación.	Artículo 231 Registro de la intervención de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación.
1. La intervención de comunicaciones telefónicas, radiales o de otras formas de comunicación que trata el artículo anterior, será registrada mediante su grabación magnetofónica u otros medios técnicos análogos que aseguren la fidelidad del registro. La grabación será entregada al Fiscal, quien dispondrá su conservación con todas las medidas de seguridad correspondientes y cuidará que la misma no sea conocida por terceras personas	<i>1. La intervención de comunicaciones telefónicas, radiales o de otras formas de comunicación que trata el artículo anterior será registrada mediante la grabación y aseguramiento de la fidelidad de la misma. Las grabaciones, indicios y/o evidencias recolectadas durante el desarrollo de la ejecución de la medida dispuesta por mandato judicial y el Acta de Recolección y Control serán entregados al Fiscal, quien dispone su conservación con todas las medidas de seguridad al alcance y cuida que las mismas no sean conocidas por personas ajenas al procedimiento.</i>

ELABORACIÓN PROPIA: EXTRAIDO DEL CODIGO PROCESAL PENAL Y LA LEY N 30777

Asimismo, en el artículo 231º del Código Procesal Penal se ha regulado la forma de conservación del registro de las comunicaciones que se obtienen como consecuencia de la intervención de las comunicaciones telefónicas o de otras formas, para ello, esta deberán ser grabada en un CD, el cual se generara un código hash, levantándose la respectiva cadena de custodia para asegurar su fidelidad de la misma, independientemente de ello, las comunicaciones relevantes se plasmaran en las acta de recolección y control de comunicaciones, los cuales serán custodiados por el Fiscal Recolector para mantener su reserva.

Cuadro 7: COMPARACIÓN CON EL CÓDIGO PROCESAL PENAL Y LA LEY N 30777

Código Procesal Penal 2004	Ley N° 30777 <i>(Tercera Disposición Complementaria)</i>
<p>2. El Fiscal dispondrá la transcripción escrita de la grabación, levantándose el acta correspondiente, sin perjuicio de conservar los originales de la grabación. Las comunicaciones que fueren irrelevantes para el procedimiento serán entregadas, en su oportunidad, a las personas afectadas con la medida, y se destruirá toda la transcripción o copias de ellas por el Ministerio Público. No rige esta última disposición respecto de aquellas grabaciones que contuvieren informaciones relevantes para otros procedimientos en tanto pudieren constituir un hecho punible</p>	<p>2. Durante la ejecución del mandato judicial de los actos de recolección y control de las comunicaciones se dejará constancia en el Acta respectiva de dichos actos. Posteriormente, el Fiscal o el Juez podrán disponer la transcripción de las partes relevantes de las comunicaciones, levantándose el acta correspondiente, sin perjuicio de conservar la grabación completa de la comunicación. Las grabaciones serán conservadas hasta la culminación del proceso penal correspondiente, ocasión en la cual la autoridad judicial competente dispondrá la eliminación de las comunicaciones irrelevantes. Igual procedimiento adoptará el Fiscal en caso la investigación no se judicialice, previa autorización del Juez competente.</p> <p>Respecto a las grabaciones en las que se aprecie la comisión de presuntos delitos ajenos a los que son materia de la investigación, el Fiscal comunicará estos hechos al Juez que autorizó la medida, con la celeridad e inmediatez que el caso amerita.</p> <p>Las Actas de Recolección y Control de las Comunicaciones se incorporarán a la investigación, al igual que la grabación de las comunicaciones relevantes.</p>

En igual sentido, se ha modificado el inciso 2) del artículo 231º del Código Procesal Penal, a fin de precisar que durante la ejecución de la medida de levantamiento del secreto de las comunicaciones, el Fiscal Recolector tiene determinadas funciones para la recolección y control de las comunicaciones que se registren como consecuencia de la intervención de los abonados telefónicos sobre el cual recae la medida restrictiva, siendo **la primera**, seleccionar las comunicaciones relevantes para el esclarecimiento de los hechos que se viene investigando, **la segunda**, disponer la transcripción de estas comunicaciones, las cuales deberá realizarlas la unidad policial que forma parte de la OFIATJ- PNP, y, **la tercera**, la custodia de las actas de recolección y control de comunicaciones, como de los CD donde se guarden las comunicaciones relevantes.

Cuadro 8: COMPARACIÓN CON EL CÓDIGO PROCESAL PENAL Y LA LEY N 30777

Código Procesal Penal 2004	Ley N° 30777 (Tercera Disposición Complementaria)
	<p>5. Si durante la ejecución del mandato judicial de intervención y control de las comunicaciones en tiempo real, a través de nuevos números telefónicos o de identificación de comunicaciones, se tomará conocimiento de la comisión de delitos que atenten contra la vida e integridad de las personas, y cuando se trate de los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas y secuestro, a cometerse en las próximas horas, el Fiscal, excepcionalmente y dando cuenta en forma inmediata al Juez competente para su convalidación, podrá disponer la incorporación de dicho número al procedimiento de intervención de las comunicaciones ya existente, siempre y cuando el Juez en el mandato judicial prevenga esta</p>

ELABORACIÓN PROPIA: EXTRAIDO DEL CODIGO PROCESAL PENAL Y LA LEY N 30777

Por otro lado, en el mencionado numeral precisa que si como consecuencia de la intervención de las comunicaciones, se toma conocimiento de un delito diferente al que se investiga el Fiscal deberá poner en conocimiento al Juez, debiendo tener en cuenta que ello, no afecte a la investigación que tiene a cargo.

Asimismo, se incorpora una **nuevo supuesto de manera excepcional** en el cual se puede restringir el derecho del secreto de las comunicaciones sin autorización judicial, ello, se permitirá, bajos los siguientes supuestos: **a)** cuando se tome conocimiento *a través de un abonado telefónico que está sujeto a medida restrictiva* la comisión de delitos que *atenten contra la vida e integridad de las personas, y cuando se trate de los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas y secuestro, a cometerse en las próximas horas*, **b)** que el Juez haya previsto este supuesto de manera eventual en la resolución judicial que autorizo el levantamiento del secreto de las comunicación del abonado telefónico del cual se tomó conocimiento de la situación antes mencionada, y, **c)** que el hecho sea puesto de conocimiento de manera inmediata al Juez para su convalidación.

Es de señalar, que con el fin de que estas normas tengan una mejor aplicación en la lucha eficaz contra la delincuencia y el crimen organizado, se estableció un Protocolo de Intervención o Grabación de Registro de Comunicaciones Telefónicas o de otras formas de comunicación”, mediante el cual se establece el procedimiento de la Intervención de las comunicaciones desarrollado por la Policía Nacional, el Ministerio Público y el Poder Judicial.

Por otro lado, se debe señalar que la intervención que conlleva la intervención de comunicaciones frente al derecho del secreto de las comunicaciones, cobra suma importancia, ya que no puede obviarse que a través de ellas lleguemos a conocer información personal del imputado sin

su conocimiento, que en un futuro nos servirá como prueba en el proceso que se le siga, es por ello, que de manera indirecta su protección se da a través del derecho a la intimidad, derecho que está reconocido en nuestra Constitución, y algunos doctrinarios mencionan al derecho a la privacidad como uno de sus componentes, y otros lo distinguen como una esfera diversa de aquél, y hay quienes señalan que dependen de las circunstancias que se deberá vincular con el derecho a la privacidad o no.

Sin embargo, debemos de tener en cuenta que por más que se cuente con la autorización judicial para invadir la esfera de intimidad de la persona, indirectamente en todos los casos se lesiona aquella libertad, pues el secreto constituye su presupuesto, ya que es la elección de la persona de utilizar un determinado medio y las circunstancias de su utilización en diversos ámbitos físicos para evaluar la voluntad de esta si desea dar o no a conocer el contenido de la información que transmite a un tercero de su entorno.

Como ya se dijo, el derecho a la intimidad protege el ámbito más reservado de la persona, mientras que el del secreto de las comunicaciones, tutela el derecho respecto a la información que se relaciona con ella, abarcando tanto la que tenga un contenido más íntimo como la que no guarda relación con ninguna intimidad, por lo que la protección del derecho al secreto de las comunicaciones es más amplia que la de la intimidad.

Es por ello, que el Estado por un lado protege y consagra los derechos fundamentales y, por otro lado, habilita su restricción en función de fines superiores a los individuales, teniendo para ello una ley especial, que en nuestro caso es la Ley N 27697 , en la cual se ha establecido en qué casos se puede restringir el derecho al secreto de las comunicaciones del cual goza toda persona, y esta se dará a través de una resolución o disposición motivada por parte del órgano jurisdiccional con las garantías establecidas por la Ley.

Admitido la restricción de los derechos fundamentales antes mencionados, ahora veremos si esta restricción reúne los requisitos para que este justificada constitucionalmente para ello se debe tener en cuenta “*el juicio de ponderación, los requisitos de previsión legal, la necesidad para proteger intereses superiores de una sociedad democrática y la tutela suficiente contra intrusiones abusivas*”³⁰.

Corresponde entonces determinar si la normatividad con la que se cuenta para disponer la intervención telefónica de las comunicaciones personales, resulta ser la adecuada para invadir la intimidad de las personas que se presumen que están realizando alguna actividad ilícita, ya que esta invasión en la esfera íntima no puede hacerse en cualquier caso, ni por cualquier razón o finalidad, sino sólo en supuestos excepcionales que deben hallarse previamente determinados por ley y con expresión de los motivos que la justifican, por lo que una regulación vaga e imprecisa de la intervención iría en contra de nuestra Constitución.

Es así, que para no desnaturalizar la inmunidad del secreto de las comunicaciones, la reglamentación debe satisfacer un mínimo de condiciones que permitan asegurar el núcleo del derecho fundamental frente a posibles afectaciones arbitrarias o irrazonables, es por ello, que la ley debe definir que personas pueden ser susceptibles de escuchas judiciales, en que infracciones penales se puede dar lugar a ello, se debe fijar un periodo de tiempo para la ejecución de la medida, los requisitos que debe contar las actas donde se consignen las conversaciones interceptadas, así como la utilización y el borrado de las grabaciones que se realicen, especialmente en los casos que se sobresean o se absuelvan, los cuales se desarrollaran con profundidad en los capítulos posteriores.

³⁰ SALAZAR CALDERON SAMALVIDES, Katerine, “Repercusiones jurídicas por la intervención de comunicaciones y telecomunicaciones reguladas por el nuevo Código Procesal Penal en los Derechos Fundamentales de Personas Investigadas”, Universidad Católica Santa María, 2016, Pag. 29, véase en <https://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/bistream/handle/UCSM/5650/9B.0354.DR.pdf?sequence=1&isAlloed=y>

Es por ello, que los organismos internacionales han señalado que *“el poder del Estado para garantizar la seguridad y mantener el orden público no es ilimitado, sino que su actuación está condicionada por el respeto de los derechos fundamentales de las personas que se encuentran bajo su protección y a la observación de los procedimientos conforme a derecho, es en este marco constitucional que debe comprenderse, la utilización del registro de comunicaciones telefónicas a los fines de la investigación penal que requiere ser emitida por un juez competente mediante resolución debidamente motivado”*³¹.

Asimismo, se debe tener en cuenta el doble ámbito de protección constitucional que involucra el tema que se está abordando y, como señala Roxin: *“Pertenece a los principios internacionalmente reconocidos de un procedimiento penal propio del Estado de Derecho que el imputado no tiene que incriminarse a sí mismo y que tampoco su esfera individual debe quedar desprotegida, a merced de la intervención del Estado”*³².

También Muñoz Conde, expresa que: *“(...) el progresivo debilitamiento del principio de autoincriminación es una realidad cada vez más frecuente en la praxis policial y judicial encargada de la persecución de los delitos que, con uno y otro pretexto, y con más o menos ingenio jurídico, consiguen que sea el propio inculpado el que suministra el material probatorio en su contra, pero muchos de estos casos, aunque confirmados por una jurisprudencia cuestionable, no dejan de ser casos puntuales que podrían ser considerados como excepcionales, sino fuera por su capacidad para convertirse en el modelo generalizable... Pero este peligro evidente para la vigencia del principio de autoincriminación, lo es también para el otro derecho fundamental reconocido como tal en casi todas las Constituciones y Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos; me refiero al derecho*

³¹ ROXIN, Claus, La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2008,p.59.

³² ROXIN, Claus, La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2008,p.59.

*al secreto de las comunicaciones, a la intimidad y sobre todo a la inviolabilidad del domicilio privado*³³.

Es que, por una parte, el derecho al secreto de las comunicaciones está comprendido como la derivación de la vida privada, la intimidad y la libre comunicación, por lo que merece la protección si se dan intervenciones de manera arbitraria, por otra parte, esas comunicaciones no son inmunes a las intervenciones dadas por el órgano jurisdiccional resultando, en principio, admisibles y no lesivas del principio de autoincriminación, sino que en base a lo que se escucha, permite tener indicios para que se realice investigaciones a fin de corroborar si lo escuchado se vincula con alguna actividad ilícita.

Es así, que podemos concluir que la normatividad nacional e internacional que ampara el levantamiento del secreto de las comunicaciones, aplicada correctamente no vulnerara el principio de autoincriminación ya que a través de una resolución debidamente motivada se dará una tutela a la intimidad y a la privacidad de las personas a las que se escucha sus comunicaciones, además habrán límites a la intervención estatal para que no exista una doble lesión constitucional en relación al derecho de intimidad y al secreto de las comunicaciones, los cuales se desarrollaran en el siguiente capítulo, para una mejor explicación .

³³ MUÑOZ CONDE, Luis, De las prohibiciones probatorias al derecho procesal del enemigo, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2008, ps. 65-66.

CAPITULO III: LOS LÍMITES QUE SE DEBEN TOMAR EN CUENTA AL MOMENTO DE AUTORIZAR UNA MEDIDA DE LEVANTAMIENTO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES A FIN DE NO VULNERAR EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

3.1.- INTRODUCCIÓN

Desde hace más de una década la mayoría de las investigaciones que se realizan en nuestro país, se basan en la información que se obtiene de la intervención telefónica de los abonados telefónicos que utilizan las personas que se dedican a actividades ilícitas, ello con el fin de poder tomar conocimiento de la forma de como realizan su conducta que va contra la ley, si bien es cierto, ello ha conllevado en gran parte a poder desarticular varias organizaciones criminales, hasta ahora no se ha analizado si estas medidas han sido dadas sin vulnerar algún derecho, pues no nos hemos puesto a evaluar si la resolución judicial que otorgo esta medida estuvo debidamente justificada, si soporta el principio de legalidad, de proporcionalidad y si existe una debida motivación para

restringir un derecho protegido por nuestra Constitución, análisis que realizaremos en el presente capítulo, para ello partiremos del concepto de intervención de comunicaciones que se le ha dado en la doctrina española., siendo algunos de ellos los siguientes:

La intervención telefónica se puede definir como “aquellas medidas instrumentales restrictivas del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas, ordenadas y ejecutadas en la fase instructora de un proceso penal bajo la autoridad del órgano judicial competente, frente a un imputado u otros sujetos de los que este 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, averiguar al delincuente y, en su caso, aportar al juicio oral determinados elementos probatorios”³⁴.

Se establece una clara distinción entre lo que debe entenderse por intervención telefónica como medio lícito de investigación con la finalidad de recabar elementos de convicción encaminados a servir de prueba en el juicio oral, bien para facilitar la obtención de las verdaderas pruebas; y lo que es la intervención telefónica, como medio de prueba en sí, que en no pocas ocasiones ha sido equiparado a la prueba documental³⁵.

*“Las intervenciones telefónicas mediante las cuales se investiga la existencia de un delito y las personas responsables de éste, pueden ser utilizadas como línea o método de investigación criminal y también su resultado puede ser valorado como prueba por el juzgador. **En ambos casos se requiere como exigencia indefectible la observancia de una serie de requisitos que garantizan que la intervención en el ámbito de la intimidad personal que protege nuestra Constitución se lleva de manera constitucionalmente correcta.** Pero además para que las conversaciones obtenidas como fruto de la medida investigadora puedan*

³⁴ TOMÁS LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Las intervenciones telefónicas en el proceso penal, Madrid, Ed. Colex, 1991, págs. 14 a 20. Véase en el link [file:///D:/Users/FN/Downloads/Dialnet-LasExcuchasTelefonicasAntecedesYRegulacion-5211403%20\(2\).pdf](file:///D:/Users/FN/Downloads/Dialnet-LasExcuchasTelefonicasAntecedesYRegulacion-5211403%20(2).pdf)

³⁵ RODRIGUEZ LAINZ, José Luis, “La intervención de las comunicaciones telefónicas”, Editorial Bosch, Primera Edición: mayo 2002. España. Pág. 21

alcanzar la categoría de elemento de prueba válido y eficaz, es necesario que se complementen con otros requisitos de naturaleza procesal, es decir del principio de legalidad, pues su inobservancia tendrá como única consecuencia la imposibilidad legal de que sean valoradas como tales, tanto si estas últimas son independientes y autónomas de la intervención telefónica como si, derivadas de ésta, la medida de la que emanan no adolece de ningún reproche de contenido constitucional”³⁶.

Es de mencionar, que nuestro país ha asumido estos conceptos, lo cual ha regulado a través del artículo 230 del Código Procesal Penal, estableciendo determinados requisitos que se deben tomar en cuenta al momento de restringir el secreto de las comunicaciones de una persona, ello con el fin de no vulnerar su derecho fundamental, que considero que son básicos, los cuales durante los años desde que se viene utilizando esta técnica investigativa se ha ido desnaturalizando pues en un inicio era de aplicación para casos de tráfico ilícito de droga, luego de ello, se empezó a utilizar en casos de secuestros y de extorsión, y actualmente se viene utilizando para todo delito que sea sancionado superior a los cuatro años.

Es por ello, que considero que al ser una técnica investigativa de carácter especial por el tipo de derecho que se restringen debería realizarse bajo un análisis justificado en situaciones especiales y no solo con el cumplimiento de los requisitos establecidos en la norma antes mencionada, para ello, se deberá tomar en cuenta, lo señalado por Uría Martínez, respecto a que *“El principio de legalidad y la calidad de la norma habilitante de la intervención en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, tiene un contenido mínimo exigido que se desenvuelve en dos ámbitos; **el primero de ellos**, referido a los motivos por el cual se justifica autorizar la medida de intervención telefónica, la cual debe estar vinculadas a los parámetros finalísticos como la seguridad*

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo Español- Segunda Sala de lo Penal N° 1729/2000, de fecha 06 de noviembre del 2000, en su fundamento tercero, véase el link: <https://supremo.vlex.es/vid/delito-salud-15199840> .

*nacional, seguridad pública, bienestar económico del país, prevención del delito, protección de los derechos y libertades de los demás, los cuales deben regirse sin duda por el principio de restrictividad en la interpretación³⁷". **El segundo de los ámbitos**, del contenido mínimo de la norma se desenvuelve dentro de lo que se denomina previsibilidad de la norma, "previsibilidad que ha de garantizar en todo caso la posibilidad que han de tener los particulares de poder prever las consecuencias de su aplicación, a la vez que permitirles el acceso a las condiciones y circunstancias en que los órganos públicos competentes podrán interferir en un ámbito tan importante de su intimidad como es el del secreto de las comunicaciones telefónicas"³⁸.*

En esta línea, también se deberá tomar en cuenta los principios de legalidad, proporcionalidad y **de restrictividad en la interpretación**, con la finalidad de realizar un mejor análisis que justifique la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones, y que no se vulnere este derecho, pues lo que se busca es evitar el abuso del poder, el cual se puede justificar al existir una resolución judicial sin la debida motivación, situación que se vislumbró en la Sentencia del caso Huvig y Kruslin vs Francia que señala "*La finalidad última es de evitar la proliferación de abusos de los poderes públicos en el ejercicio de sus potestades de intervención en la intimidad de los ciudadanos, y más por razón de la privacidad; finalidad que no ha sido ocultada en momento alguno, antes bien, que ha sido una constante referente en las resoluciones que ha tratado la problemática del conflicto de intereses generales*³⁹".

³⁷ URÍA MARTÍNEZ, Joan Francesc, "Intervenciones telefónicas. Aproximación al estado de cuestión. La Prueba en el proceso penal", Manuales de Formación Continuada, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, Pág. 252 y ss.

³⁸ RODRIGUEZ LAINZ, José Luis, "La intervención de las comunicaciones telefónicas", Editorial Bosch, Primera Edición: mayo 2002. España. Pág. 21

³⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia del caso Huvig y Kruslin vs Francia, citada en la página web <https://www.iberley.es/practicos/caso-practico-escuchas-telefonicas-57441>.

Mas aún, si el principio de legalidad señala que para su aplicación esta deberá estar normada previamente, lo cual será una garantía para toda persona a fin de que no se le afecte un derecho constitucional a través de una restricción que no esté prevista y regulada en el Código Procesal Penal; dando así una seguridad jurídica.

A estos principios considero además que se debe sumar el **principio de certidumbre**, a efectos de que se establezca determinados presupuestos y condiciones a fin de analizar si la resolución judicial que restringe el derecho al secreto de las comunicaciones, se ha dado respetando los principios constitucionales que forman parte del núcleo duro de la Constitución, para ello, se deberá tomar en cuenta el principio de reserva de ley, que precisa que, *“si bien es cierto que las exigencias de certeza no son las mismas cuando se trata de imponer limitaciones a la licitud de la conducta individual que cuando se establecen las condiciones bajo las cuales pueden interceptarse legítimamente las comunicaciones telefónicas, también lo es que en todo caso se debe hacer todo lo posible para garantizar la seguridad jurídica”*⁴⁰.

De lo mencionado podemos señalar que toda resolución judicial que autorice el levantamiento del secreto de las comunicaciones, deberá realizar un análisis de los principios de legalidad, de certidumbre, de seguridad jurídica, de restrictividad en la interpretación y de proporcionalidad a efectos de no afectar la inviolabilidad de las comunicaciones de una persona ni su intimidad, para poder utilizar válidamente las comunicaciones que se obtengan como consecuencia de la intervención telefónica que se realice, a efectos de acreditar la actividad delictual que realiza la persona.

Es así, que podemos decir que, si bien la intervención del secreto de las comunicaciones es una técnica necesaria dentro de una investigación, porque permitirá conocer como se viene cometiendo la actividad ilícita,

⁴⁰ RODRIGUEZ LAINZ, José Luis, “La intervención de las comunicaciones telefónicas”, Editorial Bosch, Primera Edición: mayo 2002. España. Pág. 27.

quienes participan en ella, para que se autorice esta debe estar debidamente justificada a fin de no vulnerar ningún derecho fundamental, para que la información que se obtenga sea valorada a nivel de juicio oral y se convierta en prueba.

3.2.- EL ORIGEN DE LA INTERVENCIÓN EN EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

A quedado establecido que la intervención de comunicaciones será constitucionalmente legítimo si esta ha sido autorizada judicialmente dentro de una investigación, para ello, previamente se deberá evaluar si ha superado los requisitos establecidos por el principio de proporcionalidad, es decir, que la restricción que se dé es con un fin constitucionalmente justificado, siendo que en las investigaciones contra organizaciones criminales, es la prevención y represión de los delitos graves que cometen, la cual permitirá de manera idónea recabar elementos de convicción a favor de la investigación que se realiza.

En esta misma línea, debemos de señalar que para que esta medida sea válida, debe estar prevista en nuestro ordenamiento jurídico, conforme lo establece el principio de legalidad, de certidumbre y seguridad jurídica. Además, que la medida sea dada por un juez competente dentro de una investigación o proceso penal, y que se esta sea absolutamente necesaria para proseguir los fines de la investigación.

ESTÉVEZ JIMÉNEZ "señala que los requisitos que se pueden deducir de tal resolución podrían compendiarse en los siguientes: 1). Deben existir indicios, y exteriorizarse en la resolución judicial; 2). Se debe llevar a cabo un mínimo control judicial a lo largo de la investigación policial, 3), Si se ordena el cese de la medida por posibles desvíos, se debe poner en conocimiento de la persona o personas afectadas la operación llevada a cabo, sin mayor límite temporal que el fin de las investigaciones si continúan, para que pueda ejercer las acciones que puedan corresponder, 4), Cuando en el desarrollo de la interceptación, inicialmente acordada, aparece como posible un delito nuevo se debe poner en conocimiento del juez para que sea valorado y se inicie un nuevo procedimiento judicial con respecto al presunto delito aparecido, 5), El soporte magnético donde se guarda las

comunicaciones registradas deben ser remitidas al juzgado para que sean valoradas por este y que se lleve un filtro para el esclarecimiento de los hechos investigados, 6), Debe haber proporcionalidad entre la medida cautelar adoptada y la finalidad perseguida, puesto que la verdad que se pretende obtener en el proceso penal sólo puede alcanzarse dentro de las exigencias, presupuestos y limitaciones establecidas en el ordenamiento jurídico; 7), Se debe precisar en qué habría de consistir la medida, procurando que su realización se lleve a cabo con el mínimo de gravamen para la persona afectada”⁴¹.

Estando a lo mencionado, podemos señalar que se debe tener como presupuestos para que se autorice un levantamiento del secreto de las comunicaciones, los siguientes:

- Que, **exista una debida justificación**, es decir, primero que se adjunten suficientes elementos que permita establecer la vinculación de la persona con los hechos que se investigan, para que a través de la valoración del principio de proporcional se pueda concluir, que esta es idónea, necesaria y proporcional, ya que no existe otra técnica investigativa que se pueda utilizar para poder obtener la información que se busca, supuesto que debe estar debidamente acreditado, sumado al hecho, que se acredite que la persona que se le va a restringir el derecho es una persona que se dedica a la comisión de un delito en calidad de organización criminal y que a través de este se podrá desarticularla.
- Que, se justifique el **principio de especialidad**, el cual establece que exista una congruencia entre la información que se obtiene como consecuencia del levantamiento del secreto de las comunicaciones con los hechos que se investigan, por lo que, si como consecuencia de la ejecución se toma conocimiento de otros hechos se deberá de poner conocimiento al juez que la autorizo.

⁴¹ ESTÉVEZ JIMÉNEZ, Ángel. “La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, Cuadernos de Derecho Judicial, CJPJ, Madrid, 1993.

- Que, se realice un **control judicial en el desarrollo de la medida**, debiéndose tener en cuenta los requisitos de la previsión legal, que el juez que otorgo la medida sea el competente, que se hayan dado los supuestos establecidos en el artículo 230 del Código Procesal Penal,

Se considera entonces que será válida una resolución judicial que autoriza el levantamiento del secreto de las comunicaciones, siempre y cuando este, cumpla con los requisitos establecidos por nuestro ordenamiento jurídico, para lo cual se deberá evaluar si es prudente restringir el derecho al secreto de las comunicaciones del investigado a fin de primar la obtención de la información que se obtenga de esta ejecución a efectos de que se logre la finalidad de la investigación que se está realizando, es por ello, que la decisión que emita el juez debe estar debidamente motivada, debiendo tener en cuenta los principios de necesidad, especialidad, proporcionalidad. Aunado a ello, se debe tener en cuenta, que se deberá evaluar la manera de la ejecución de esta medida restrictiva de derecho a fin de que en el desarrollo no se genere un vicio que ocasione la ilegalidad de la obtención de la información y no se pueda utilizar para acreditar la responsabilidad de los investigados.

3.3.- EL ORGANO JUDICIAL COMO ÚNICO ENTE PARA AUTORIZAR EL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

Estando a lo antes señalado, debemos ahora dar una solución a la interrogante si se vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones de la persona que se investiga, cuando se autoriza el levantamiento del secreto de las comunicaciones, para ello, se deberá evaluar tres requisitos, que son: la competencia, el procedimiento establecido y si resulta indispensable o no decretar el secreto de las actuaciones.

3.3.1. El Juez natural es el que puede autorizar la intervención telefónica.

Se debe tener en cuenta que el juez que autorice una medida limitativa de derecho, debe ser en primer lugar un juez competente, la cual se establecerá de acuerdo a los principios de competencia establecidos en el código procesal penal, además se debe tener en cuenta que por unidad de la investigación en casos excepcionales es posible ampliar competencias a un juez a fin de que autorice la medida limitativa de derechos- levantamiento del secreto de las comunicaciones.

Esta excepcionalidad se dará cuando al inicio de la investigación no se puede llegar a determinar el lugar donde se viene desarrollando la actividad delictiva por parte de los investigados, es por ello, que se deberá aplicar la atribución de competencia territorial, pero deberá primar el principio de unidad de investigación, debido a que ya existe un órgano judicial que ya conoció las medidas de levantamiento del secreto de las comunicaciones, más aún si las conexiones entre una y otra línea no permiten establecer una conjunción de voluntades presuntamente delictivas, una sola acción criminal, sino la posible constatación de diversas ramificaciones o escenarios delictuales independientes, pues lo que se busca es que el órgano jurisdiccional que emitió la resolución autorizando el levantamiento del secreto de las comunicaciones, también realice el control de la ejecución del procedimiento del levantamiento del secreto de las comunicaciones.

3.3.2. El Procedimiento para que la emisión de la resolución judicial que autoriza el levantamiento del secreto de las comunicaciones sea legal

Este tema ha sido materia de cuestionamiento a nivel doctrinal como jurisprudencial, ya que no necesariamente cuando se cometa una irregularidad durante la ejecución de la medida de levantamiento del secreto de las comunicaciones, se deberá declarar como inválida la información obtenida durante las diligencias preliminares, solo se excluirá de manera total si viola derechos fundamentales. Es por ello, que esta resolución judicial se deberá ejecutar en una investigación previa, ya que lo que busca es obtener indicios o elementos de convicción que permita a futuro formalizar una investigación contra las personas que se les restringe este derecho.

Para ello, se establece que la ejecución de esta medida debe estar a cargo de la Fiscalía con apoyo de la policía especializada, de la cual se deberá dar cuenta al Órgano Jurisdiccional, como de poner conocimiento de esta al investigado a fin de que se le brinde la posibilidad de conocer y solicitar el reexamen de la autorización y de su ejecución en el curso del proceso, bien sea en las diligencias preliminares o en el proceso en el que el resultado de la diligencia de investigación ha de producir sus efectos.

Lo mencionado se realizará debido a la propia naturaleza de este procedimiento, pues es necesario que su ejecución se haga sin conocimiento del investigado, por lo que se deberá evaluar si la autorización judicial tomó en cuenta el principio de proporcionalidad, si se dio una correcta ejecución de la medida, si el Ministerio Público puso en conocimiento de esta medida de manera oportuna. Es decir, que este procedimiento aparte del cumplimiento de los requisitos intrínsecos de la autorización judicial

y la ponderación del control judicial, se garantizan y tutelan los derechos de los investigados mediante la puesta en conocimiento por parte del Ministerio Público sobre la existencia del acto de intervención en condiciones de posibilitar su fiscalización, cualquier procedimiento de autorización y seguimiento del acto de intervención será plenamente lícito si los actos realizados en las diligencias preliminares se unen.

3.3.3. El secreto de la información que se recaba durante la intervención telefónica.

Se ha precisado que la intervención de comunicaciones se realiza sin conocimiento del investigado dentro de una investigación, ello con el fin de poder identificar a las personas que son parte de una organización criminal, lo que para una parte de la doctrina es cuestionado, se debe buscar un equilibrio entre el derecho de defensa del investigado y la necesidad de garantizar los resultados de una investigación que se realice sin el conocimiento del investigado, pues de lo contrario esta sería un fracaso. Tal circunstancia genera la interrogante si se deberá declarar el secreto del proceso de ejecución de la intervención telefónica o si por el contrario la cualidad secreta de la diligencia es inmanente a la propia naturaleza del acto de intervención, lo que conlleva también a establecer el plazo mientras se deba mantenerse en secreto la información que se obtiene.

El secreto de la fase de ejecución del levantamiento del secreto de las comunicaciones origina que se dé respetando los derechos de investigado, que van desde la exigencia de la intervención del Ministerio Público hasta el refuerzo de las garantías tanto en la fase decisoria como de control de ejecución de la medida; hace que el secreto resulte connatural al acto de intervención, por la sencilla razón de que la comunicación al investigado del hecho de la intervención haría absolutamente ineficaz la medida de intervención, siendo por

tanto consustancial no tanto el secreto de la medida de intervención sino la no comunicación al investigado de su existencia.

3.4.- EL DEBER DE MOTIVACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN DE INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS.

Basada en la ineludible exigencia del principio de proporcionalidad y en la necesidad de una resolución motivada, la cual establece que se conozcan las razones en que se funda la autorización a efectos de establecer cuáles fueron los presupuestos que justifican la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones, de manera que una vez que pueda tomar conocimiento el investigado pueda ejercitar su derecho a la tutela judicial a través del reexamen, ya que se evaluara los criterios de razonabilidad, basados en la idoneidad y la necesidad de la medida limitativa de derecho fundamental.

Es por ello, que podemos decir que la motivación de esta resolución judicial está vinculada con el derecho de defensa de la persona investigada, pues solamente conociéndose las concretas razones por las que se autorizó la intervención de las comunicaciones y se limitó determinados derechos o libertades, podrá facilitarse al afectado solicitar la revisión de este procedimiento; donde se evaluara: **a)** si la investigación que se hacía justificaba la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones, **b)** si los indicios con el cual se solicitaron son suficientes la autorizar una medida judicial de este tipo, **c)** si no existe otra medida alternativa que se pueda solicitar para obtener la información que se busca, **d)** si el fin que se persigue con la intervención resulta ser proporcional con la restricción del interés privado, **e)** así como la concreta estructuración de la dinámica procesal de su ejecución.

Además, debemos precisar que la resolución judicial que se emite evalúa los elementos de convicción que se obtienen en base a los indicios que obtienen como consecuencia de las demás técnicas de

investigación que se vienen desarrollando dentro de una investigación donde se viene realizando actividades ilícitas vinculadas a delitos graves, pues a través de estos el juez puede conocer que los elementos con el cual se solicita una autorización judicial se han obtenido sin vulnerar algún derecho, con los cuales se realizara un juicio de ponderación, que conllevan al órgano judicial en restringir un derecho fundamental.

Para ello, la solicitud del representante del Ministerio Público deberá incluirse los elementos facticos por virtud de los cuales se realiza el juicio de inferencia del que se deducen las sospechas objetivadas de la posible imputación a personas determinadas, de la comisión de una actividad ilícita, a fin de que el Juez realice un juicio sobre la procedencia y la proporcionalidad de la medida; las cuales plasmara en la resolución autorizante del acto de intervención, a fin de que investigado tome conocimiento cuales fueron las causas por las que se limitó el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas.

“Lo importante, dada la naturaleza y justificación de la medida es la expresión de la ponderación efectiva hecha por el Juez en relación con los valores o bienes jurídicos en juego en cada caso, según el derecho fundamental afectado, haciendo efectiva la exigencia de proporcionalidad inherente a la justicia. Pues la doctrina sobre el contenido mínimo de la motivación de tales resoluciones, su sentido finalista (accesibilidad al juicio de idoneidad y necesidad de la medida y sobre la existencia de los presupuestos fácticos y jurídicos en que se basa la decisión judicial), y pese a reconocer el carácter no del todo, llega a concluir que una resolución puede entenderse motivada si, integrada incluso con la solicitud policial a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios a efectos de considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida que conlleva”⁴².

⁴² RODRIGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza. La Justificación de las decisiones judiciales- El artículo 120.3 de la Constitución Español, Universidad de Santiago de Compostela, 2003, Pág. 256.

Es por ello, que debemos concluir que toda autorización judicial debe estar debidamente motivada, para lo cual el requerimiento fiscal deberá contener suficientes elementos y/o indicios que permita al juez determinar que es permisible afectar el derecho al secreto de las comunicaciones de los investigados, además es de señalar, que esta limitación de derecho se realizara cuando se ha realizado diversas técnicas de investigación y no han logrado identificarlos, es por ello, que el código procesal penal ha establecido que se autorizara cuando sea absolutamente necesaria para proseguir con las investigaciones.

Es así, que podemos decir que la motivación no se queda lógicamente en el estadio de la mera exteriorización de las concretas argumentaciones que llevan a la decisión de autorizar el acto de intervención solicitado, pues lo razonado ha de superar el control de razonabilidad y para ello ha de tener por base precisamente unos componentes objetivos y subjetivos que son parte del presupuesto habilitante que ha de permitir relacionar precisamente dentro de las márgenes de la razonabilidad, **el elemento subjetivo de la medida** (donde se analizara la persona investigada, las fundadas sospechas de poder estar cometiendo una concreta y determinada infracción), y por otra parte, **el elemento objetivo de la medida** (facilitar la delimitación de los elementos materiales del hecho objeto de la investigación)

3.4.1. La persona objeto de investigación y el abonado telefónico sobre el que se ha de efectuar el acto de intervención.

Es de mencionar que cuando se solicita el levantamiento del secreto de las comunicaciones por primera vez, es muy difícil, saber la identidad de la persona que utiliza el abonado telefónico, pero lo que si se tiene conocimiento es que se dedica a actividades ilícitas, es por ello, que es necesario que la unidad policial que está a cargo de la investigación realicen un acercamiento a este entorno, a través de sus

técnicas de investigación y de inteligencia, que permitan dar un grado de sospecha de la actividad ilícita que se estaría investigando, a fin de obtener datos suficientes para vincularlas; en algunos, casos se puede dar ocasiones que en vez de intervenir la línea telefónica del investigado, se interviene el abonado telefónico de la víctima o el de un tercero con el que se relacione el sujeto investigado y respecto del cual uno, y no otro, no lleguen a sospechar que puedan ser objeto de investigación criminal.

Se estima que no hay violación de la intimidad del titular de la línea telefónica cuando la persona objeto de investigación es usuario de la misma, lo que ocasiona que se realice un juicio de proporcionalidad, a fin de evaluar si las comunicaciones que se registran están vinculadas o no a alguna actividad ilícita, y ello se realizara al momento de que el Fiscal seleccione las comunicaciones relevantes para la investigación y excluya las de contenido privado, preservando el derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones en cuanto no sea su sacrificio necesario para la investigación. Es en el momento, de la selección de lo relevante para la causa donde efectivamente se ha de discriminar qué conversaciones y qué interlocutores deben ver preservado su derecho al secreto por no incidir en la intimidad de los afectados en aquello que deba considerarse superfluo, siempre que la previa selección no sea factible por razones técnicas o de imposible previsión.

Por su parte, como pilares esenciales del presupuesto habilitante tanto la concreta delimitación del hecho o hechos objeto de investigación como de las personas que han de ser sujetos pasivos del acto de intervención por su relación con tales hechos, deja abierta, aún en forma implícita, tal posibilidad, cierta relatividad en el concepto de identificación; lo que es lógico, por la propia realidad de las investigaciones policiales en las que la concreta identificación de personas no siempre es posible ni aconsejable. En el marco de una

intervención telefónica pueden aparecer nuevos sujetos directamente relacionados con el investigados de cuyas conversaciones se infiere su dedicación a idéntica actividad delictiva usando habitualmente un determinado número de teléfono respecto del que se hace aconsejable la intervención, bien sea para abrir nuevas líneas de investigación, bien para consolidar la línea ya inicialmente abierta, circunstancias en las que resulta habitual la sola identificación del interlocutor por su nombre o sobrenombre, o relación más o menos directa con el investigado, sin que sea posible o aconsejable, sin perjudicar el éxito de la investigación, la averiguación de más datos de identidad para así definir concretamente la nueva persona objeto de investigación.

En este contexto resulta innegable que pueda permitirse el inicio de la actuación de la intervención en el secreto de las comunicaciones de la persona así identificada, sin perjuicio de que cualquier ulterior indignación sobre su identidad concreta deba ser inmediatamente puesta en conocimiento de la autoridad judicial autorizante, bien por simples razones de control de la medida, o incluso para el dictado de una eventual resolución ampliatoria del contenido de la autorización judicial en la que se completen los datos de identidad que se vayan recabando⁴³.

A parte de la definición o concreción del hecho delictivo, la resolución que autoriza la intervención debe contener una necesaria especificación personal, la cual no significa identificar quien es el usuario de la línea telefónica, solo es necesario contar con índicos coherentes que permitan acreditar y justificar la intervención de la línea telefónica en relación con la persona que usa la línea telefónica.

⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 49/1996, de fecha 26 de marzo, fundamento 3. Véase el Link: <http://hj.tribunalconstitucional.es/eu/Resolucion/Show/3101>.

Fácil resulta concluir, que lo que se impone a la autoridad policial solicitante es un deber de extremar, hasta el límite de lo aconsejable, dentro de los parámetros de discreción que son connaturales a las investigaciones previas susceptibles de permitir la intervención en el secreto de las comunicaciones, el recabo de los datos que permitan identificar a la persona que es ser objeto de la investigación, pues la plena identificación de la persona investigada no es sino uno más de los datos con los que se cuenta en una investigación policial en su origen o en estadios intermedios, el presunto narcotraficante, siguiendo el ejemplo más común puede ser individualizado, pero no identificado, bien por su nombre o sobrenombre descubierto en el contexto de una intervención telefónica ya iniciada, por sus rasgos físicos externos derivados de una previa investigación en la que se descubre que suele habitar en un determinado domicilio en el que se encuentra ubicado, según los datos que se cruzan, un terminal de telefonía fija, o incluso por simples anotaciones incompletas descubiertas en documentos de un investigado o informaciones facilitadas por un informante, en todos los casos en un estadio de la investigación en los que las pesquisas sobre los datos de filiación del investigado podrían hacer albergar en el mismo las sospechas sobre la posible existencia de una investigación sobre su persona, haciéndole obrar con mayor prudencia. Ni que decir que tanto la solicitud como la autorización judicial han de definir el número telefónico correspondiente al terminal de telefonía móvil o fija que habrá de ser objeto de investigación, por lo que cualquier variación que se produzca en torno al teléfono o teléfonos investigados ha de ser objeto de una nueva solicitud.

Es por ello, que nuestro ordenamiento jurídico permite no solo solicitar que se limite el derecho del secreto de las comunicaciones de las personas que vienen siendo investigadas, sino también de su entorno, entendido ello, como el de su ámbito personal, el de las personas con las cuales realiza sus actividades ilícitas y de las cuales se apoya

para realizar su accionar delictivo. Asimismo, es de indicar que debido a la informalidad de cómo las empresas de telefonía realizan las ventas de las líneas telefónicas (líneas pre pago) en la mayoría de casos la persona que figura como titular de la línea telefónica no es la persona que la utiliza, es por ello, que después de la ejecución de la medida de levantamiento del secreto de las comunicaciones, no solo se debe de notificar de esta medida al titular de la línea sino además del usuario, siempre y cuando se llega a establecer que el titular y el usuario son dos personas diferentes, ello, con el fin de que puedan ejercer los derechos que el código procesal penal les ha reconocido, hecho que no se debe tomar como una violación a su derecho de intimidad y del secreto de sus comunicaciones, pues mientras dure la investigación el fiscal podrá mantener la reservas de sus comunicaciones y de comunicar que se le ha limitado su derecho pues se prima la búsqueda de la verdad dentro de una investigación.

3.4.2. La delimitación de los elementos materiales del hecho objeto de la investigación.

Si la determinación del sujeto que ha de ser sometido a la restricción de su derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas es elementos esencial para el juicio de ponderación de la licitud en términos constitucionales de una determinada autorización judicial, más importancia tiene la concreta y suficiente fijación de los elementos fácticos que han de servir de bases objetivas para que el juez decida sobre la procedencia de la intervención, elementos fácticos que han de tener por base un apoyo en indicios o elementos objetivables que permitan hacer un contraste adaptado a las circunstancias del momento en que se solicita la intervención sobre la fundabilidad de la solicitud y no la sola manifestación o declaración de voluntad de la fuerza actuante, esto es lo que se conoce como presupuesto habilitante.

Realmente, el presupuesto habilitante no es otra cosa que una consecuencia directa del juicio de proporcionalidad de la medida, del cual deriva precisamente la exteriorización, motivación en sentido estricto, de la conexión existente entre la persona que habrá de ser objeto de investigación y los hechos investigables, conforme a las cuales se establece el propio concepto del presupuesto habilitante en función a su finalidad de atender al principio de proporcionalidad, al que le sirve de sustento fáctico, si se define al presupuesto habilitante como conexión entre el sujeto o sujetos que iban a verse afectados por la medida y el delito investigado, tal noción lo es en la función de presupuesto fáctico del juicio de proporcionalidad que ha de hacerse en base a la ponderación del derecho fundamental del sujeto investigado frente la imprescindibilidad e idoneidad de la medida para asegurar la defensa del interés público⁴⁴.

Es por ello, que debemos tener claro que a través del principio de proporcionalidad se evaluara si existe suficiente justificación para restringir este derecho, a fin de descubrir los elementos que permitan acreditar el delito que se investiga, lo que deberá estar respaldado con un mínimo indicio, que permita dar las razones suficientes para que el Juez autorice esta restricción del derecho al secreto de las comunicaciones. Es así, que se debe contar con un presupuesto habilitante, el cual permita vincular que la línea telefónica sea utilizada para coordinar alguna actividad ilícita, independientemente de su intensidad, pues lo que se busca es obtener los indicios de la existencia de esta ilicitud, a fin de responsabilizar al usuario de la línea telefónica, para ello, se aplicara el juicio de proporcionalidad, el control sobre la suficiencia y razonabilidad de los indicios en lo que se fundamente la medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones..

- **El indicio como fuente primigenia para solicitar el levantamiento del secreto de las comunicaciones.**

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 202/2001, de fecha 26 de marzo, fundamento 4. Véase el Link: <http://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/4498>.

Lo que se busca para iniciar una intervención de comunicaciones es, un indicio objetivo, es decir superar el grado de una mera sospecha, para ello, la unidad policial deberá verificar con datos ciertos si la primera información que le brinda u obtiene es verificable, pues lo que se busca es evitar que se abuse del uso de esta técnica investigativa, es por ello, que podemos decir, que las indicaciones son datos externos que apreciados judicialmente permiten descubrir, sin la seguridad de la plenitud probatoria, pero con la firmeza que proporciona una sospecha fundada, la responsabilidad criminal de la persona en relación con el hecho punible objeto de investigaciones, para ello, es necesario que la sospecha, pueda ser constatada por otras personas distintas a quienes sostienen o comparten la sospecha, y de poder proporcionar una base real de la que puede inferirse que se ha cometido o se va a cometer un delito.

➤ **La vinculación entre la fuente de conocimiento con el delito investigado.**

Se considera necesario que las sospechas objetivadas que la unidad policial obtiene para solicitar el levantamiento del secreto de las comunicaciones estas se mantengan en reserva y sin conocimiento de la persona que se le va a restringir su derecho, pues lo que se busca es que al realizar esta valoración podamos determinar cuándo nos encontramos frente a una suposición y cuando frente a una sospecha objetivada en sentido estricto.

Es por ello, que no debemos confundir lo que es el objeto del conocimiento con la fuente del conocimiento, pues cuando uno y otra la hacen sin que pueda diferenciarse que es lo que debe ser investigado y de donde se deduce tal información, el requisito de la accesibilidad quedará vacío de contenido. Es así, que RODRIGUEZ LAINZ considera que *“la idea del **dato objetivo**”*

indiciario tiene que ver con la fuente de conocimiento del presunto delito cuya existencia pueda ser conocida a través de ella. De ahí que el hecho en que el presunto delito pueda consistir como fuente de conocimiento de su existencia, la fuente del conocimiento y hecho conocido no pueda ser la misma cosa”⁴⁵.

Es por ello que, cuando se solicita el levantamiento del secreto de las comunicaciones es suficiente contar con una sospecha razonable que permita vincular la realización de actos ilícitos con sus autores, la razonabilidad de la sospecha no exige ineludiblemente la univocidad de la inferencia, propia del indicio como elemento probatorio, por lo que, la eventualidad de que un mismo hecho constatable pueda tener varias interpretaciones razonables, y de ellas alguna o varias no conducentes a la sospecha sobre la dedicación del investigado a una determinada actividad criminal, no afectara a la razonabilidad del juicio de la inferencia. Es así, que en la jurisprudencia se señala que “*la exteriorización de los indicios que actúan como presupuestos de la intervención no son sino los mismos indicios más la razón del conocimiento lo que los separa definitivamente del límite inferior constituido por las conjeturas o suposiciones*”⁴⁶.

En definitiva, puede concluirse que no basta la mera petición de intervención telefónica, esta debe venir avalada por algún tipo de previa investigación en relación al delito y la persona de cuyo teléfono se solicita la intervención, correspondiendo en todo caso el juicio de ponderación al Juez, en orden a si estima que por los datos facilitados no se está en un mero campo especulativo sino no hay una suficiente razón de conocimiento ofrecida por la

⁴⁵ RODRIGUEZ LAINZ, José Luis, La intervención de las comunicaciones telefónicas, Bosch. 2002, Pág.112.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 1197/1998, de fecha 19 de octubre, fundamento 8, véase el Link: <https://supremo.vlex.es/vid/salud-intervencion-telefonica-requisitos-17716952>.

policía que justifique la intervención, y con ello el sacrificio del derecho fundamental de la intimidad y secreto de las comunicaciones ante un bien superior como es la investigación de un delito grave.

➤ **La fuente anónima como indicio suficiente para que se autorice el levantamiento del secreto de las comunicaciones.**

La fuente anónima de la solicitud ha sido una constante en la problemática relativa a las intervenciones telefónicas, sobre todo en cuanto se refiere a los delitos relacionados con el tráfico ilícito de drogas, pues se justifica la utilización de los confidentes como técnica policial en la que se contrapesa el secreto de la fuente anónima con el beneficio de la información que se obtiene, ello se hace poniendo conjeturas y trabas a la sola manifestación de las noticias confidenciales, a las que se exige que vayan acompañadas de elementos de contrastación adicionales.

La fuente anónima, aunque con las precauciones que han caracterizado su contrastación, ha sido tenida desde siempre, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, como una más de las vías por las que puede llegar a conocimiento, bien de la policía o del juez, una determinada noticia criminis. Estando a lo mencionado, es de precisar que para que se dé el presupuesto habilitante para que el juez autorice la limitativa de derecho de las comunicaciones, se debe contar con elementos facticos, que se obtienen de los indicios que recabe la unidad policial en el desarrollo de sus investigaciones y permita involucrar al sujeto con la línea telefónica de la cual se esta solicitando el levantamiento del secreto de las comunicaciones, indicios que deben superar la mera sospecha y que estén vinculados con el delito que se investiga y con el investigado, para lo cual se aplicara el principio de proporcionalidad, a fin de poder delimitar

que si la información de una fuente humana es un indicio suficiente que permita que el juez realice un juicio de ponderación para restringir el derecho de la intimidad y secreto de las comunicaciones.

3.4.3. El principio de especialidad como límite a tomar al momento de autorizar el levantamiento del secreto de las comunicaciones.

Este está vinculado con los indicios que se obtienen dentro de una investigación que permitan establecer la responsabilidad criminal de las personas que se investigan con los hechos que se le atribuyen, pues lo que se busca es establecer la existencia del delito como todas las circunstancias adyacentes al mismo, pues inicialmente se pueden iniciar con la investigación de determinados delitos, y luego descubrir otras que se vinculen entre sí, lo cual está vinculado con el carácter secreto de la investigación y su estado inicial, por lo que es mejor hablar de hechos ilícito que de delitos, dentro de los límites propios de la congruencia y la lógica, lo que origina que en el transcurso de la investigación se establezca que delitos están realizando las personas investigadas.

*“El propio pilar básico del principio de proporcionalidad, que como veremos se comporta como soporte de toda estructuración de la constitucionalidad del acto de intervención, impide el empleo de la intervención de las comunicaciones como técnica prospectiva, lo cual comprende tanto la elección aleatoria de sujetos pasivos del acto de intervención, la investigación sobre determinada persona por determinada infracción cuando contra ella no cabe hablar más de conjeturas, opiniones o valoraciones meramente subjetivas, o cuando lo que se pretende es averiguar la implicación de la persona o personas determinadas en la comisión de cualquier tipo de delito en general. **Frente a tal eventualidad se erige como freno el denominado principio de especialidad, en virtud del cual la resolución que autoriza la intervención habrá de especificar con nitidez posibles hechos respecto de los que se autoriza la intervención***

*en el secreto de las comunicaciones de la persona que será objeto de investigación*⁴⁷.

Es así, que se puede colegir que el principio de especialidad va de la mano con el principio de proporcionalidad, pues este principio busca determinar de manera concreta los indicios que se debe recabar para vincular al investigado con la actividad ilícita que realiza, lo cual se hará a través de los límites de la congruencia y la lógica.

3.5. LA RELACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCCIONALIDAD Y EL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

El principio de proporcionalidad viene a ser una forma de control mediante el cual el juez determinará si se debe otorgar una autorización judicial de levantamiento secreto de las comunicaciones, ya que a través de este principio se evaluará si existe una relativa afectación a algún bien jurídico, para ello, se realizará una ponderación de los bienes jurídicos que se afectaran, debiendo prevalecer el derecho constitucionalmente protegido, pues lo que se busca es evaluar un conflicto del interés general frente al interés particular, en una contraposición de la salvaguardia del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas y los fines públicos que tutela nuestro ordenamiento jurídico, para ello, es necesario que se observen las garantías exigibles dentro de la autorización judicial. Además, es de precisar que este principio se vincula con el principio de necesidad y de idoneidad de la medida.

“Para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad es necesario constatar si cumple estos tres requisitos: a) si la medida acordada puede conseguir el objeto propuesto (juicio de idoneidad), b) si es necesaria en el sentido de que no exista otro medio más moderado para conseguir el fin propuesto con igual eficacia (juicio de necesidad), c) si la medida es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que

⁴⁷ Idem, Pág.126.

perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”⁴⁸.

El principio de proporcionalidad está relacionado con toda autorización de intervención de las comunicaciones, pues a través de este se evaluarán si se da el presupuesto habilitante para otorgar esta medida, pues analiza la relación existente entre el sujeto que habrá de ser objeto de investigación y el delito cuya investigación se está realizando, ya que lo que se busca es ver el carácter finalístico de este principio y la garantía del control de la medida durante su ejecución.

3.5.1. La determinación del fin constitucionalmente legítimo- la gravedad del hecho punible susceptible de una intervención telefónica

Como ya hemos mencionado, el criterio de gravedad de la pena no es el único que se debe tener en cuenta cuando se evalúa si el requerimiento solicitado es proporcional, ya que se debe tener en cuenta además el criterio de relevancia o trascendencia social de delitos que pueden ser considerados menos graves, criterio que es compartido por GIMENO SENDRA⁴⁹, *“quien sugiere la necesidad de que asuntos de tanta relevancia social como son los delitos cometidos por funcionarios públicos o autoridades de naturaleza política, y en general los relacionados con la corrupción política y de carácter económico, puedan ser investigados sin limitación de técnicas de investigación”*.

⁴⁸ GONZALES- CUELLAR SERRANO, Nicolas, El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Procesal Español, artículo publicado en Cuadernos de Derechos Público N° 5, septiembre- Diciembre 1998. El Principio de Proporcionalidad. Instituto Nacional de Administración Pública. Págs 199-215.

⁴⁹ GIMENO SENDRA, Vicente, CONDE –PUMPIDO TOURON, Candido Y GARBERÍ LLOBREGAT, José. Los Procesos Penales, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con formularios y jurisprudencia. Tomo IV. Editorial Bosch. Barcelona. Primera Edición. 2000. Pág. 412.

Es por ello, que se considera que el principio de la gravedad de la pena no es exclusivo al establecer la ponderación entre el derecho de la intimidad del investigado y el delito investigado que es objeto, ya que en relación al levantamiento del secreto de las comunicaciones solo se autoriza cuando esta se justifica en base a los hechos investigados, por su naturaleza y gravedad, lo que permite autorizar la restricción de un derecho fundamental, con el fin de proteger el interés de descubrir la verdad, la persecución y sanción de las conductas ilícitas que van contra las normas del ordenamiento jurídico.

3.5.2. La autorización del levantamiento del secreto de las comunicaciones como una medida excepcional, idónea y necesaria.

Se debe tener presente que para que se dé la autorización de levantamiento del secreto de las comunicaciones, no es suficiente que se tome conocimiento que la persona este realizando una actividad ilícita, sino que esta sea grave para que a través del principio de proporcionalidad se justifique la restricción al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, con el fin de que se recabe elementos de convicción de relevancia para el interés de la investigación (***juicio de idoneidad***). Además, se debe tener en cuenta que esta sería la única forma de obtener estos elementos de convicción y no puede ser sustituida por otra medida menos gravosa que afecte la intimidad personal del investigado (***juicio de necesidad***), presupuestos que permiten la aplicación del principio de la excepcionalidad de la medida ya que se da cuando existen indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho ilícito

3.5.3. La determinación de la ejecución del acto de intervención como elemento integrante de la autorización

Es de señalar que toda autorización judicial de levantamiento del secreto de las comunicaciones además de justificar los motivos por el cual se restringe el derecho fundamental, también se debe precisar cómo se

debe ejecutar, pues no se puede dejar al libre arbitrio del solicitante, es por ello, que se debe precisar el tiempo durante el cual se restringirá este derecho, la forma de cómo se deberá recolectar la información que se obtenga, y como deberá ser incorporado a la investigación. Asimismo, nuestro ordenamiento jurídico ha establecido que se realice un control de la ejecución de la medida de levantamiento del secreto de las comunicaciones, para verificar que la medida se haya ejecutado según las pautas establecidas en la resolución judicial y sentar efectividad del control judicial

A manera de conclusión podemos señalar que el principio de proporcionalidad es un pilar importante que toma en cuenta el juez al momento de delimitar el derecho del secreto de las comunicaciones, pues para ello, el magistrado deberá evaluar si el requerimiento presentado por el fiscal cumple los siguientes requisitos necesidad, idoneidad y urgencia a efectos de autorizar la limitación de su derecho al investigado, y no solo que el delito que se investiga supere los cuatro años de privación de la libertad, además deberá tomar el criterio de relevancia del delito que se investiga.

3.6. CRITERIOS QUE SE DEBEN TOMAR EN CUENTA PARA QUE NO SE VULNERE EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES CUANDO SE AUTORICE UNA MEDIDA DE LEVANTAMIENTO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

Ahora bien, habiendo realizado un esbozo de la protección que se le da al derecho al secreto de las comunicaciones, como en qué casos se podrá restringir, corresponda analizar si estas restricciones que se dan vulneran o no el derecho al secreto de las comunicaciones, para ello, evaluaremos, si las autorizaciones judiciales que restringen este derecho aplicaron de manera correcta los principios de proporcionalidad, de especialidad, como si los elementos de convicción que adjuntaron al requerimiento de Levantamiento del

Secreto de las Comunicaciones son suficientes para restringir un derecho constitucional.

Estando a lo mencionado, **debemos enforcarnos en la primera resolución judicial que se da para iniciar una intervención telefónica**, para ello, se debe evaluar *¿si los documentos que se han adjuntado en el requerimiento fiscal son suficientes para limitar el derecho al secreto de las comunicaciones?*, en muchos, casos se ha advertido que se remite un acta de entrevista a una fuente, donde esta informa que existen determinadas personas que utilizan líneas telefónicas para realizar actividades ilícitas en el marco de una organización criminal.

Ahora bien, **en relación a esta acta de fuente humana considero que debe reunir determinados requisitos a efectos de que sea válidamente aceptada**, para ello, deberá en primer lugar la firma y huella digital de la fuente humana, además el Fiscal deberá realizar la verificación de que la fuente humana de la policía existe, por otro lado, este documento deberá acompañado estar acompañado con algún acto de corroboración que de fe que la información dada por la fuente humana es verdad, de no ser el caso, si se dictara una resolución judicial autorizando el levantamiento del secreto de las comunicaciones solo con una acta de fuente humana sin cumplir los requisitos formales y sustanciales detallados anteriormente, **se estaría vulnerando el derecho de levantamiento del secreto de las comunicaciones.**

Además, **debemos señalar que también es materia de valoración los documentos policiales donde se plasman las ovises que la unidad policial realiza a fin de verificar si la información proporcionada por la fuente humana es cierta**, para ello, estos partes policiales, notas de agentes o similares, deberán ser firmado por el efectivo policial que realiza esta ovise, como las imágenes que

se plasmen deberán tener fecha y hora, grabaciones y/o fotografías que deberán ser guardada en un formato digital con su respectiva cadena de custodia, **si estos requisitos no se cumple en estos documentos no justificarían que la resolución judicial de levantamiento del secreto de las comunicaciones sea válida, lo que ocasionara la vulneración del derecho de levantamiento del secreto de las comunicaciones.**

De igual manera, debemos evaluar si las declaraciones de un peticionante a colaborador eficaz, es suficiente para restringir el derecho al secreto de las comunicaciones, de ello, debemos mencionar que si bien nuestro Código Procesal Penal permite que estas sean utilizadas para solicitar medidas limitativas de derecho, **estas de por si solas no son suficientes para restringir el derecho al secreto de las comunicaciones, ya que, si se emitiera una resolución judicial autorizando el levantamiento del secreto de comunicaciones de una persona, vulneraría su derecho al secreto de las comunicaciones,** pues no debemos olvidar ya lo establecido por nuestro ordenamiento jurídico que refiere esta es altamente sospechosa y su idoneidad depende de los actos de corroboración que se logren⁵⁰.

Así también, debemos tener en cuenta que no es suficiente si en el primer requerimiento de levantamiento del secreto de las comunicaciones se adjunta el acta de fuente humana, el documento policial o en su caso la declaración del peticionante con todas las formalidades, pues en atención a estos documentos el juez debe valorar y establecer si el requerimiento solicitado por el representante del Ministerio Público es necesario, urgente y proporcional, que justifique que se restrinja el derecho al secreto de las comunicaciones de una persona, **y si no se da estos supuestos la resolución**

⁵⁰ Véase los fundamentos 19 y 20 del Acuerdo Plenario N 02-2017-SPN, en el Primer Pleno Jurisdiccional del 2017 de la Sala Penal Nacional y Juzgados Penales Nacionales.

judicial que se emita vulneraría el derecho al secreto de las comunicaciones.

En atención a lo mencionado, **debemos precisar que el juez al momento de evaluar si la medida de levantamiento del secreto de las comunicaciones es procedente deberá determinar que esta sea necesaria**, entendiéndose esto, que antes de solicitar esta medida limitativa el fiscal con el apoyo de la unidad policial han utilizado las demás técnicas investigativas a fin de poder tomar conocimiento de la forma de cómo se realiza la actividad ilícita por parte de los integrantes de una organización criminal, técnicas que al aplicarse no lograron el objetivo que buscaban o en su caso se ha podido recabar información solo hasta cierto grado de la estructura de la Organización Criminal, por lo que el levantamiento del secreto de las comunicaciones de estas personas sería la única forma de poder desarticular, es por ello, **que podemos decir que si en un caso concreto existiría la posibilidad de utilizar otra técnica investigativa a fin de obtener los fines de la investigación que se persigue y se autoriza la medida de levantamiento del secreto de las comunicaciones, esta vulneraría este derecho pues su restricción no estaría justificada.**

De igual manera, **el juez al momento de analizar el requerimiento del fiscal deberá evaluar si este tiene el carácter de urgente**, es decir que la información que se obtenga a través del Levantamiento del secreto de las comunicaciones sea primordial a fin de poder evitar que se sigan cometiendo actividades ilícitas por parte de una Organización Criminal o que en ese momento se encuentre en riesgo la vida de una persona, siendo que si no se dieran ni el carácter de necesario ni el de urgente, **no se consideraría legal la emisión de una resolución judicial que restrinja el derecho al secreto de las comunicaciones, conllevando ello a una vulneración de este derecho.**

En igual sentido, **el juez deberá realizar un juicio de ponderación que permita justificar la restricción al derecho del secreto de las comunicaciones**, en este extremo el juez deberá evaluar si la documentación que se ha adjuntado al requerimiento, como los motivos expuestos en el, son suficientes para poder restringir el derecho al secreto de las comunicaciones frente al derecho a descubrir la verdad, a fin de que a futuro se sancione las actividades ilícitas que realiza una Organización Criminal, **siendo que si al momento de realizar esta ponderación no se logre superponer el derecho a descubrir la verdad, la resolución judicial que se emita será ilegal y vulnerara el derecho al secreto a las comunicaciones.**

Por otro lado, también se debe evaluar como un requisito formal que el juez que emita la resolución judicial que se da para iniciar una intervención telefónica, sea un juez competente, es decir, que se el juez que tiene la capacidad para conocer investigaciones contra Organizaciones Criminales o el delito que se investiga en el marco de una Organización Criminal, pues si la resolución judicial es dada por otro juez, se estaría vulnerando el derecho al secreto de las comunicaciones y toda información que se obtiene no sería válida.

Es de mencionar, que estos cuestionamientos se podrán realizar a través del reexamen que nuestro Código Procesal Penal a regulado en el numeral 4 del artículo 231° del Código Procesal Penal.

CAPITULO IV: LA EJECUCIÓN DE LA MEDIDA JUDICIAL QUE AUTORIZA EL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES RELACIONADO A LA INFORMACIÓN QUE SE OBTIENE COMO CONSECUENCIA DE LA RESTRICCIÓN AL DERECHO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

4.1. INTRODUCCIÓN

Durante la ejecución del levantamiento del secreto de las comunicaciones consideramos que deben existir niveles de control relacionados con el momento de la intervención telefónica, siendo que uno de estos, es en el ámbito constitucional que guarda relación con el principio de proporcionalidad; y el otro, es el ámbito judicial, donde la ejecución de la medida judicial está a cargo de la unidad policial, esta debe ser controlada por el representante del Ministerio Público a fin de que se ejecute en los términos establecidos en la resolución judicial, a fin de que se dé un especial deber de control efectivo sobre la misma dinámica.

Ello se trata de hacer, a fin de evaluar si en la ejecución se ha incurrido en alguna ilicitud a fin de proteger el derecho al secreto de las comunicaciones, es por ello, que se distinguen categorías de legitimidad constitucional durante su ejecución, como al momento que el Juez verifica la ejecución de esta medida, lo que origina el incumplimiento del deber de seguimiento del desarrollo, el cese de la intervención telefónica y el desconocimiento del resultado obtenido en la investigación. Es por estas razones que, las comunicaciones que se registran son almacenadas en soportes digitales para su conservación, a fin de que sean ofrecidas como elementos de prueba que serán actuadas en juicio oral.

Es de mencionar, que es importante tener en cuenta el momento que se realiza la selección de las comunicaciones relevantes, la custodia de estas y su transcripción, ya que si estas se incorporan de manera defectuosa no reunirá las garantías de control judicial y contradicción suficientes como para que esta sea considerada como prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia.

Asimismo, es de mencionar que nuestra legislación no analiza la forma concreta de cómo debe realizarse el control judicial; pero ello, no es una justificación de que se realice vulnerando algún derecho, pues toda ejecución de una medida de levantamiento del secreto de las comunicaciones, debe realizarse respetando el derecho a la tutela judicial efectiva y al principio de proporcionalidad de la medida, aunado a ello, se debe tener en cuenta que se dan diferentes situaciones, una, si se da un defecto en la ejecución de una medida limitativa de derechos, otra, cuando se plasman estas en las actas de recolección, control y transcripción de comunicaciones, o, cuando estas son incorporadas al proceso.

Además, se debe tener en cuenta que el Código Procesal regula el procedimiento de la intervención telefónica no solo en cuanto al estricto

cumplimiento de los límites establecidos en la autorización, sino respecto al extremo del Juez que autoriza la medida e incluso en cuanto a la introducción del contenido y el resultado de la grabación a las actuaciones penales, en cuanto estas puedan incidir en el principio de la validez constitucional de las pruebas a portadas al juicio.

Claro exponente de ello es la posición mantenida por GIMENO SENDRA⁵¹, *“quien tras exigir la intervención del Juez competente territorial y funcional, reclama que este habrá de disponer que los miembros de la policía judicial o de la Compañía Telefónica o concesionaria, procedan durante el plazo indicado en el auto a su intervención y grabación; además, señala que realizado lo anterior, debe haber un tercera fase, en la que el cuerpo policial habrá de facilitar la totalidad de los originales de las cintas magnetofónicas, y finalmente, con la intervención de todas las partes comparecidas en el proceso, ser transcritas en un acta bajo la fe de secretario judicial”*.

Por su parte, ESTRELLA RUIZ, con cita SOTO NIETO, entiende que el control judicial abarca un triple frente: *“en primer lugar, velar por la observancia de las prescripciones y pautas incorporadas al auto autorizante, no admitiéndose ningún tipo de discrecionalidades en su ejecución. En segundo término, la escrupulosidad en la recepción del material grabado, garantizándose su autenticidad e integridad. Y, por último, la adopción de las medidas necesarias para la advertencia estricta de las grabaciones obtenidas y selección de cuanto pueda ser importante, lo que va desde la transcripción literal del total contenido de lo grabado con citación de las partes a la identificación nominal de los*

⁵¹ GIMENO SENDRA, Vicente, CONDE-PUMPIDO TOURON, Cándido y GARBERÍ LLOBREGAT, José, Los Procesos Penales, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal con formularios y jurisprudencia, Tomo IV, Editorial Bosch, Barcelona, Primera Edición, 2000, Pág 416/417.

agentes encargados de la vigilancia pasando por la conservación de las cintas"⁵².

De lo mencionado se puede establecer determinados pasos que se deben seguir, a efectos de que no se cuestionen a nivel judicial las comunicaciones registradas como relevantes en la ejecución de la medida de levantamiento del secreto de las comunicaciones, para ello, en la resolución judicial se debe consignar los siguientes puntos:

- 1) El tiempo por el que se autoriza el levantamiento del secreto de las comunicaciones,
- 2) Quien estará a cargo de ejecutar la medida de levantamiento del secreto de las comunicaciones,
- 3) Quien es el funcionario y/o servidor público que debe realizar la transcripción de las comunicaciones seleccionadas como relevantes, las cuales serán puestas a conocimiento de las partes apersonadas a fin de que soliciten el reexamen si lo consideran pertinente,
- 4) Las comunicaciones seleccionadas como relevantes deben ser entregadas al representante del Ministerio Público en un formato digital con su respectiva cadena de custodia, con el fin de evitar manipulaciones,
- 5) Las comunicaciones relevantes que obran en el formato digital, podrán ser sometidas a pericia fonética, y de ser el caso, se oralizaran en el desarrollo del juicio oral,
- 6) El control judicial debe realizar no solo desde su inicio, sino también durante la ejecución y culminación de la medida.

⁵² ESTRELLA RUIZ, Manuel, *Entrada y registro, intervención de las comunicaciones postales, telefónicas, etc, en las Medidas restrictivas de derechos fundamentales- Cuaderno de Derecho Judicial*, Madrid, 1992.

Por nuestra parte además consideramos que es necesario de que se realice un control de las acciones que la policía realiza en la fase inicial de ejecución de las medidas de levantamiento del secreto de las comunicaciones, referidas a la configuración de los abonados telefónicos, como en el registro de las comunicaciones que se obtienen como consecuencia de la intervención telefónica, así como la de controlar la información obtenida, a través del Fiscal a cargo del caso, su incidencia en el delito que se investiga, la necesidad de su prorrogación y, en su caso, el cese de las mismas con la eventual posibilidad de selección del material directamente relacionado con la causa.

Lo mencionado, es en atención que durante la intervención telefónica el representante del Ministerio Público tiene una posición muy importante ya que éste tiene la función de seleccionar cuáles serán las comunicaciones relevantes, que se consideraran como elementos de convicción para atribuir un hecho ilícito a una persona, la cual al ser actuada en juicio oral se convertirá en prueba. Es por ello, que debemos tener presente que el control judicial de la intervención telefónica autorizada, es consecuencia, de un requisito de validez constitucional, ya que ***“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, es así, que se dice que el Juez que la autorice debe, en primer término, conocer los resultados obtenidos con la intervención”***⁵³.

Control que debe realizarse en dos fases, **la primera fase**, se da al momento de realizar las transcripciones de las conversaciones por parte de los efectivos policiales, como cuando se solicita la ampliación del plazo de la intervención telefónica; y, **la segunda fase**, que se da una vez que se la puesto en conocimiento al usuario de la línea telefónicas, y que quedara a criterio de este.

⁵³ MARCO URGELL, Anna, Ob. Cit. Pág 175.

Es por ello, que durante el proceso de ejecución de una medida limitativa de derecho- levantamiento del secreto de las comunicaciones se deben seguir determinadas pautas a efectos de que este procedimiento no sea cuestionado, y, que las comunicaciones relevantes para una investigación se cataloguen como irregulares o ilícita, es así, que se ha establecido determinados procedimientos, entre ellos: a) cuando a una línea telefónica se le realice una intervención telefónica con autorización judicial, procedimiento que esta a cargo de la policía y del Ministerio Público, b) como se hace la recolección de las comunicaciones relevantes para una investigación, c) como elaborar las cadenas de custodia para los medios magnéticos que se utilizan para grabar el registro de comunicaciones relevantes que han sido escogidas por el fiscal recolector, d) la forma de conservación de los cds donde se almacenan las comunicaciones relevantes que se han registrado de los abonados telefónicos intervenidos, entre otras.

4.2.- EL INICIO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO Y SU PRORROGA RELACIONADA AL ELEMENTO SUBJETIVO Y AL HALLAZGO CASUAL.

Es de precisar que establecer límites temporales en la intervención de las comunicaciones telefónicas, hace que se lleve un control judicial, a fin de que si se requiere seguir escuchando las comunicaciones de determinados investigados se recurrirá al órgano jurisdiccional a fin de solicitar una ampliación del plazo otorgado, para ello el representante del Ministerio Público deberá adjuntar las actas de transcripción donde conste comunicaciones relevantes con los hechos investigados, lo cual servirá como amparo a fin de que el órgano jurisdiccional autorice la prórroga del plazo solicitado, el cual no podrá exceder el plazo de la investigación, ***computo de plazo que habrá de iniciarse desde que es habilitado en el sistema de escuchas telefónicas, siempre y cuando en el requerimiento fiscal se precise ello, caso contrario el***

plazo correrá desde que es emitida la resolución judicial, este último, es con la finalidad de dar una ventaja de seguridad que garantiza el control del plazo por el cual se concede la autorización, mientras que el primero se ajusta más a la realidad del sacrificio del derecho al secreto a las comunicaciones efectivamente realizado, y responde al no precisamente infrecuente fenómeno del retraso en la conexión por parte de las empresas concesionarias de los servicios públicos de telefonía fija.

La resolución judicial puede establecer una fórmula específica de determinación del cómputo del plazo, siempre concordante con el principio de proporcionalidad que se deberá tener en cuenta en la fase de ejecución de la intervención telefónica, el único cuestionamiento que podría plantearse al cómputo, es desde que momento debe correr el cómputo, es decir, si desde que se da la autorización judicial o desde la fecha de habilitación, pues sería el abuso de la relativización de tal término inicial, es decir, el riesgo de que la unidad policial guarde la autorización y haga uso de la misma en el momento en que se estime conveniente, pero tal eventualidad se subsana en atención de que en el Protocolo sobre intervención de comunicaciones se establece que la configuración de los abonados telefónicos se encuentra a cargo de manera conjunta del representante del Ministerio Público y de la unidad policial.

Como se ha mencionado líneas arriba, para autorizarse el levantamiento del secreto de las comunicaciones se debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad a fin de establecer el plazo por el cual se autoriza la intervención, ello en atención que el período por el que se permite la invasión de la intimidad del sujeto investigado delimita en el tiempo de la intensidad que puede llegar a alcanzar el sacrificio del derecho, debiendo ponderarse la duración de la medida, para ello, se deberá tener en cuenta: a) la gravedad del hecho investigado, b) establecer un tiempo adecuado que permita obtener la

información necesaria para la investigación, c) el respeto del principio de especialidad, d) la delimitación del ámbito subjetivo en sí misma, partiendo de la existencia de indicios de criminalidad en determinada persona.

En algunas ocasiones, el tiempo inicialmente señalado resulta ser insuficiente, bien porque no se ha obtenido hasta el momento un acto ilícito concreto o bien porque es necesario continuar con las escuchas telefónicas a fin de seguir recabando más elementos de convicción del hecho ilícito investigado, o que del resultado de la investigación se descubra otro ilícito penal que no se investiga, lo que se conoce en doctrina como hallazgo causal, ocasionando que se solicite un plazo de prórroga a fin de que se realice la intervención telefónica de terceras personas para poder iniciar una nueva intervención de las comunicaciones telefónicas las cuales merecerán una nueva decisión judicial que se homologue la nueva realidad procesal.

Es por ello, que al momento de que el juez autoriza la prórroga del plazo del secreto de las comunicaciones, debe tener en cuenta el principio de necesidad, especialidad y proporcionalidad, ya que limita derechos fundamentales de una persona. En esta misma línea, el Tribunal Español señala que *“las resoluciones que permiten una ampliación del ámbito subjetivo, deberán tener en cuenta los mismos parámetros de control de constitucionalidad y de legalidad que se tiene cuando se autoriza la primera intervención telefónica dentro de una investigación, ya que a través de ella se podrá determinar quiénes más se encuentran involucrados en el hecho investigado”*⁵⁴.

La prórroga de plazo de una resolución judicial que autoriza el levantamiento del secreto de comunicaciones de un investigado, impone una motivación de las razones por las cuales se debe continuar restringiendo el derecho al secreto de las comunicaciones y prevalecer

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 171/1999, de fecha 27 de setiembre, fundamento 4, véase el Link: <https://tc.vlex.es/vid/ra-n-ma-147607>.

el interés público, es por ello, que para ello el Fiscal deberá presentar la información obtenida a lo largo del seguimiento realizado, que permita establecer que la línea telefónica está siendo utilizada para una actividad ilícita. Es por ello, que considero que cuando las prórrogas son varias, deberá hacerse una expresa mención al resultado de lo investigado y de las razones que justifican la continuación de la intervención pese al tiempo transcurrido, ya que el Fiscal tiene la obligación de indicar que información ha obtenido hasta ese momento que justifiquen las prórrogas continuas, que permiten obtener nuevos elementos, lo cuales serán valorados por el Juez y señalados en su resolución judicial, para que a través del principio de proporcionalidad se justifique continuar limitando el derecho al secreto de las comunicaciones del investigado, y de no darse esta situación se denegara el requerimiento de prórroga de plazo de la medida limitativa de levantamiento del secreto de las comunicaciones. Asimismo, es de precisar que de manera excepcional se podrá autorizar una prórroga de la línea telefónica intervenida si se cuenta con información neutra, es decir, si los supuestos iniciales que se tuvieron al momento de solicitar el levantamiento del secreto de las comunicaciones siguen sin desvirtuarse, los cuales servirán por sí mismo de base para la prolongación del plazo de la limitación del derecho del investigado.

Es así, que podemos señalar que en ***el supuesto de ampliación subjetiva de una intervención telefónica***, se evalúa el transcurso del tiempo durante el cual se mantienen la intervención de una línea telefónica, la cual representa un factor negativo en el mantenimiento del equilibrio del principio de proporcionalidad, toda vez que a mayor tiempo de duración del acto de intervención, más difícil será la justificación de la prórroga de la medida restrictiva del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas del investigado, por poner un ejemplo, en los casos que se descubre a un determinado narcotraficante en una concreta operación de especial relevancia por su trascendencia económica o social y es necesario

seguir recopilado información a fin de determinar con quien realiza sus actividades ilícitas, por lo que es necesario solicitar la prórroga del plazo al tener un resultado favorable en la línea de investigación abierta.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que durante la ejecución de la autorización del levantamiento del secreto de las comunicaciones se puede obtener información que no esta vinculada al objeto de investigación, situación que ha sido denominada por la doctrina como hallazgo causal, y según LOPEZ FRAGOSO ALVAREZ *“define al **hallazgo causal**, como aquellos conocimientos adquiridos mediante una intervención telefónica legítimamente ordenando y ejecutada que no se corresponden con el fin inmediato para la investigación para la que se autoriza dicha medida, y/o que afectan o provienen de las personas frente a las cuales no se ha ordenado dicha intervención o que no hubieran podido ordenarse frente a ellas según los presupuestos normativos objetivos y subjetivos”*⁵⁵.

De ello, podemos señalar que este hallazgo causal en algunas oportunidades genera algunos cuestionamientos dentro de una investigación, en **el ámbito objetivo de la investigación** (se descubren la realización de una actividad ilícita diferente a la que se viene investigando y por la cual no fue autorizada en la resolución judicial de levantamiento del secreto de las comunicaciones) o **en el ámbito subjetivo** (se toma conocimiento de que existen terceras personas que realizan actividades ilícitas diferentes a los hechos que se vienen investigando o que se vinculen con estos).

Es por ello, que debe distinguirse cuando nos encontramos ante un hallazgo casual al inicio de la intervención telefónica, como cuando este se dé durante la ejecución de una medida de una intervención

⁵⁵ Citado por VELASCO NUÑEZ, Eloy, “Presencias y Ausencias” en materia de intervenciones telefónicas, en espera de una regulación complementaria del tema, Actualidad Penal, número 18/3 de fecha 09 de mayo de 1993.

telefónica, pues en el primer caso, este hallazgo hará posible que se pueda realizar actuaciones policiales inmediatas sin necesidad de una previa autorización, debido a la gravedad del delito descubierto. En el segundo caso, el acceso a la información contenida en las grabaciones ha sido de manera lícita, la cual debe ponerse en conocimiento del Juez que autorizó la medida judicial a fin de evitar cuestionamientos a futuro, para ello el Fiscal debe decidir si la actividad ilícita que ha tomado conocimiento la investigará por tener una conexión con el hecho investigado o pondrá en conocimiento a la Fiscalía competente para que se inicie una investigación independiente preservando en la medida el secreto de la ejecución de la medida de levantamiento del secreto de las comunicaciones.

La jurisprudencia española hace una distinción entre el **hallazgo casual**, referido a los hechos o infracciones criminales que escapan del contexto de la investigación, **de lo que son hechos diversos de una misma actuación o fenomenología criminal**, ello, se puede ejemplificar, en los casos de tráfico de drogas donde como consecuencia de la investigación que se viene realizando se toma conocimiento a través de la intervención telefónica la comisión de actividades ilícitas vinculadas a ellas, como el delito de lavado de activos, homicidio, entre otros, en este caso no es necesario que se pida una nueva autorización debido a que los hechos ilícitos se concatenan en una misma actividad criminal, lo que no sucederá si en el curso de la misma investigación se descubre que el mismo traficante se dedica a una actividad ilícita no vinculada al hecho ilícito inicial.

Distinto es **el hallazgo casual inevitable**, que como consecuencia de una investigación que se viene realizando de un hecho ilícito, y se tiene una sospecha mínimas de la comisión de otros delitos, estas se llegan a corroborar como consecuencia de la actuación de una técnica investigativa, por ejemplo puede darse cuando uno está realizando técnicas investigativas para obtener elementos de convicción del delito

de lesiones graves con arma blanca que inicialmente se consideraba como tentativa de homicidio, y al realiza el registro domiciliario se encuentra en el interior del inmueble una cantidad de droga, en este caso, se deberá comunicar al Juez para que evalúe si debe ponderar el derecho al secreto de las comunicaciones o no, pues la restricción de este derecho se dio en la investigación de un delito grave, donde se ha tomado conocimiento de la comisión de un delito menos grave del que se tenía sospechas o serios indicios, a fin de evaluar si la información que se obtuvo es lícita o no, porque esta protegida por los alcances de la resolución judicial que autorizo el levantamiento del secreto de las comunicaciones.

De lo mencionado, podemos concluir que una resolución judicial que autoriza el levantamiento del secreto de las comunicaciones debe tener un plazo ya que la restricción de este derecho no puede ser ilimitado, pues esta restricción debe tener una justificación a fin de no vulnerar y/o abusar de estas medidas amparándose en que se busca obtener elementos y/o indicios de una actividad ilícita que puedan atribuir a determinada persona. Es por ello, que, si en un primer momento se otorgó restringir el derecho al secreto de las comunicaciones de un investigado, y si este plazo está próximo a vencerse se le debe presentar al juez un requerimiento de prórroga para que evalúe si se debe continuar con esta intervención, prórroga que no debe exceder el plazo de la investigación que el fiscal ha establecido.

4.3.- CRITERIOS QUE SE DEBEN TOMAR EN CUENTA AL MOMENTO DE REALIZAR LA TRANSCRIPCIÓN LAS CONVERSACIONES SELECCIONADAS COMO RELEVANTES COMO CONSECUENCIA DEL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES.

En la actualidad en desarrollo de los procesos penales contra las organizaciones criminales, la Sala Penal Nacional ha considerado

necesario que se realicen las transcripciones de las comunicaciones de manera íntegra para que esta sea considerada como una prueba válida, indicando que los resúmenes son considerados como pruebas irregulares que no dan fiabilidad de los registros. Por otro lado, también se cuestiona si en la selección de las comunicaciones rige el principio de la exclusividad relacionado a que el Fiscal deba seleccionar las comunicaciones relevantes o si es factible que la selección sea realizada por la unidad de policía, y en última instancia si la transcripción responde a simples razones de práctica procesal u omisión que puede considerarse una visión insustancial si el control responde a otras necesidades fundamentales, teniendo en cuenta estos integrantes.

4.3.1. La exigencia de la transcripción íntegra del audio grabado.

Ha quedado establecido en los procesos que se llevan contra organizaciones criminales que se debe realizar la transcripción de las comunicaciones relevantes de manera íntegra, solo excepcionalmente esta se hará por segmentos, si existe información relacionada al ámbito privado de la persona. Aunado ello, es de mencionar que la Sala Penal Nacional ha establecido que se decretara que las actas de recolección, control y transcripción de comunicaciones son irregulares, si estas en vez de la transcripción literal se realizan un resumen de lo que trata la comunicación, por lo que se exige la transcripción literal a fin de garantizar la fidelidad del contenido, la cual se comprobaba con la reproducción de la audición de audio, a fin de que en el desarrollo del juicio se evalué las condiciones de contradicción el resultado de las escuchas; por lo que es necesario la conservación de los audios.

Es por ello, que podemos decir que la transcripción íntegra, y más si ha llegado a cotejarse con presencia de las partes, o al menos con la posibilidad efectiva de tener las partes acceso al contenido íntegro

de audios, será considerada como un elemento de prueba, y una vez actuada en juicio se convertirá en prueba, no es posible señalar que la transcripción de la comunicación es suficiente para ser considerada como prueba, pues esta no suplente la oralización de los audios tanto en la etapa de investigación preparatoria como en el juicio oral durante la etapa de oralización de prueba documental, ya que es necesario que se tenga la transcripción de la comunicación como se oralice el audio.

4.3.2. La transcripción parcial, como forma de selección del contenido relacionado con el objeto de la investigación.

Es de mencionar que cuando se empezó a utilizar la técnica investigativa de levantamiento del secreto de las comunicaciones, y a realizar las síntesis de las comunicaciones estas en un primer momento fueron aceptadas, pero después fueron cuestionadas por los investigados, ya que estas síntesis eran resúmenes realizados por los efectivos policiales que están a cargo de la ejecución de la medida, lo cual tiene una interpretación subjetiva de ellos, por lo que con la finalidad de garantizar los derechos de los imputados, se estableció que estas eran prueba irregular.

Es así, que se estableció que las transcripciones se realicen de manera literal y en su integridad, si no existe algún contenido relacionado a la vida privada del investigado, que no tenga que ver con la actividad ilícita que se le atribuya, ello con la finalidad de proteger el derecho del secreto de las comunicaciones de los investigados, pues lo que se busca es separar lo útil para la investigación frente a lo superfluo o innecesario, que guarda relación con la intimidad tanto de tercero como del propio investigado, lo cual no debe ser considerado como elemento probatorio dentro de una investigación.

El Tribunal Constitucional Español ha establecido preceptos respecto a este tema y señala que *“se debe establecer un deber de selección útil, para salvaguardar así lo que pueda entenderse como superfluo para las resultas de la investigación, por lo que optar por la necesidad o la posibilidad de la selección de determinados segmentos de las comunicaciones, será aceptado solamente cuando se excluya aquellas conversaciones en las que intervengan personas completamente ajenas a la investigación o por referirse a aspectos de la intimidad de los investigados y que no tengan ninguna relación con la investigación que se sigue”*⁵⁶.

Para tratar de salvar los principios de contradicción e igualdad en la investigación preparatoria, la función de recolección de comunicaciones lo deja a cargo del Ministerio Público, para después en la etapa de investigación preparatoria se le ponga en conocimiento los audios y las actas de transcripción a efectos de que las partes tomen conocimiento de ello, los cuales serán utilizados en la etapa de juicio oral donde el órgano jurisdiccional evaluara su legitimidad, es así, que si bien la selección parece imponerse como acto debido, después debe realizarse la transcripción lo que no impediría que se realice una copia del audio grabado de los pasajes relevantes, pero teniendo en cuenta que esta debe ser contrastada y autenticada.

Es así, que Tribunal Constitucional Español ha establecido que *“La disponibilidad de los audios originales es en sí una garantía para facilitar el derecho de defensa, pero para ello nada afecta que se transcriba todo o en parte las conversaciones y que la transcripción sea realizada o no por el propio órgano judicial, bastando con la*

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 49/1999 de fecha 05 de abril del 1999. véase el Link: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1999-9293

disponibilidad de la prueba en la sede de instrucción si es que se pretende hacer uso de la transcripción como prueba”⁵⁷.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que la selección de los comunicaciones o de los segmentos relevantes para la investigación lo realiza el representante del Ministerio Público, ello con el fin de evitar algún cuestionamiento a futuro, elementos probatorios que servirán de sustento para la investigación, es de mencionar, que los efectivos policiales que participan en la ejecución de la intervención de las escuchas telefónicas, son los encargos de realizar las transcripciones de la comunicaciones relevantes que el Fiscal ha seleccionado, pues lo que se busca es plasmar íntegramente las conversaciones que tiene contenido ilícito, y dejar de lado las que tengan contenido intimidado.

Es por ello, que será considerado como prueba el contenido original de las comunicaciones grabadas, ya que estas son necesarias en el desarrollo del juicio, por lo que afirmar que se debe considerar como prueba ilícita el resumen de las comunicaciones, sería una falacia ya que ello no modifica en nada el registro del audio, quizás pueda ser considerado como prueba irregular pero no afecta su validez. En igual sentido, tampoco puede considerarse como prueba ilícita las transcripciones que sean realizadas por el personal policial, en atención que el Código ha establecido que la persona que se encargara de seleccionar las comunicaciones relevantes es el Fiscal, quien tiene la función de recolectar las pruebas de cargo y descargo en una investigación.

4.3.3. La transcripción de las comunicaciones en otro idioma.

Nuestra legislación ha señalado que cuando existan registros de comunicaciones en otro idioma, estas deben ser traducidas si se

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 171/1999 de fecha 27 de setiembre del 1999, véase el Link: <https://tc.vlex.es/vid/ra-n-ma-147607>.

considera necesario, aunado a ello, se debe tener presente que mientras las comunicaciones en otro idioma se registran en tiempo real cabe la posibilidad de la traducción simultánea en atención de que la información no se pierda y la unidad policial pueda continuar con las ovises que realizan, ello, se debe a aquellos supuestos que el principio de oralidad prima como norma fundamental, pues si bien lo natural sería su traducción escrita literal e íntegra, o al menos de aquellos pasajes de la grabación que se consideren relevantes para la investigación, lo cual estará sujeto a un examen en conjunto, con apoyo del traductor judicial de todo el contenido de lo inferido.

Es así, que en el caso de las comunicaciones en otro idioma existe una dificultad para que el juzgador pueda autorizar el levantamiento del secreto de las comunicaciones de un abonado telefónico del cual se ha registrado comunicaciones en idioma distinto al español, ya que es necesario que el Juez tenga conocimiento de las conversaciones para tomar que decisiones, como son el cese o prórroga de la medida, la ampliación objetiva de la intervención, la selección de segmentos relevantes, por lo que debe preverse un medio que permitirá que el Juez tome conocimiento del contenido de las conversaciones para comprobar la adecuada labor que realiza el Ministerio Público y a la vez permitirá que las partes no tengan un acceso limitado del contenido de las grabaciones originales y su traducción. Es por ello, que se debe contar con la intervención de intérpretes que desarrollen su función con todas las garantías establecidas en nuestras normas procesales, bien sea previa designación por el Juez o por el representante del Ministerio Público.

4.4.- EL PROCEDIMIENTO A SEGUIR CON RELACIÓN A LA RECEPCIÓN DE LOS AUDIOS DE LAS COMUNICACIONES, SU CONSERVACIÓN Y CUSTODIA.

Las comunicaciones seleccionadas como relevantes durante la ejecución del procedimiento de intervención de las comunicaciones deberá quedar bajo custodia del representante del Ministerio Público, en atención de que este dirigirá la etapa preparatoria; es por ello, que nuestro Código Procesal Penal ha establecido en cómo debe registrarse las comunicaciones, elaborándose la respectiva cadena de custodia, y como deberá de remitirse al Juzgado cuando este se utilice en juicio oral, ya que, si bien en un primer momento se podrá hacer por medio de las actas de comunicaciones que se utilizan para pedir nuevos números de los investigados que son parte de la organización criminal o prorrogar el plazo del abonado telefónico que se viene interviniendo, no se debe dejar de lado que al final de la ejecución del procedimiento se debe remitir todas las comunicaciones relevantes para la investigación, lo cual se hará a través de las actas de control de comunicaciones y de los audios registrados, en este último caso, se debe contar con un único medio de aseguramiento, el cual es el código Hash y la cadena de custodia.

El Tribunal Constitucional Español señala tres principales finalidades en la exigencia de la recepción de las cintas originales, **la primera**, referente a facilitar su posible aportación al acto de juicio como eventual prueba de cargo, debiendo ser puestas de manera integra a disposición de las partes durante el curso de las actuaciones, **una segunda**, consistente en permitir el efectivo ejercicio del derecho de defensa, al entender que la disponibilidad de las cintas originales es en sí una garantía para facilitar el derecho de defensa, y, **una tercera**, que entronca directamente con la exigencia del control efectivo de la fase de ejecución de la medida por parte del Juez de Instrucción, como la forma adecuada de posibilitarle a éste.

Por otro lado, es de precisar que la doctrina ha fijado de manera unánime lo referente a la exigencia de la remisión de los audios, que habrán de ser originales, prohibiendo que los audios sean modificados, además en relación a las actas de recolección, control y transcripción de comunicaciones estas no deben ser un resumen de la conversación. La remisión de los audios se convierte en un control judicial, la cual debe ser bajo cadena de custodia a fin de evitar cualquier manipulación o destrucción de estos, lo que no impedirá que se otorgue copias de las grabaciones a las partes si lo consideran necesario, pero debemos precisar que si en algún momento la cadena de custodia se rompa esto no supone la nulidad de la prueba siempre y cuando concurren circunstancias que permitan salvar esta situación, bien por la existencia de transcripciones realizadas con las debidas garantías y sin impugnaciones de su autenticidad por las parte.

Dentro de nuestra legislación se ha establecido que cuando se termine de ejecutar el procedimiento de la intervención de las comunicaciones, se deberá de poner en conocimiento al afectado que utiliza la línea telefónica intervenida, y si del contenido de las grabaciones se dan un resultado infructuoso; es decir, cuando de las conversaciones no se ha conseguido ningún indicio que se vincule a alguna actividad ilícita, estos registros deberán ser eliminadas. Es decir, que una vez cese de la intervención telefónica, o venza el plazo de concesión del levantamiento del secreto de las comunicaciones, se debe poner en conocimiento del investigado de que ha sido objeto del levantamiento del secreto de sus comunicaciones telefónicas, entendiéndose que se le comunicara al usuario del abonado telefónico, ya que en algunos casos el titular de la línea no es el usuario de esta, solución que desde luego no da una respuesta clara a toda la problemática que suscita tan trascendental conflicto de interés, al menos en cuanto se refiere a tales personas.

Pues la doctrina española considera que “(...) *si no se le informa de las medidas tomadas sin su conocimiento, el interesado no puede, generalmente en principio, constatar respectivamente la legalidad de la actuación, es decir, que es un derecho indiscutible de todo investigado que se le ponga en conocimiento la existencia del acto de injerencia para así poder examinar la legalidad de la resolución y su licitud, cuando la evolución del procedimiento y su reserva lo permitan*”⁵⁸.

Evidentemente la norma señala que cuando del resultado de la investigación se obtienen indicios positivos contra el investigado o contra cualquier otra persona que resulte involucrada en el delito investigado, se deberá de poner en conocimiento del investigado para que pueda hacer uso de sus legítimas expectativas procesales, hecho que se hará cuando el objeto de la investigación lo permita, este será el momento en que se da la fase de control de la ejecución de la medida, pues se le da la posibilidad que la persona ejerza el derecho al reexamen, pasando por la eventual utilización de los recursos que caben contra la referida resolución o contra la ejecución de la medida y el control judicial.

RODRÍGUEZ RAMOS señala: “(...) *que el acusado ha de disponer de todos los medios de defensa referentes a tales datos.... (Contenido y forma en que se ha desarrollado la intervención) y de un modo especialmente intenso y extenso si se tiene en cuenta que, tanto en la adopción como en la ejecución de la medida interventora del teléfono, se produce una indefensión tan total como inevitable por necesaria, y tal disponibilidad de defensa ex post exige la práctica de cuantas diligencias se soliciten respecto a las grabaciones, y transcripciones (pericias, etc.) lo que supone el accedió a la grabación*”⁵⁹.

⁵⁸ RODRIGUEZ LAINZ, José Luis, Ob. Cit. Pág. 219.

⁵⁹ RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, Intervenciones Telefónicas, en La prueba en el Proceso Penal, Cuaderno de derecho Judicial, CGPJ, 1992

De lo mencionado, se puede decir que una forma de garantizar la constitucionalidad del control judicial de las grabaciones será a través de la oralización de los audios, en presencia de las partes involucradas garantizando plenamente su derecho de contradicción en la fase de investigación, actuación en que las partes podrán hacer cuantas manifestaciones tengan por conveniente hacer sobre la conformidad de lo transcrito con el contenido de los grabado, así como cuantas adiciones estimen pertinentes para el derecho de sus defendidos y pronunciarse sobre la autoría y autenticidad de lo grabado .

El resultado de la grabación son siempre conversaciones que son recogidas en un soporte físico, voces que en un principio podrán imputarse en cuanto en su autoría a la persona del investigado o de terceras personas, siendo necesario que en el transcurso de la investigación establecer fehacientemente le corresponde o no al investigado la voz que se le atribuye, pericias que no son obligatorias ya que es posible imputar la autoría de las voces grabadas a través de la prueba de indicios, la cual permitirá relacionar la voz con el posible autor e incluso hacer el uso de la libre valoración de la prueba por el propio juzgador; en este sentido, es posible señalar que puede obtenerse por otros medios directos e indirectos determinar que es la voz del investigado, como la prueba testifical, donde se den recaben las declaraciones de las personas que actuaron en el momento en que la grabación se produjo o los propios policías, funcionarios o empleados que practicaron la intervención del teléfono, aunado a ello, se debe tener en cuenta si después de notificado el investigado este no las cuestiona en el plazo establecido por nuestro código procesal penal, se entenderá que reconoce su autenticidad.

4.5. PARAMETROS DE SELECCIÓN QUE SE DEBEN TENER EN CUENTA CON LA INFORMACIÓN QUE SE OBTIENE COMO CONSECUENCIA DE LA EJECUCION DE LA RESOLUCIÓN

JUDICIAL QUE AUTORIZA EL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

Ahora bien, debemos evaluar si la información que se obtiene como consecuencia del Levantamiento del Secreto de las Comunicaciones vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones, para ello, dividiremos en cuatro categorías la información que se obtiene, conforme se detallan a continuación:

a) Información relacionada a la vida privada del investigados

Es de precisar que cuando se realiza la intervención de comunicaciones de un abonado telefónico, se registra todas las llamadas que ingresan a este, como las que se realizan, así también, se registra toda las conversaciones externas que se den mientras el teléfono celular está realizando una llamada y todavía el otro interlocutor no contesta la llamada, como consecuencia de ello, en algunos de los tres supuestos se puede registrar una conversación de carácter privado de la persona que se está investigando.

Ahora bien, corresponde al Fiscal Recolector al momento de realizar el control de comunicaciones seleccionar las comunicaciones relevantes para la investigación que está realizando, como también de evaluar si existen comunicaciones que se relacionen al ámbito privado de la persona, en este caso, solo el Fiscal podrá seleccionar en este rubro de comunicaciones lo pertinente a los datos identificatorios permitan conocer quien utiliza la línea telefónica, como: el número de documento de identidad nacional, la dirección de su domicilio y/o lugar de trabajo, sus nombres, su alias, el nombre de algún familiar, como los hijos, las esposa, que permita identificar al investigado, estas, son las únicas comunicaciones del ámbito privado del investigado que pueden ser seleccionas

y transcritas a fin de utilizar como medios de convicción y en la etapa pertinente como medios de prueba, **por lo que si el Fiscal Recolector seleccionara y/o dispusiera la transcripción de una comunicación relacionada al ámbito privado del investigado diferente a las antes detalladas, por mas que esta cuenta con una orden judicial estaría vulnerando el derecho al secreto de las comunicaciones del imputado**

b) Información relacionada a actividades ilícita que realiza el investigado

En relación a estas comunicaciones es de precisar que al contar con autorización judicial no habría una vulneración del derecho al secreto, **solo se daría una vulneración a este derecho, si la resolución judicial cuando se emitió no se tuvo en cuenta los requisitos formales y constitucionales,** es decir que sea dada por un Juez Natural, que esté de acuerdo al principio de especialidad y proporcionalidad, que esta medida era necesaria, urgente y proporcional.

c) Información relacionada con terceras personas que se vinculan con las actividades ilícitas que realiza el investigado

En este caso, debemos precisar que una vez que se interviene telefónicamente un abonado telefónico que es utilizado por un investigado, se registrara las comunicaciones que tengo con terceras personas, de ello, se genera dos situaciones, la primera, que este tercero también se dedica a la actividad ilícita del investigado, lo que originara que esta comunicaciones sean seleccionadas como relevantes, además de ello, permitirá solicitar una medida de levantamiento del secreto de las comunicaciones de esta tercera persona a efectos de poder conocer quienes mas participan en esta actividad ilícita como la

forma de realizar., entre otros, aspectos. Es de precisar, **que solo se vulnerara el derecho al secreto de las comunicaciones de una tercera persona, si la comunicación con el investigado tiene índole personal, y se dispone su transcripción**, excepcionalmente, se podrá pedir la transcripción de una conversación cuando permita identificar al investigado que viene haciendo uso de la línea telefónica, y se realizara la transcripción de parte relevante, y no manera íntegra.

d) **Información relacionada al Secreto de las Comunicaciones y el Bancario, Bursátil y tributaria.**

Respecto a estas comunicaciones se debe tener presente que durante la intervención de telefónica a veces los investigados envían cuentas bancarias para que se les abone sumas de dinero relacionadas con los hechos que se viene investigando, la cual se realiza en su contra, esta información es valioso para una investigación, ya que a través de estas sé recurrirá al juez a fin de que autorice el levantamiento Bancario, Bursátil y Tributaria, es de mencionar, **solo se vulnerara tanto el derecho del secreto de las comunicaciones como el derecho al secreto Bancario, Bursátil y tributaria, si a pesar de tener conocimiento el Fiscal Recolector que estas son utilizada para una actividad lícita, solicita que se transcriban y solicita el levantamiento del Bancario, Bursátil y tributaria.**

CAPITULO V: LA INFORMACIÓN OBTENIDA COMO CONSECUENCIA DEL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES ES UN ELEMENTO PROBATORIO VALIDO PARA UNA INVESTIGACIÓN CONTRA UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL

5.1.- INTRODUCCIÓN

La intervención de comunicaciones es una técnica especial a través de la cual se puede obtener elementos de prueba vinculados a una actividad ilícita que realice una persona determinada la cual está sujeta a una investigación, y a través de la pericia fonética y fonológica se podrá establecer que al investigado le corresponde o no la voz que se ha registrado en las comunicaciones obtenidas al momento de ejecutar la medida de levantamiento del secreto de las comunicaciones.

Es por ello, que los autores como López-Fragozo o Almagro Nosete entienden que se trata de *“una medida de investigación (con posible*

función probatoria) restrictiva del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas, que en determinados casos es el resultado tan variado que da lugar a la aprehensión del cuerpo del delito; puede proporcionar piezas de convicción o encaminar la instrucción a los hechos oportunos”⁶⁰.

De lo cual podemos decir, que la intervención de comunicaciones tiene una doble función, la primera, orientada a coadyuvar con la investigación a fin de obtener elementos de prueba sobre la comisión de actividades ilícitas por una persona, y, la segunda, orientada a acreditar la responsabilidad de esta persona, a través del contenido de la información relevante que se registró de la línea telefónica que utilizaba. Es por ello, que cuando nos encontramos en la etapa de investigación esta técnica investigativa se ejecuta con carácter reservado a fin de que solo la policía como el representante del Ministerio Público son los que tendrán conocimiento de la información que se obtenga como consecuencia de su ejecución.

Ahora bien, no debemos considerar que el secreto de las comunicaciones es una manifestación más del derecho a la intimidad, ya que estos dos derechos son diferentes, pues la diferencia en el ámbito de protección, pues el derecho a la intimidad protege la vida cotidiana de las personas relacionadas a su núcleo esencial, en cambio, en el derecho al secreto de las comunicaciones se protege el contenido formal de la comunicación. Hecho esta diferencia, debemos evaluar si es posible vulnerar el derecho a la intimidad cuando se autoriza una medida de levantamiento del secreto de las comunicaciones, de lo cual podemos señalar que no se vulnera ningún derecho cuando los datos versen sobre la titularidad del usuario del servicio, pues si la Fiscalía cuenta con la autorización judicial podrá tomar conocimiento no solo de la información que se registre en

⁶⁰ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A. “Escuchas Telefónicas (Comentarios a la STC 49/1999, de 05 de abril)”, En el Repertorio Aranzadi del TC. Vol II, Parte Estudio, Pág. 118.

tiempo real sino también conocer los datos históricos de esta línea telefónica.

Es por ello, que se dice que *“el único requisito para limitar o suspender el derecho al secreto de las comunicaciones se reduce a una simple resolución judicial amparada por una ley que específicamente delimite los supuestos, condiciones y circunstancias en que deben acordarse las interceptaciones de las comunicaciones telefónicas, con el fin de que no den abusos ni arbitrariedades”*⁶¹. *“Por ello es necesario que los jueces dicten estas resoluciones amparándose en una norma que fije sus competencias y los supuestos en que deben acordar las limitaciones de dicho derecho porque los jueces sólo son garantes de la libertad cuando deciden secundum legem, esto es, motivando su resolución en la decisión previa del legislador”*⁶².

Es así, que podemos señalar que la intervención telefónica es una herramienta útil para una investigación pues permite obtener indicios suficientes que permitan atribuirle una conducta ilícita a unas personas determinada, es por ello, que esta debe ser autorizada mediante resolución judicial con el fin de que no sea considerada ilícita.

5.2.- DIFERENCIAS ENTRE PRUEBA PROHIBIDA, PRUEBA ILÍCITA Y PRUEBA IRREGULAR

La doctrina ha establecido que existe una prohibición de valorar elementos de prueba que han sido obtenidos mediante la violación de derechos fundamentales, esta prohibición no sería aplicable, cuando la obtención de la prueba se deriva de un hecho antijurídico que no lesiona un derecho fundamental, ahora bien, debemos precisar que si se obtiene vulnerando derechos dará origen a dos tipos de prueba, la **prueba prohibida**, que no puede ser objeto de valoración en ningún caso, ya

⁶¹ NARVAEZ RODRÍGUEZ, A. “Escuchas telefónicas (Comentarios a la STC 49/1999, de 05 de abril)”, En el Repertorio Aranzadi del TC. Vol II, Parte Estudio, Pág. 125-126.

⁶² JIMENEZ CAMPOS, J. “Comentarios a la legislación penal”, Tomo VII, Edersia, 1986, Pág.8 y ss.

que esta se obtiene o produce vulnerando el ordenamiento jurídico en general, sea que la vulneración sea de una norma de rango constitucional o legal, en cambio la **prueba ilícita** que no puede ser objeto de valoración en ningún caso porque esta fue obtenida violando derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad por parte de los sujetos procesales en cualquier etapa del proceso y el juez o Tribunal deberá pronunciarse al respecto, y que si puede ser objeto de valoración en determinadas circunstancias, además, se tiene la **prueba irregular** que es aquella obtenida incurriendo en una infracción procesal del procedimiento probatorio, sin afectar directamente a derechos fundamentales. De ahí que muchas veces la polémica sobre cuándo puede valorarse como prueba una que se ha obtenido a través de un medio antijurídico que no funciona, directa o indirectamente un derecho fundamental, gire también en torno de otros criterios o principios, como el de proporcionalidad, buena fe, etcétera, que sin tener la misma fuerza que los que se basan en la lesión de un derecho fundamental, también pueden conducir a la nulidad de la prueba que se haya obtenido.

Esta línea es compartida por el jurista MUÑOZ CONDE quien señala “*las pruebas que se obtienen a través de una limitación directa de algún derecho fundamental, se admiten algunas por su propia naturaleza que implican siempre en su práctica algún tipo de injerencia en derechos fundamentales, sin que ello implique su nulidad, siempre que se cumplan determinados requisitos, puede que la prueba sea admisible y valorada procesalmente, dependiendo ello de una ponderación de intereses que unas veces viene ya fijada y formalizada en la ley, y otras de una valoración judicial de las circunstancias concurrentes en el caso concreto*”⁶³.

Además, se debe tener en cuenta que a través de la **teoría del fruto del árbol envenenado**, se ha establecido que no solo se rechazara la

⁶³ MUÑOZ CONDE, Francisco, “Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal”, Segunda Edición, marzo 2007, Editorial Hammurabi, Pág. 37-39.

prueba obtenida directamente con violación de derechos fundamentales, sino también las que deriven de una prueba prohibida, es decir existen una prohibición cuando existe una lesión de manera directa o indirecta de un derecho fundamental, existiendo una excepción la cual considera que cuando la nueva prueba se pudo obtener también de forma independiente y observando las reglas prescritas legalmente, esta segunda prueba es una prueba válida.

Ahora bien, la intervención de las comunicaciones con el objetivo de comprobar hechos delictivos e identificar a los responsables puede afectar gravemente importantes derechos fundamentales (derecho al secreto de las comunicaciones, protección de datos de carácter personal, intimidad o incluso inviolabilidad del domicilio), por lo que es necesario alcanzar un justo equilibrio entre la actividad encaminada a la investigación y descubrimiento de actividades delictivas y la salvaguarda de conjunto de derechos que toda persona debe poseer en estado de derecho. Así conviene tener en cuenta el Auto del Tribunal Supremo de 1992 conocido como *Caso Naseiro* el cual señaló que *“en el ámbito del proceso penal, la verdad real no se puede obtener a cualquier precio⁶⁴, es decir, no todo método es válido y útil por el mero hecho de alcanzar la verdad a través del mismo⁶⁵, pues la verdad material sólo puede ser alcanzada dentro de las exigencias, presupuestos y limitaciones que impone el ordenamiento jurídico: solo la ley ha de fijar los límites en el ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución”⁶⁶.*

En esta misma línea, el jurista Muñoz Conde, señala que *“ el empleo de los medios de intervención del secreto de las comunicaciones en la averiguación y, en su caso, la prueba de un delito, no produce el mismo*

⁶⁴ GONZALES CUELLAR SERRANO, N. “Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal”, Edición Colex, Pág.336

⁶⁵ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A. “Intervenciones telefónicas (Comentario a la STC 49/1999, del 05 de abril)”. En repertorio Aranzadi del TC. Vol. II. Parte Estudio. Pág. 1757-1782.

⁶⁶ MONTÓN REDONDO, A. “Las interpretaciones telefónicas constitucionalmente correctas”. En La Ley, 1995, N°4.

rechazo o repulsión moral, entre otras cosas porque no siempre lesiona un derecho fundamental y su utilización puede ser admitida, siempre, claro está, que ello sea compatible con los derechos fundamentales del ciudadano que garantizan la Constitución y los Pactos internacionales de derechos civiles y se lleve a cabo con determinados procedimientos y garantías. La pluralidad de situaciones en las que estas técnicas pueden ser utilizadas dificulta una valoración unitaria de las mismas desde el punto de vista de sus admisibilidades como pruebas en el proceso penal; de ahí que sea difícil delimitar a priori y sin referencias a casos concretos, cuando, por ejemplo, las grabaciones puedan considerarse como medios de prueba legítimos y cuándo no”⁶⁷.

Estando a lo mencionado, debemos tener en cuenta que al momento de la ejecución de una medida limitativa de derecho- levantamiento del secreto de las comunicaciones esta se debe realizar sin afectar y/o vulnerar otro derecho fundamental al restringido (el derecho del secreto de las comunicaciones), ya que si ello sucediera las comunicaciones que se registren serían ilícitas, lo que ocasionaría que estas no se puedan utilizar dentro de un proceso judicial tornándose en prueba prohibida. De igual manera, si dentro de la ejecución de esta medida no se sigue el procedimiento establecido las comunicaciones que se registren se convertirán en prueba irregular.

5.3.- EL TRATAMIENTO QUE SE LE DA A LA INFORMACION QUE SE OBTIENE DEL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

El proceso penal busca establecer la verdad, pero ello no justifica que los elementos de prueba se obtengan vulnerando derechos fundamentales o que se vulnere los procedimientos para que se puedan obtener, pues siempre es necesario que se cumplan requisitos formales que se establecen.

⁶⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco, “Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal”, Segunda Edición, marzo 2007, Editorial Hammurabi, Pág. 34-35.

Es de mencionar, que dentro de una investigación a fin de obtener la verdad se pueden utilizar diversas técnicas de investigación, siendo una de ellas, el levantamiento del secreto de las comunicaciones, la cual se aplicara dentro de una investigación y con una autorización judicial motivada que la autorice, para lo cual se aplicara el principio de proporcionalidad, que de algún modo limita la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones a la investigación de delitos de cierta gravedad, aunque no se especifiquen exactamente cuáles, aunado a ello, se debe tener en cuenta que esta autorización debe contar con determinados requisitos para su ejecución, entre ellos, la limitación temporal de la medida.

Es así, que si no se cumple estos requisitos las escuchas telefónicas se pueden anular como prueba, amparándose en la base de que no hubo un control judicial permanente de su ejecución, por ejemplo, en el caso de que se venga realizando la intervención de líneas telefónicas en un delito de conspiración a un cohecho y se toma conocimiento de hechos relacionados tráfico de drogas que es un delito por el cual no se había autorizado la misma, si este hecho no se comunica al juzgado y si el fiscal no amplia investigación o no deriva las comunicaciones a un fiscal de su competencia, esto, ocasionara que las escuchas telefónicas se declaren nulas.

En consecuencia, podemos señalar que se anularan las comunicaciones telefónicas posteriores que se registren, si durante la ejecución de está se vulnero algún derecho fundamental, pese a que se obtengan indicios delictivos, ello, debido que existiría una concatenación temporal y lógica con las primeras, manifestando, o si desde la primera autorización judicial esta ha vulnerado algún derecho fundamental, ya que como consecuencia se dará la vulneración del mismo derecho en las resoluciones posteriores que se adoptaron con fundamento en los datos conocidos directamente a través de la primera intervención telefónica, cuya ilegitimidad constitucional se da.

Además, es de mencionar que el principio de proporcionalidad señala que no puede utilizarse procesalmente las pruebas obtenidas de una intervención telefónica, cuando se trata de delitos respecto a los cuales no se ha permitido la intervención y sobre aquellos que no está en conexión con los delitos respecto a los cuales se ha autorizado la intervención. En este sentido, la jurisprudencia señala que los hallazgos casuales suelen ser bastante contradictoria; pero, en todo caso la idea de proporcionalidad impone un límite material adicional a los requisitos puramente procedimentales con que debe realizarse la medida de la intervención telefónica.

Es por ello, que podemos decir que la intervención telefónica de los abonados telefónicos que utilizan los investigados estará de acuerdo a derecho siempre y cuando sea autorizada por una resolución judicial, la cual deberá ejecutarse dentro de una investigación y en el plazo otorgado, dentro del cual se deberá recabar los indicios y/o elementos para que se le pueda imputar la conducta ilícita que presuntamente el investigado viene realizando. Además, se debe tener en cuenta que, si durante la investigación se tomara conocimiento de la comisión de otro delito al que se está investigando, el representante del Ministerio Público deberá ampliar su investigación y comunicar al juez de este hecho a efectos de que las comunicaciones que se registren sean valoradas dentro de un proceso.

5.4.- REQUISITOS CONSTITUCIONALES QUE SE DEBEN TENER EN CUENTA PARA QUE LA INFORMACION QUE SE OBTENGA DEL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES SEA VALIDA

En nuestro ordenamiento jurídico se ha establecido que la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones sólo puede ser ordenada por un órgano jurisdiccional; dentro de un proceso que puede estar en la etapa de diligencias preliminares o en investigación preparatoria, esta

limitación solo puede decretarse por medio de una resolución judicial debidamente motivada, para ello, se deberá justificar esta limitación de este derecho fundamental, donde deberá existir indicios fuertes de la existencia de una actividad ilícita y que es cometido por una persona determinada, es por ello, que la resolución judicial debe expresar cuál es el número del teléfono a intervenir, el plazo en que tendrá validez esta medida, quienes serán los funcionarios y/o servidores públicos que se encargaran de ejecutar; y, además se deberá analizar porque esta medida es necesaria, proporcional y urgente, para ello debe tener en cuenta lo siguiente:⁶⁸

5.4.1. La medida debe ser necesaria

La intervención telefónica tiene que ser el único medio por el que puede descubrirse la existencia del delito o de sus circunstancias o, por lo menos, el medio por el que se sacrifican menos los derechos fundamentales del imputado, ya que, la necesidad tiene que referirse a que los otros posibles medios de investigación de un determinado delito y de una concreta persona no ofrecen garantías de alcanzar la finalidad perseguida. Por ello es por lo que a veces se habla, no de necesidad, sino de subsidiariedad.

5.4.2. La medida debe ser proporcional

La intervención telefónica debe darse en una investigación donde el delito que se investiga es considerado grave.

5.4.3. La medida guarda relación con el principio de especialidad.

La medida de intervención telefónica tiene que ser necesaria y proporcional, debiendo de especificar los indicios, el delito del cual se desprende y la persona que aparece como sospechosa de ser la autora del mismo.

⁶⁸ MONTERO AROCA, Juan, "Derecho Jurisdiccional III- Proceso Penal", Edición Tirant Lo Blanch, 16 Edición, Valencia, 2008, Pág. 175-177.

5.5.- LOS REQUISITOS DE LEGALIDAD QUE SE TOMAN EN CUENTA PARA QUE LA INFORMACION QUE SE OBTENGA DEL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES SEA VALIDA.

En etapa de diligencias preliminares la medida de levantamiento del secreto de las comunicaciones es un acto más de investigación, que permite coadyuvar con esta, a fin de identificar a las personas que cometen una conducta ilícita, recabar los indicios y/o evidencias que permitan acreditar su responsabilidad en juicio oral. Criterio que es compartido por Montero Aroca quien señala *“que para que se otorgue una medida limitativa de levantamiento del secreto de las comunicaciones se establece determinados requisitos, como la exclusividad del órgano judicial, la selección de conversaciones y la necesidad de oír en el juicio lo grabado⁶⁹*, criterios que se son compartido, los cuales se detallan a continuación:

5.5.1. La exclusividad del órgano judicial para emitir la autorización de levantamiento del secreto de las comunicaciones, como de los funcionarios que la ejecutan.

Se refiere que la otorgara el juez de investigación preparatoria, que se será ejecutada por el fiscal con apoyo de la policía que realizara el registro y grabación de las comunicaciones, entendiéndose que la policial deberá dar cuenta al Fiscal a cargo de la investigación.

5.5.2. La selección de las conversaciones relevantes para la investigación

Está a cargo del Fiscal Recolector quien después de terminar la ejecución del levantamiento del secreto de las comunicaciones seleccionara las conversaciones relevantes para el caso que tiene,

⁶⁹ MONTERO AROCA, Juan, “Derecho Jurisdiccional III- Proceso Penal”, Edición Tirant Lo Blanch, 16 Edición, Valencia, 2008, Pág. 178-180.

y después remitirá al Juzgado todas las comunicaciones que son relevantes para la presente investigación. Aunado ello, se tiene que en el proceso de selección de comunicaciones el Fiscal Recolector debe tener en cuenta las siguientes exclusiones:

1.- La exclusión de las grabaciones de conversaciones entre personas no investigadas: Se deberá tener en cuenta si estas conversaciones guardan relación con los hechos investigados, y si es así, deberán ser registradas como relevantes para la investigación, ***pero si la conversaciones registradas entre personas no investigadas no guardan relación con la investigación, el Fiscal Recolector deberá excluir esas conversaciones, respetando así el derecho al secreto de las comunicaciones y a la intimidad de esas personas.***

2.- La exclusión de las conversaciones no atinentes a la causa: Relacionada a las conversaciones que han sostenido los investigados que tiene relación con su ámbito privado, en este caso estas comunicaciones no deben ser transcritas por no guardar relación los hechos investigados.

5.5.3. La necesidad de oralizar las comunicaciones relevantes en el juicio oral a fin de acreditar la responsabilidad de la persona que se le limitó su derecho del secreto de las comunicaciones.

Es en relación que la fuente de prueba viene a ser los audios que se han registrado como consecuencia de la ejecución del levantamiento del secreto de las comunicaciones y la cual debe ser valorada en juicio oral. Es por ello, que se debe cumplir con los requisitos constitucionales y de legalidad a efectos de evitar cualquier vulneración y ocasionar que estas no sean usadas en juicio oral, ya que si se vulnera los requisitos constitucionales originaría que toda actuación que se derivó de ella carezca de

eficacia probatoria. En cambio, si se vulnera el requisito de legalidad, los elementos de convicción obtenidos serán nulos, pero los hechos derivados podrán ser valorados con los demás medios de la prueba.

De lo mencionado, se aprecia que además de los requisitos constitucionales se debe tener en cuenta los requisitos de legalidad, pues los dos van de la mano, con el fin de que la ejecución de una medida de levantamiento del secreto de las comunicaciones sea legal y válida, para ello, se debe tomar en cuenta que la medida autorizada por el juez sea necesaria, urgente y proporcional, y que durante su ejecución se realice una selección adecuada de las comunicaciones relevantes por el fiscal recolector, las cuales deberán ser registradas en un cd bajo una cadena de custodia, que será utilizada para la pericia de homologación de voces, y en el juicio oral, los audios que previamente ha sido incorporado debidamente en el proceso penal serán oralizados. Es así, que si no se lleva a cabo los pasos antes mencionados las comunicaciones obtenidas no podrán ser incorporadas al proceso ni menos valoradas como prueba para acreditar la responsabilidad del investigado.

CAPITULO VI: LA INTERVENCION TELEFONICA COMO UNA TECNICA ESPECIAL EN LAS INVESTIGACIONES CONTRA ORGANIZACIONES CRIMINALES

6.1. INTRODUCCION

El artículo 2º inciso 10) de la Constitución Política del Estado, establece que ***toda persona tiene derecho al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados, estableciendo además que las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley.*** Resulta pertinente acotar que conforme lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N°0041-2014-PHC/TC del 18 de agosto del 2014 la medida de Levantamiento del Secreto de las Comunicaciones no tiene incidencia directa en el derecho a la libertad personal.⁷⁰

⁷⁰ El supuesto de hecho referido no se presenta en el caso de autos, ya que los hechos que

Con la expedición de la Ley de Crimen Organizado, se incorporó como técnica investigativa contra una organización criminal, la intervención de comunicaciones y telecomunicaciones, reconocido en los artículos 230º y 231º del Código Procesal Penal, la cual debe realizarse con estricto respeto de los derechos fundamentales de las personas investigadas, considerando para ello, que los derechos fundamentales no son absolutos y admiten limitaciones como las que legítimamente puede adoptar el juez en aras de un fin superior como es el esclarecimiento de un hecho delictivo que pone en riesgo la convivencia en sociedad.

El Ministerio Público, como conductor de la investigación del delito desde su inicio, de conformidad con el inciso 4 del artículo 159º de la Constitución Política del Perú, se encuentra facultado para actuar las diligencias necesarias con la finalidad de reunir elementos de convicción que permitan inferir la existencia de un ilícito penal, considerándose entre ellas, la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en caso excepcional, la cual se aplicara contra una **organización criminal**, medida limitativa que esta normada en los artículos 230º y 231º del Código Procesal Penal. Así, sólo a través de un trabajo minucioso, utilizando las medidas limitativas de derechos mencionadas, se podrá lograr el acopio de elementos probatorios que logren vincular a todos los integrantes de esta organización criminal.

Si bien es cierto la intervención de comunicaciones y telecomunicaciones es necesaria en muchos casos, dado la gravedad y complejidad de la investigación, esta debe enmarcarse sistemáticamente en nuestro ordenamiento jurídico nacional. Es en ese sentido, cabe

el recurrente considera lesivos a los derechos constitucionales invocados, como por ejemplo: las disposiciones que ordenan abrir investigación preliminar, la realización de diligencias preliminares de investigación, el control de las comunicaciones por telefonía celular o el levantamiento del secreto de las comunicaciones ante el órgano jurisdiccional, entre otras, no tienen incidencia directa en su derecho a la libertad personal, ni constituyen una amenaza a dicho derecho. Es decir, no determinan restricción o limitación alguna del derecho a la libertad personal. Por ende, la pretensión resulta manifiestamente incompatible con la naturaleza de este proceso constitucional de la libertad (Cfr. Exp. N° 4052-2007-PHC/TC, N° 4121-2007-PHC, N° 0195-2008-PHC, N° 02957-2011-PHC/TC, N° 3960-2011 -PHC/TC, entre otros).

recordar que nuestro sistema normativo ha consagrado el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, elevándolo a rango constitucional, contemplado en el inciso 10 del artículo 2° de la Constitución, derecho que solo puede ser restringido por resolución judicial, conforme se ha establecido en el Código Procesal Penal, donde se ha normado el procedimiento y la ejecución de la medida de intervención de las comunicaciones, sin embargo esta regulación de carácter general debe ser modificada porque existen vacíos normativos que se han generado como consecuencia de la aplicación de esta técnica contra las organizaciones criminales, con el cual se regulen los siguientes aspectos:

1. Respecto a que es el Fiscal y no el Juez quien se encarga de realizar los actos de recolección y control de las comunicaciones y quien dispone que la transcripción de las partes relevantes de las comunicaciones (la cual estará a cargo del personal de la OFIATJ, levantándose el acta de recolección y control de las comunicaciones).
2. Fijar el plazo en el cual el Fiscal debe comunicar al Fiscal Superior cuando toma conocimiento a través de las comunicaciones en tiempo real que deja de ser competente, además de como de fijar el procedimiento que se debe seguir a efectos de no vulnerar ningún derecho ni perjudicar la investigación que se viene realizando.
3. Establecer el procedimiento a seguir y el plazo en el que se debe realizar la desacumulación de las investigaciones o la continuación de esta, cuando el Fiscal toma conocimiento en tiempo real que en una investigación existen dos organizaciones criminales.
4. Establecer cuál es el procedimiento a seguir en los dos supuestos antes mencionados, respecto a la vigencia de la resolución judicial que autorizo el levantamiento del secreto de las investigaciones.
5. Incorporar un artículo en el que se regule la ejecución de la medida limitativa de derecho- levantamiento del secreto de las comunicaciones de funcionarios públicos, donde se comprenda a los altos funcionarios que cuenta con prerrogativas y cometan el delito en

el ejercicio de su función o comete el delito después de cinco años de haber cesado en el cargo. Aunado a ello, se deberá autorizar la figura de la convalidación para que de manera excepcional se pueda dar vigencia a la resolución judicial que autorizo el levantamiento del secreto de las comunicaciones.

6. Regular en un artículo independiente el momento en que se le debe notificar al afectado que ha sido sujeto a una medida limitativa – levantamiento del secreto de las comunicaciones, como el procedimiento a seguir para que el afectado solicite el reexamen de la ejecución del levantamiento del secreto de las comunicaciones. Además, se deberá de considerar que el Fiscal podrá realizar la reevaluación de las comunicaciones registradas como consecuencia de la ejecución de la medida de intervención, siempre que se haga necesario por la incorporación de nuevos elementos de convicción en la etapa de investigación preparatoria.

Todos los puntos descritos anteriormente, son insumos que conlleva a demostrar la utilidad de la presente investigación, dado que al ser el Nuevo Código Procesal Penal un cuerpo normativo de reciente data, convierte a nuestra investigación en actual en su desarrollo. La presente investigación se convierte en **relevante**, al desarrollar la temática de la ponderación por un lado el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones frente al derecho a la seguridad nacional, al descubrimiento de la verdad; **actual** en cuanto las investigaciones que se han dado de altos funcionarios públicos que forman parte de organizaciones criminales, se convierte en **original**, dado que los cuestionamientos realizados al proceso de intervención telefónica no se ha desarrollado mínimamente en la doctrina y jurisprudencia, conllevando así, que nuestra investigación termine con un proyecto de ley que busque regular de alguna forma algunas etapas de actuación de las intervenciones telefónicas, acto de gran relevancia, al tratarse de la disposición de derechos fundamentales.

6.2. ANALISIS NORMATIVO, HISTORICO, DOGMATICO, CRIMINOLOGICO Y CRIMINALISTICO DE LA ORGANIZACION CRIMINAL

6.2.1. Enfoque Normativo

Es de precisar que este tipo penal no fue regulado ni en el Código Penal de 1863 ni en el de 1924 pues no se preocuparon por incluir fórmulas legales para sancionar penalmente tales conductas. No obstante, con anterioridad al Código Penal de 1991, la legislación penal peruana sí había incorporado, aunque episódicamente, algunas disposiciones normativas que de una u otra forma aludían a organizaciones delictivas. En efecto, si bien nunca se incorporaron tipos penales sobre asociación ilícita o asociación para delinquir, como ocurrió en muchos sistemas jurídicos de la región, el legislador nacional consideró pertinente criminalizar la conducción, promoción o integración en estructuras criminales como conductas punibles autónomas en determinados delitos como el tráfico ilícito de drogas (artículo 55° del Decreto Ley N 22095) o el terrorismo (artículo 5° del Decreto Legislativo N° 46).

Pero, también, en otras ocasiones, optó por referirse a ellas con otras denominaciones. Por ejemplo, configuró como una circunstancia agravante específica en el artículo 238° del Código Penal de 1924, el que determinados delitos patrimoniales, como el hurto o el robo, fueran ejecutados a través de una pandilla de malhechores, asociación o banda. Similar técnica legislativa se había aplicado en el Código Penal de 1863, el cual en su artículo 332° establecía que *“El jefe de una pandilla de tres o más malhechores, con quienes hubiere perpetrado el robo, será castigado con uno o dos términos más de la pena señalada para los autores”*. Asimismo, en el artículo 333° también se precisaba que *“El socio habitual de una pandilla de malhechores, será considerado como co-delincuente de estos en todo atentado que cometan, a no ser que pruebe no haber tenido participación alguna en el delito”*.

Fueron, pues, reformas legislativas posteriores a la puesta en vigencia del Código Penal de 1991, las que paulatinamente le dieron una redacción final y diferente de la original al artículo 317°. Sin embargo, su ubicación sistemática se mantuvo siempre integrada dentro de un amorfo título XIV de la Parte Especial, dedicado a los delitos contra la tranquilidad pública. Lamentablemente, la evolución sufrida por la fórmula legal del artículo 317° ha significado también notables retrocesos en cuanto a su técnica legislativa y precisión típica. *Es así que, considero que los cambios de redacción del tipo penal introducidos con el Decreto N° 1244, le han sobrecargado de elementos normativos que han oscurecido sensiblemente la identificación de las conductas criminalizadas. Lo que ha generado la adopción del Acuerdo Plenario N° 01-2017-SPN, del 05 de diciembre de 2017, para esclarecer, por ejemplo, los componentes de la estructura de una organización criminal (ver fundamentos jurídicos 17 y 18).*

Por lo demás, es de precisar que en el artículo 538° del Proyecto de Código Penal de 2016 se ha considerado mantener el delito de organización criminal en la sección XIX, del libro segundo, que también está dedicada a los delitos contra la tranquilidad pública. *No obstante, considero que de manera inconsistente se retorna a la equívoca sumilla legal de asociación ilícita, pese a que la descripción típica alude expresamente a la constitución, promoción e integración de organizaciones criminales. Pero, al margen de dicho cuestionamiento, cabe reconocer como un aporte positivo de dicha propuesta legislativa la inclusión de una inédita circunstancia agravante específica referida a que se utilice a un menor de edad.*

6.2.2. Enfoque Histórico

En relación a este enfoque se tiene como antecedente lo señalado por la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional – Convención de Palermo 2000, en su artículo 2º donde da

los conceptos de “*grupo delictivo organizado*” como “*grupo estructurado*”, con los siguientes términos:

- a) Por “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actué concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material; (...)
- b) Por “grupo estructurado” se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas no haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada (...)

Conceptos que han sido tomado en cuenta por nuestra legislación, y los cuales fueron plasmados en la **Ley Nº 30077- “Ley contra el crimen organizado”** en su artículo 2º, donde define la agravante de organización criminal y fija criterios para determinar su existencia, con los siguientes términos:

1. Para efectos de la presente Ley, se considera organización criminal a cualquier agrupación de tres o más personas que se reparen diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la presente Ley.
2. La intervención de los integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma

puede ser temporal, ocasional o aislada, debiendo orientarse a la consecución de los objetivos de la organización criminal”.

De igual manera, ha sucedido al modificar el artículo 317° del Código Penal como consecuencia de la dación del **Decreto Legislativo N° 1244- Decreto Legislativo que fortalece la lucha contra el crimen organizado y la tenencia ilegal de armas**, donde en su artículo 2° modifica el contenido y nombre del **artículo 317° Código Penal**, bajo los siguientes términos:

“El que promueva, organice, constituya o integre una organización criminal de tres o más personas con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido, que, de manera organizada, concertada o coordinada, se reparten diversas tareas o funciones, destinadas a cometer delitos será reprimido (...)” “Cuando el agente tuviese la condición de líder, jefe, financista o dirigente de la organización criminal. Cuando producto del accionar delictivo de la organización criminal, cualquiera de sus miembros causa la muerte de una persona o le causa lesiones graves a su integridad física o mental”.

Consideramos que esta modificación del artículo fue el adecuado ello, con la finalidad de poder sancionar a las personas que son las que promovieron la creación de una organización delictiva, pues antes de esta modificación ello no se podía realizar en su totalidad, sumado al hecho, que se ha podido recoger los conceptos básicos internacionales respecto a lo que deberá entenderse por una Organización Criminal y quienes son parte de esta, como las diversas formas en la cuales se puede manifestar.

Mas aún, si a partir de estos conceptos se puede establecer los componentes de una organización criminal, en primer lugar, que tenga una **estructura organizacional** (donde se verá la integración de los sujetos, su forma de cómo se han constituido y como es su tipología), **que exista una permanencia organizacional** (es decir que sea

estable en el tiempo pero de la organización no de los miembros, ya que estos pueden cambiar dependiendo el cargo que ocupen dentro de esta) y finalmente que **tenga un objetivo delictivo** (donde se puede comprender los delitos fin fijo -al inicio de la constitución- y los delitos fin circunstanciales, es por ello, que tiene una responsabilidad colectiva, por lo que no se incluyen delitos aislados).

6.2.3. Enfoque Criminológico

Es de mencionar, que la estructura de una organización criminal corresponde a la forma de cómo se configuran materialmente, es decir, de la forma vertical, horizontal, etc, lo cual se establecerá en base a la utilización de los medios que utiliza para la comisión de los delitos por el cual fue creada, en esta línea, REQUENA&DE LA CRUZ CORTE IBAÑEZ señala que se debe concebir a la Organización Criminal como: *“(...) el conjunto de actividades que se realizaran de manera necesaria para el desarrollo del negocio generado por una organización criminal, la cual requiere de una infraestructura que proporcione los recursos materiales y personales adecuados. Estos recursos, a su vez, estarán condicionados por el tipo de negocio del que se trate, la capacidad económica de la organización o los contactos disponibles”*⁷¹.

En igual sentido, la doctrina italiana considera a la organización criminal como un tipo mafioso, donde los que la conforman se valen de la fuerza de intimidación del vínculo asociativo y de la condición de sometimiento y de un pacto de silencio que de ello se deriva para cometer delitos, para adquirir de modo directo o indirecto la gestión o, en algún modo, el control de las actividades económicas, de concesiones, de autorizaciones, adjudicaciones y servicios públicos, o para obtener ganancias o ventajas injustas para sí o para otros, o bien con el fin de impedir u obstaculizar el libre ejercicio del voto o

⁷¹ REQUENA, L& DE LA CRUZ CORTE IBAÑEZ, L, Existe un perfil del delincuente organizado., pagina Web: <http://crimnet.urg.es/recpc/13/recpc13.03.pdf>.

procurárselos a otros en ocasión de consultas electorales. De igual manera, la doctrina suiza refiere que la organización criminal mantiene una estructura y miembros en secreto y tiene objetivo cometer actos de violencias criminales o de lucrarse con medios criminales.

De lo mencionado podemos, señalar que la perspectiva criminológica moderna sobre la criminalidad organizada recomienda que su abordaje se realice de manera escalonada, desde el concierto criminal o delincuentes organizados, para pasar a los aspectos de la conspiración criminal, de la asociación ilícita o bandas, del crimen organizado hasta la industria o empresa criminal, siendo esta la máxima expresión de este fenómeno jurídico-social, posición que es compartida por el profesor PRADO SALDARRIAGA quien señala que *“resulta indispensable rescatar la naturaleza grupal y de servicios ilícitos a gran escala que caracterizan a la criminalidad organizada contemporánea y la convierten en una empresa criminal, con proyecciones y estructuras más complejas que las que definen el proceder de las tradicionales asociaciones ilícitas o bandas⁷²”*, y de la cual nosotros consideramos la mas acertada pues lo que se busca es poder

conocer desde el interno a la organización criminal, es decir como funciona, cuales son sus pilares fundamentales que permiten que esta se mantenga en el tiempo, pese a que se de el cambio de los integrantes de esta organización, ello, con el fin de establecer su radio acción como la tipología que tienen a efectos de establecer sus nodus fungibles como los permanentes, ellos con el fin de desarticularlas de manera permanente.

6.2.4. Enfoque Criminalístico

Lo que busca desde este enfoque es establecer la forma de como esta estructura la Organización Criminal, desde la composición plural como

⁷² PRADO SALDARRIAGA, Victor, La Criminalidad Organizada

la orgánica de la estructura criminal, a fin de establecer quien es la persona a cargo de la gestión o liderazgo de sus órganos centrales, quienes son los que brindan el apoyo financiero y/o logístico, cuáles son sus áreas de donde realizan su actividad ilícita, las alianzas que tiene con otras organizaciones criminales, las rutas de desplazamiento que utilizan.

En este enfoque según PRADO SALDARRIAGA, considera que es importante tener definido la existencia de determinadas variables como son: “a) *la concurrencia de más de dos personas*, b) *la comisión de delitos graves*, c) *el ánimo de lucro*, d) *la distribución de tareas*, e) *la permanencia*, f) *el control interno*, g) *la actividad internacional*, h) *el empleo de violencia*, i) *el uso de estructuras comerciales o de negocios* j) *blanqueo de dinero*, y, k) *presión sobre el poder político*”⁷³.

En esta misma, línea PRIETO PALMA señala que “*las organizaciones criminales deberán contar con cuatro elementos, **el primero**, que es la cúpula o dirigentes que son aquellas personas encargadas de la dirección, coordinación y supervisión de las diversas actividades criminales; y los otros tres elementos, soportan a este y se convierten en tres pilares fundamentales e indispensables ya que si falta alguno de ellos no podemos hablar de delincuencia organizada, siendo, **el primero**, el pilar de la realización de los actos ilícitos o actividades primarias de la organización criminal, **el segundo pilar**, está compuesto por las redes de protección de la organización criminal que se aseguran la permanencia y funcionamiento de esta, y, **el tercer pilar** es el financiero o económico que es en esencia el objetivo mismo de la organización criminal*”⁷⁴.

⁷³ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. Criminalidad Organizada, Editorial Instituto Pacífico, 2016. Pág. 46/48.

⁷⁴ PRIETO PALMA, Cesar, Centro para la Prevención Internacional del Delito (Oficina contra la Droga y el Delito de las Naciones Unidas), separata del Seminario Sobre la Lucha contra

Por su parte, TOLLE ANSGAR refiere que *“el crimen organizado representa independientemente de las peculiaridades nacionales, una forma compleja y transnacional de criminalidad, debiendo tener las características centrales: a) la asociación duradera de un grupo de personas, b) la perpetración de delitos graves, c) la satisfacción de una demanda de bienes y servicios ilegales, d) la protección sistemática frente a la persecución penal, e) el uso sistemático de la violencia y las amenazas, f) el intento de adquirir influencia sobre el estado y la economía, g) el montaje y la utilización de estructuras empresariales”*.

De ello, debemos dejar claro que este enfoque lo que busca es establecer cuales son los pilares básico e irremplazables que debe tener una Organización Criminal, siendo estos, a) la gerencia de la Organización Criminal, donde se establecerá la actividad ilícita que realiza, de como debe estructurarse, cual será su modus operandi y donde será su ámbito de acción, b) que esta actividad ilícita genere un ingreso económico ilegal a favor de la cúpula de la Organización Criminal, c) que se cuente con un brazo armado, a fin de brindar protección a los miembros de la Organización Criminal.

6.2.5. Enfoque Dogmático (jurídico – penal)

Este enfoque busca realizar una adecuada tipificación legal de la criminalidad organizada a fin de que las conductas de sus integrantes sean debidamente sancionadas, para ello, los organismos internacionales han dado conceptos básicos orientados a definir la promoción, organización, constitución e integración de esta, como su actuación, lo cuales permitirán conocer su estructura funcional que está conformada en base al proyecto criminal que se han fijado realizar.

En esta línea SILVA SANCHEZ, señala que para hacer un concepto adecuado de una Organización Criminal *se debe hacer atendiendo las exigencias normativas de los dispositivos legales, para ello, se debe tener en cuenta un sistema penalmente antijurídico, esto es un sistema social en el que las relaciones entre los elementos del sistema se hallan funcionalmente organizadas para obtener fines delictivos. Concibiendo a la organización criminal, como un sistema de injusto, que tiene, así, una dimensión institucional - de institución antisocial- que hace de ella no solo algo más que la suma de sus partes, sino también algo independiente de la suma de sus partes*⁷⁵.

Es así, que podemos precisar que con el tipo penal de organización criminal que se ha dado en el Código Penal y en la Ley N° 30077, podremos establecer que se necesita una estructura funcional, operativa, lucrativa y continua, que comete determinados delitos, que debe tener un cierto grado de gravosidad relacionado a actos violentos y convencionales, que busca generar ingresos económicos en base a bienes y servicios ilegales, los cuales deberán ingresar a nuestro sistema económico a fin de legalizarlos, y sean utilizados por los miembros de la organización criminal para continuar con sus actividades ilícitas.

6.3. DEFINICIÓN DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL

Existen diversas definiciones de Organización Criminal siendo una de ellas la establecida en la Convención de Palermo del 2000, que señala que la Organización criminal o Grupo Delictivo Organizado (termino que utiliza la Convención) *“es un grupo estructurado de dos o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves”*.

⁷⁵ SILVA SANCHEZ, J. La Intervención a través de organización ¿una forma moderna de participación en el delito?. En: Cancio, M. y Silva Sánchez J. Delitos de organización. Editorial B de F. Montevideo. Buenos Aires. Argentina. 2008

Definición que ha sido base para que en la doctrina se realice un concepto amplio y otro restringido de cómo se debe concebir a la organización criminal, siendo que, en el **sentido amplio**, se asemeja a esta como una criminalidad de empresa que tiene la finalidad de obtener un beneficio económico, como por ejemplo las organizaciones criminales dedicadas al lavado de activos, al de tráfico ilícito de droga, a la extorsión, etc. En **el sentido restringido**, la organización criminal tiene como fin el cometer actividades ilícitas de manera constante, como por ejemplo, una organización criminal dedicada al robo vehículos, a la usurpación de terrenos, etc.

Además, el profesor PRADO SALDARRIAGA que señala que *“la criminalidad organizada comprende toda actividad delictiva que ejecuta una organización con estructura jerárquica, se le representa como una estructura de configuración piramidal que incluye niveles estratégicos y operativos con un núcleo o mando central que tiene capacidad decisoria. Su actividad es especializada y focalizada en un sector determinado. Sus operaciones responden a un proceso previo de planeamiento lineal, y se ejecutan en un espacio limitado de internacionalización que puede abarcar países fronterizos o aquellos ligados por un circuito productivo o de comercialización.”*⁷⁶.

En esta misma línea, CHOCLAN MONTALVO citado también por el Doctor PRADO SALDARRIAGA *“(...) identifica a la criminalidad organizada como toda actividad delictiva en la cual se verifique la presencia concurrente de once indicadores de los cuales los tres primeros tienen la condición de imprescindibles: La concurrencia de más de dos personas; la comisión de delitos graves; el ánimo de lucro; la distribución de tareas; la permanencia; el control interno; actividad internacional;*

⁷⁶ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto; op. cit. Pág. 52.

empleo de violencia; uso de estructuras comerciales o de negocios; blanqueo de dinero y presión sobre el poder político”⁷⁷.

En igual sentido, la Corte Suprema, en el “Caso Tijuana” (R.N. N° 828-2007), refirió que *“La organización, necesariamente implica un programa de actuación con cierta permanencia y estructura jerárquica, que a su vez permita la distribución de tareas a realizar mediante el reparto de papeles. Como tal la organización es propiamente un sistema penalmente antijurídico, un sistema social en el que las relaciones entre los elementos del sistema (básicamente. personas) se hallan Funcionalmente organizadas para obtener fines delictivos; tiene una dimensión institucional que hace de ella no sólo algo mas que la suma de la de sus partes, sino también algo independiente de la suma de sus partes”*. En esta misma línea, la Corte Suprema de Justicia en su R.N. 5385-2006 (Caso Abimael Guzmán) ha referido que la criminalidad organizada presenta las siguientes características: a) Permanencia delictiva, b) Vocación delictiva indeterminada, c) Estructura jerarquizada rígida o flexible, d) Alcance nacional de sus actos, e) Red de fuentes de apoyo ideológico, técnico, operativo o social.

Asimismo, a través de la Ley N° 30077 en su artículo 2°, se define a la organización criminal como cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el art. Tres de la presente ley. De igual manera, a través de la Res. Adm. No. 136-2012-CE_PJ, se definió como organización delictiva a todo grupo estructurado y permanente, jerarquizado o colegiado o desconcentrado, o en red criminal nacional o internacional, de tres o más personas, que actúen concertadamente con el propósito de cometer delitos graves.

⁷⁷ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto; op. cit. Pág. 35.

De lo mencionado, podemos decir que una Organización Criminal es aquella conformada por una pluralidad de personas con roles definidos dedicada a la comisión de delitos graves con la finalidad de obtener un beneficio económico, la cual realiza estos hechos ilícitos de manera permanente y constante, debiéndose tener en cuenta que esta concepción permite establecer que existen tipos, las cuales son: a) la asociación ilícita, b) las bandas criminales; y, c) la organización propiamente dicha. De lo mencionado, podemos precisar que los elementos de una organización criminal son:

- **La existencia de una cúpula o dirigentes**, que son aquellas personas encargadas de la dirección coordinación y supervisión de las actividades criminales.
- La existencia de una estructura jerárquica, de manera horizontal o vertical.
- La pluralidad de integrantes con roles y funciones definidas.
- La realización de actos ilícitos o actividades primarias de la organización
- La existencia de redes de protección de la organización criminal que aseguran la permanencia y funcionamiento de esta.
- El financiamiento, que es esencia el objetivo mismo de la organización criminal.

6.4.- TIPOS DE ORGANIZACIONES CRIMINALES

- a) **Las industrias o empresas criminales**, poseen una estructura compleja que les permite realizar actividades Ilícitas y lícitas, tienen una presencia transnacional.
- b) **El crimen organizado**, tienen una estructura de configuración piramidal con niveles estratégicos y operativos con un mando central con capacidad decisoria, su actividad es especializada y centralizada a un sector determinado

- c) **Las asociaciones ilícitas y bandas criminales**, son de menor envergadura que las anteriores, carecen de roles establecidos y de procesos de planificación complejos, y, en algunas ocasiones brindan sus servicios a organizaciones de mayor jerarquía
- d) **El cartel o cártel**, están conformadas por una gran organización ilícita o a un conjunto de organizaciones delictivas que establecen acuerdos de autoprotección, colaboración y reparto de territorios (plazas) para llevar a cabo sus actividades criminales
- e) **La mafia**, es una clase especial de crimen organizado, que se originó en Italia meridional, que se dedican a la comisión de actividades ilícitas con el fin de proteger los intereses económicos de un grupo vulnerando las normas establecidos en el ordenamiento jurídico.
- f) **El concierto criminal**, su actividad delictiva es ocasional, se caracteriza por constituir una integración espontánea y plural de dos o más personas para la realización de un delito, no tiene una estructura definida toda vez que varía de acuerdo a su grado de desarrollo alcanzado, tipo de actividades, siendo imprescindible el conocimiento por parte de cada participante de la intervención de por lo menos tres personas en la comisión del delito, lo que permite vincular funcionalmente los distintos aportes al delito en orden a la agravante en mención.

6.5- TIPOLOGIAS DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

El Centro para la Prevención Internacional del Delito (CIPC) y el Centro de Investigación Interregional de Delitos y Justicia de las Naciones Unidas (UNICRI) han podido establecer que existen cinco tipologías de la criminalidad organizada las cuales son guía para establecer qué tipo de organización criminal se tiene en un país, para una mayor ilustración se procederá a esbozarlas:

- **Tipología 1 o Jerarquía Estándar:** Esta organización criminal tiene un alto nivel de jerarquía, donde todo se rige bajo un esquema y

reglas que impone un jefe, es por ello, que tiene una estructura piramidal debidamente jerarquizada de forma vertical con roles definidos de cada uno de sus integrantes, quienes para realizar sus actividades ilícitas utilizan el chantaje, la violencia, la vinculación entre sus integrantes se funda en lazos familiares, étnicos o de estrato social. Se considera que este tipo de estructura organizacional alberga la mayor peligrosidad, toda vez que por su perfección jerárquica requieren una mayor capacidad operativa y estratégica a la hora de ejecutar el crimen. *Por ejemplo:* Las firmas del tráfico de drogas y las bandas dedicadas a delitos violentos como el robo y el secuestro extorsivo.

- **Tipología 2 o Jerarquía Regional:** Estas organizaciones criminales están bajo el mando de un solo líder, pero existen diversos jefes debido a que esta descentralizada su actividad ilícita, la cual tiene una estructura jerarquizada, se caracteriza por presentar estructuras regionales con autonomía operativa y un jefe regional, donde tiene una línea de comando de centro, en su modus operandi utilizan a menudo la violencia realizando actividades ilícitas múltiples, por ejemplo: las organizaciones dedicadas al contrabando que operan en las zonas de frontera y al tráfico de copias fonográficas y audiovisuales “piratas”.
- **Tipología 3 o Agrupación Jerarquía:** Esta organización criminal esta conformada por agrupaciones que realizan diferentes actividades delictivas y que poseen sus propias jerarquías internas, pero que unidas tienen como finalidad una actividad ilícita definida y se rigen bajo un mismo código, además, presentan una estructura corporativa que reúne varios grupos criminales, cada uno de los cuales designa un representante formando los denominados “Consejos” o “Cuerpo Vigilante” que tienen su propia estructura y jerarquía interna, pero a la vez tiene un grupo principal que tiene identidad más fuerte que los grupos.

- **Tipología 4 o Grupo Central:** Es una organización criminal de estructura flexible, que cuentan con un número reducido de miembros que comparten el control mediante una relación horizontal, no existe un liderazgo único, por lo que, se les considera como estructuras horizontales, ya que sus miembros pueden entrar o salir de la organización según las necesidades de esta, siendo su actividad criminal única o plural, sus integrantes tienen un alto grado de conocimiento profesional en el área de su trabajo (en temas económicos o financieros, a la vez que gozan de una alta estima social), no utilizan medios violentos para imponer el control interno y cuentan con útiles conexiones en las esferas del poder político y en los órganos de gestión de las empresas más exitosas, su sofisticada fachada legal y su integración activa en la economía lícita hace que la detección de sus actividades delictivas sea muy difícil.
- **Tipología 5 o Red Criminal:** Esta organización criminal no es jerarquizada y por excelencia flexible, cuenta con individuos claves que desarrolla actividades altamente profesionales e intercambiables y no son integrantes de ninguno de los grupos delictivos que se incorporan a la organización, pero que se encuentran rodeados por individuos que ayudaran a realizar el proyecto criminal, ya que ello es imprescindible. Es de precisar que los individuos claves tiene un rol esencial pues son los contactos de la red con personas que realizan sus actividades de manera simultánea o paralela y que no siempre se relacionan entre sí para la realización de los proyectos delictivos.

6.6.- TECNICAS DE INVESTIGACION CONTRA LAS ORGANIZACIONES CRIMINALES

La Ley de Crimen Organizado en su artículo 7º, establece que existen determinadas técnicas de investigación que se pueden utilizar para combatir a una organización criminal, las cuales se aplicaran si son idóneas, necesarias e indispensables para el esclarecimiento de los hechos que se vienen investigando, es decir, cuando existan

suficientes elementos de convicción de la comisión de un delito por parte de una organización criminal y respetando los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, el Juez autorizara el levantamiento del secreto de las comunicaciones a través de una resolución debidamente motivada, donde se precisara la forma de su ejecución y el plazo, es de mencionar que entre estas técnicas tenemos:

a) La intervención postal e intervención de las comunicaciones.

La cual es regulada en los artículos 230° y 231° del Código Procesal Penal, y a través de los artículos 8° y 10° de la Ley de Crimen Organizado se estableció como técnica de investigación contra el Crimen Organizado, medida que tiene carácter reservado, al igual que su trámite y ejecución, técnica que es una de las más importantes para las investigaciones que se realizan contra organizaciones criminales.

b) La circulación y entrega vigilada de bienes delictivos.

La cual es regulada en el artículo 340° del Código Procesal Penal, y a través de los artículos 7° y 12° de la Ley de Crimen Organizado se estableció como técnica de investigación contra el Crimen Organizado, técnica que es utilizada para las investigaciones que se realizan contra organizaciones criminales dedicadas a enviar y/o recibir bienes o ganancias ilícitas, para ello, se deberá contar con la autorización individualizada de caso por caso, autorización que parte del país de donde se origina el procedimiento, como de los Estados en cuyo territorio van a circular o ser introducidos los bienes y/o ganancias ilícitas de la organización criminal, para ello, las personas que colaboren dentro de este procedimiento estarán exenta de responsabilidad.

c) Los procedimientos de Agente Encubierto y Agente Especial

La cual es regulada en el artículo 341° del Código Procesal Penal, y a través de los artículos 7° y 13° de la Ley de Crimen Organizado se estableció como técnicas de investigación contra el Crimen Organizado, estos procedimientos que permite que se infiltre dentro de una organización criminal, un efectivo policial o un ciudadano con conocimientos especiales, con la finalidad de poder desarticular a la organización criminal.

d) Las acciones de seguimiento y vigilancia

La cual es regulada en el artículo 207° del Código Procesal Penal, y a través de los artículos 7° y 14° de la Ley de Crimen Organizado se estableció como técnica de investigación contra el Crimen Organizado, a través del cual la unidad policial podrá realizar las acciones de observación, vigilancia y seguimiento a los integrantes de la organización criminal que se investiga, para ello, estas acciones serán plasmadas a través de fotografías, filmaciones u otro similar, las cuales servirán para identificar a los integrantes de la organización criminal, su modus operandi, su lugar de acción delictiva, entre otros, aspectos de una organización criminal.

Es de mencionar que, de las técnicas mencionadas, la que nos importa en el presente trabajo, es la intervención de las comunicaciones, ya que a través de ella se ha podido desbaratar diversas organizaciones criminales, pese a que estas en la actualidad realizan sus acciones ilícitas con mucha reserva para evitar ser descubiertas.

6.7.- LA INTERVENCION DE LAS COMUNICACIONES QUE SE REALIZAN CONTRA UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL NO VULNERA EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES DE SUS INTEGRANTES

La obtención de información sobre los planes delictivos de una organización ha sido en todos los tiempos una pieza fundamental para el esclarecimiento del delito, por ello, debe admitirse que toda

intervención de comunicaciones supone una intervención de singular trascendencia en el ámbito de la vida privada no sólo de la persona sospechada, sino de terceros que en modo alguno aparecen vinculados con el delito que se pretende descubrir, se trata de medidas que sólo pueden ser eficaces si se disponen sin conocimiento del afectado, con lo cual importa también una grave restricción del derecho constitucional a no declararse culpable y franquean la prohibición de ciertos métodos de interrogatorio como el engaño para la obtención de una inculpación.

Actualmente, en la persecución de las formas de criminalidad organizada la intervención de comunicaciones privadas, especialmente las telefónicas, ha tenido un significado fundamental, su intervención presenta una invasión del concepto que el ciudadano comúnmente tiene de su intimidad, realizada del modo sigiloso, pese a ello, en los últimos tiempos, la jurisprudencia ha ido abandonando el carácter restrictivo de la medida que tendía a garantizar el principio de proporcionalidad que exige que sea dispuesta sólo en supuestos indispensables para la investigación, que se actúe sobre la base de una sospecha importante y que la intromisión al derecho sea adecuada a la gravedad de los hechos investigados y a la pena a imponer.

Así, el tráfico de drogas, el lavado de activo, las acciones terroristas han podido ser perseguidas en muchos casos en base a la información obtenida a través de las escuchas telefónicas, en todos los casos se trata de delitos cuya ejecución requiere la participación coordinada de un grupo de personas que realizan sus coordinaciones vía telefónica, y ello se convierte en un elemento esencial para el éxito de la actividad ilícita que están realizando. En dicho contexto, debe analizarse que a través de las escuchas legales se tiene acceso a los mensajes de texto o de voz que se envían con destino a la línea telefónica interceptada, por lo que es indiferente el medio que se utilice, ya que cuando se trata del internet, el efecto sobre la intimidad es el mismo. Sin embargo, sólo

en algunos casos será posible su ubicación puesto que la intervención telefónica y de comunicaciones se caracteriza por interferir el proceso de la comunicación entre el emisor y el receptor.

Por otro lado se debe tener en cuenta que el contenido de comunicaciones pasadas no se puede registrar en las interceptaciones telefónicas en tiempo real, pero es evidente que involucra la intimidad, por lo que para tener acceso a estos registros también debe contarse con autorización judicial, de lo mencionado se debe distinguir dos situaciones: si se quiere conocer los mensajes en el momento en que son enviados, por ejemplo, los que envía el traficante informando donde entregara la remesa de droga, será aplicable la medida de intervención telefónica, en cambio, si lo que se quiere es acceder al contenido de los que ya están registrados en aparatos telefónicos, por ejemplo, saber para quien era la droga que iba a entregar, no se deberá solicitar la intervención telefónica sino que deberá esclarecerse cuál es el ámbito de la intimidad que involucra la protección del mensaje y se deberá solicitar la autorización judicial para poder tomar conocimiento del contenido que se haya registrado en el equipo telefónico incautado, a través del levantamiento del secreto de las comunicaciones.

Las legislaciones que definen la naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a la orden de intervención telefónica, se basan en tres modelos: a) *modelo de catálogo*, tienen un catálogo de delitos taxativamente enumerados, la ventaja es que define un número clausus de delitos, lo que en principio facilita la identificación de aquellos casos en los que procede la orden judicial, b) *el modelo del monto de la pena prevista para el delito*, proporciona una pauta de medición del interés público en la persecución de determinados hechos ilícitos, y puede servir para valorar la gravedad del hecho al momento de ponderar ese interés frente a la naturaleza e intensidad de afectación que comporta la medida de coacción o la intervención

procesal, es por ello, que se da para delitos cuyo mínimo o máximo de la escala penal supere un tiempo de pena privativa de libertad, y, c) *el modelo mixto*, que además de fijar un catálogo por delitos toma en cuenta el quantum de la pena que se le impone, complementa la rigidez del catálogo con la del marco penal, y permite además incluir delitos cuya gravedad depende del hecho de que el teléfono sea básicamente el medio comisivo, en especial, cuando se ejecutan las coordinaciones para los actos previos, durante y después de la comisión de un ilícito penal⁷⁸.

Las interceptaciones de comunicaciones telefónicas deben ser ordenadas mediante resolución fundada, ya que se pretende limitar la utilización indiscriminada de las interceptaciones telefónicas por medio de la exigencia de fundamentación, es decir, motivación de la resolución judicial, tal requisito constituye la base de toda decisión que restrinja la inmunidad de un derecho fundamental, pues si el silencio legal fuera entendido como una autorización general a utilizar indiscriminadamente la intervención, sin atender a la naturaleza del delito de que se trate, y demás recaudos exigidos, desdibujaría el carácter de excepción de la medida frente al derecho al secreto de las comunicaciones, transformándose en un medio ordinario de investigación o búsqueda de prueba, al igual que el respeto de las diligencias previstas en general para la etapa de instrucción o de la investigación preparatoria.

La exigencia de motivación se vincula, por tanto, con la constatación previa de diversos extremos objetivos cuyas existencias debe analizarse para la emisión de la autorización de la intervención en el secreto de las comunicaciones, cierto grado de sospecha, necesidad y finalidad de la medida (juicio de ponderación), sujetos pasivos y terceros que puedan ser afectados. Con el ***cierto grado de***

⁷⁸ DE LANGHE, Marcela, Escuchas Telefónicas- Límites a la intervención del estado en la privacidad e intimidad de las personas, Editorial Hammurabi, 2009, Pág. 66/67.

sospecha⁷⁹, se busca reconocer la existencia de una investigación de un delito determinado y evitar las vigilancias indeterminadas, sólo así podrá motivarse la orden en datos concretos y objetivos y no en meras suposiciones basadas en sospechas de criminalidad genérica u orientadas a hipotéticos delitos futuros, ya que no puede admitirse que sea el pedido de escucha el que dé lugar a la formación de un proceso; por el contrario, la causa debe haberse formalizado con anterioridad a éste, salvo en los casos a los que aludíáramos de secuestros coactivos o extorsivos, en que se ha comenzado la ejecución del delito que todavía no se ha consumado y se busca frustrar la consumación o que alcance consecuencias ulteriores, supuestos en el cual, dicho extremo se encuentra vinculado al requisito de la necesidad o finalidad de la medida.

La razonabilidad que se busca, es en el sentido de que no se exige una semiplena prueba de la culpabilidad de la persona que deberá soportar la intervención en su derecho al secreto de las comunicaciones, resultando suficiente a efectos de la motivación de la medida, la existencia de elementos objetivos que permitan sospechar que mediante el teléfono cuya intervención se ordena se efectuarían llamadas vinculadas con la ejecución del delito investigado. Por tanto, la solicitud de intervención telefónica no se encuentra basada en ninguna prueba fehaciente y objetiva, pues previamente se deberían haber practicado medidas menos lesivas que permitan suponer las actividades prohibidas, es por ello, que las intervenciones telefónicas se deben derivar de la existencia de elementos objetivos que permitan

⁷⁹ Las razones que sustentan la resolución que autoriza la interceptación telefónica, debe valorar indicios concretos de criminalidad, en relación a la existencia de un delito como de la persona que se tiene sospecha de que será la autora de este delito, por lo que carecerá de legitimidad la medida ordenada sin ningún sustento para inspeccionar en general a una persona, sin contar con indicios previos de la actividad ilícita respecto de un delito determinado. HAIRABEDIÁN, Novedades sobre la prueba judicial, segunda edición, 2008, p.151.

suponer que la persona que utilizaba la línea a ser intervenida tendría como modo de vida la comisión de actividades ilícitas, tales circunstancias tienen que preceder a la decisión de interceptar las comunicaciones, y no ser el resultado de tal diligencia.

La necesidad y finalidad de la medida, está relacionada al juicio de ponderación por lo que sólo puede ser ordenada cuando la investigación del supuesto de hecho o la averiguación del paradero del investigado se verían, de otro modo, sin adoptar la intervención, esencialmente dificultadas o malogradas. La doctrina considera, que la intervención de las comunicaciones telefónicas tiene básicamente **carácter subsidiario**, es decir, sólo están autorizadas cuando no sea posible descubrir el hecho por otros medios, por lo que la intervención puede ejecutarse mediante observación o interrupción, con la finalidad de averiguar o investigar un delito que se presume que se ha cometido, o a sus autores, para ser fuente de elementos de prueba a incorporar en un proceso penal y para hacer cesar un delito en curso de ejecución. Es decir, finalidades de investigación, pre constitución y aseguramiento de elementos de prueba para la etapa del juicio y, excepcionalmente, preventivas.

Es por ello, que sólo se alude expresamente a la finalidad de la intervención⁸⁰, cuando se faculta al juez a ordenar, mediante auto fundado, la intervención de comunicaciones telefónicas o cualquier otro medio de comunicación del investigado, *para impedir las o conocerlas y en el caso de los delitos que se han iniciado su ejecución*, por ejemplo en el tráfico ilícito de drogas (el transporte de una remesa de droga desde la zona de elaboración a la zona de acopio), en el delito de

⁸⁰ La explicación mas razonable es asignarle una finalidad preventiva o de protección a la interrupción de la comunicación, como podría ser impedir el resultado de un delito o su aprovechamiento, o las consecuencias ulteriores. García, La intervención de las comunicaciones telefónicas y otras telecomunicaciones en el Código Procesal Penal de la Nación: un cheque en blanco para espiar nuestra vida privada, en "Cuadernos de Doctrina y Jurisdiccional Penal", primera parte, año III, N 6, p.448.

lavado de activos (transporte fronterizo de moneda nacional o extranjera), en el delito de extorsión, secuestro (cuando se está dando las coordinaciones para el pago del dinero que solicitan los secuestradores para la entrega de la víctima), de trata de personas (cuando el tratante coordina con tercera para la explotación laboral o sexual de las tratadas), de tráfico ilícito de migrantes (cuando están realizando coordinaciones para el traslado fronterizo de manera ilegal a ciudadanos nacionales o extranjeros a otros países), la necesidad de la medida se vincula con la finalidad de frustrar la consumación o que alcance consecuencias ulteriores, y por tal razón es que se faculta a ordenar la medida al Fiscal bajo dos condiciones: que el peligro en la demora se hubiera justificado debidamente y que se efectúa con inmediata comunicación al juez, a efectos de obtener su convalidación bajo pena de nulidad del acto e ineficacia de la prueba introducida.

La medida de intervención telefónica debe presentarse como **idónea** para el fin de la investigación de un hecho delictivo y la producción de un elemento de prueba, ya que la idoneidad conlleva una relación de adecuación entre el medio empleado y la finalidad perseguida, por lo que debe ser interpretado en un sentido teleológico, pues la intervención no se justifica por la sola finalidad de investigación de cualquier hecho o circunstancia, sino sólo de aquello que resulta relevante para la causa, la ponderación de la proporcionalidad, finalidad y necesidad de la medida, constituye entonces un elemento exigible en la motivación de la intervención y garantía de respeto a principio de subsidiariedad, es por ello, que la **necesidad** es solo un presupuesto de la proporcionalidad pero que no se confunde con ella, por lo que solo la medida de intervención podrá ser necesaria en el amparo del principio de subsidiariedad, si sobre la base de los elementos objetivos puestos a disposición del juez, no es posible la investigación o la producción de la prueba por medio menos intrusivos que la intervención de las comunicaciones.

La intervención de comunicaciones tendrá **carácter excepcional** ya que no basta con establecer más o menos objetivamente que no existen otros medios disponibles para obtener la prueba de un hecho, sino que se exige la preexistencia del hecho, su gravedad, y hagan posible su imputación a alguna persona, aunque no se la pueda identificar nominalmente, pues la desproporción y consecuente irrazonabilidad pueden derivar de la relación entre el fin perseguido y la magnitud de la afectación del derecho fundamental a la intimidad y la vida privada, por lo que, se debe ponderar el interés social en la averiguación de los delitos y su persecución penal con el interés individual en el secreto de las comunicaciones. De ahí, que las razones de **urgencia** pueden ser justificativos al amparo del principio de subsidiariedad cuando el recurso a otros medios, en las circunstancias del caso, demoraría gravemente la obtención de los datos que se busca con la intervención.

Los sujetos pasivos y terceros que puedan ser afectados con el levantamiento del secreto de las comunicaciones, serían los investigados o las personas de las que, sobre la base de circunstancias de hecho determinadas, puede suponerse que reciben o transmiten mensajes destinados a los investigados u originados en él, o que pueda suponerse que este utiliza la conexión de ellas, en el mismo sentido, se requiere un suficiente grado de imputación y que la intervención telefónica se dirija contra personas sobre las que existan indicios de que este participando en actividades ilícitas. Es así, que se dispone la intervención de las comunicaciones telefónicas y, en este caso, sólo contra personas investigadas, considerando que son comunicaciones del imputado las que éste cursa personalmente, y las que establece o recibe por medio de terceras personas de las que puede presumirse que obran como mensajeros del investigado, también serían del investigado las que terceros le cursan directamente a él, lo que permite que también se solicite la intervención de comunicaciones de terceros que no sean investigados.

De lo mencionado, se puede concluir que toda restricción de los derechos fundamentales está sujeta a la ponderación frente a otros intereses reconocidos por el ordenamiento jurídico, con el objeto de determinar cuál de ellos debe prevalecer en el caso concreto sobre otro, cobrando así importancia el principio de proporcionalidad para evitar las intervenciones desproporcionadas, protegiendo los derechos fundamentales, por ello, la motivación de tales resoluciones judiciales tiene por fundamento la necesidad de justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención y la de hacer posible su control posterior respetando el derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida, ya que dicha defensa no puede tener lugar en el momento de la adopción de la medida, por lo que, el juicio de ponderación al que se ha venido mencionando exige evaluar la preexistencia de diversos presupuestos que justifiquen el cese de la inmunidad constitucional del secreto de las comunicaciones.

En estos últimos años la intervención de comunicaciones ha sido utilizado con mayor frecuencia dentro de las investigaciones que se sigue contra organizaciones criminales, ya que a través de ellas se ha podido tomar conocimiento de las coordinaciones que los integrantes de una organización realizan para consumar su ilícito penal, si bien esta técnica es de gran utilidad no debemos olvidar que debe ser usada de manera excepcional y cuando sea absolutamente necesaria para proseguir las investigaciones.

Ahora bien, esta técnica debe ser usada de manera complementaria con las demás técnicas especiales de investigación a fin de que los indicios que se recaben y sirvan para vincular a las personas que se escuchan con la actividad ilícita no sean cuestionados, pues en muchos casos, cuando se ha dado la intervención de la personas que formarían parte de una organización criminal no se les ha podido encontrar en sus registros los equipos telefónicos o sí se les ha encontrado tenían abonados telefónicos diferentes a los que se venían

interceptando de manera legal, originándose así de manera indirecta una debilidad para la investigación, el cual a veces puede ser superado, cuando se cuenta con: a) las ovises realizados por los efectivos policiales que llevan la investigación de manera conjunto con la Fiscalía, b) con la información remitida por las empresas telefónicas como consecuencia de la autorización judicial del levantamiento del secreto de las comunicaciones que informan que las líneas telefónicas interceptadas están registradas a nombre de los detenidos o que del registro de las comunicaciones de las escuchas legales que se les estaba realizando a estas personas se ha podido obtener sus nombres lo que permita vincularlas como usuarios de las líneas telefónicas interceptadas.

De lo mencionado, surge la interrogante, que tan importante es para una investigación seguida contra una organización criminal utilizar las interceptaciones telefónicas?, si lo vemos desde la parte investigativa nos daremos cuenta que permite plantear determinadas estrategias a seguir dentro de una investigación a fin de desarticular a la organización criminal, ello, en base a que se toma esta técnica no como la única sino como el complemento de otras técnicas que se utilizan dentro de una investigación para corroborar la información que se obtiene a través de las escuchas legales, en el caso concreto, se puede utilizar los procedimientos de agentes encubierto o especial en los cuales nos permitirá identificar quienes conforman la organización, cuál es su modus operandi, también se deberá contar con las acciones de observación, vigilancia y seguimiento realizadas por la policía las cuales han sido autorizadas previamente por el fiscal que lleva el caso, ya que, ello coadyuvara a la investigación con el fin de plasmar de manera concreta determina información que se obtuvo del registro de las comunicaciones realizadas a los integrantes de una organización criminal, como por ejemplo, reuniones entre los integrantes de la organización, las coordinaciones que se dan para realizar el transporte de dinero o de sustancias ilícitas, etc, la cual servirá como indicios para

vincularlos cuando se concrete la intervención de estas personas, ya que en muchos casos han señalado no conocerse, que era la primera vez que se veían o que se encontraban de manera circunstancial en el momento en que fueron intervenidos, tratando de hacer creer a las autoridades que desconocían de las actividades ilícitas que estaban desarrollando los demás investigados o detenidos, y así tratar de evadir su responsabilidad.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que esta técnica en muchos casos no llega a cumplir la finalidad por la cual fue creada ya que a veces las unidades policiales se han acostumbrado a utilizarla como la única técnica de investigación con la que cuenta para contrarrestar las actividades ilícitas que se realizan y han dejado de lado la utilización de otros mecanismos que aplicaban para poder recabar la información necesaria para desbaratar una organización, y ello, se complica cuando la organización criminal desarrolla sus actividades ilícitas en zona de difícil acceso a la cual la policía no puede llegar, debido a que esta organización cuenta con personas que sin ser parte de la organización colaboran con ella por una suma de dinero a fin de informarles si ven personal policial por la zona donde realizar sus actividades ilícitas, o cuando la unidad policial no cuenta con el personal necesario y capacitado para poder realizar los seguimientos de los integrantes de la organización que se pretende desbaratar e incluso para realizar el análisis de la información que se viene obteniendo dentro de la investigación.

Asimismo, surge otra interrogante, respecto a cuando podemos decir que se ha cumplido con los requisitos que la autoridad judicial requiere para declarar procedente el pedido de levantamiento del secreto de las comunicaciones solicitado por el Representante del Ministerio Público?, interrogante que encontrara su respuesta, si al momento de solicitar esta medida excepcional se toma en cuenta **la orientación objetiva**, que se basa en la existencia de elementos de convicción que sugieran

razonablemente que determinada línea telefónica está siendo usada para coordinar, planificar o intervenir en actos delictivos vinculados con una organización, y, **la orientación subjetiva**, referida a la existencia de elementos de convicción que sugieran razonablemente que el sujeto investigado por el Ministerio Público, y no otra persona, sea el usuario de la línea telefónica implicada, para ello, se deberá contar con indicios que vincule a la persona que se va interceptar con el hecho que se viene investigando, ya que en muchos casos el usuario puede o no coincidir con el titular de la línea registrado en las empresa telefónicas.

De ello, vemos que el pedido formulado por el representante del Ministerio Público deberá ser acompañado por un documento policial que permita al órgano jurisdiccional apreciar que después de haber realizado determinadas diligencias, es necesario que se autorice el levantamiento del secreto de las comunicaciones de determinadas personas, documento que según sea el caso, debe estar acompañado con partes que dan cuenta de los seguimientos, visualizaciones, fotografías, etc., que han permitido que las personas que se investigan están realizando determinada actividad ilícita, para que en base ello se dé una autorización debidamente motivada.

A manera de conclusión, se debe tener en cuenta que el levantamiento del secreto de las comunicaciones es una herramienta necesaria para afrontar a las organizaciones criminales, no debiendo olvidar que esta técnica debe ser complementada con otros actos de investigación, a fin de que no se cuestione y se logre el fin de la investigación que es que estas personas se responsabilicen por la conducta delictiva.

6.8.- LA INTERVENCION DE LAS COMUNICACIONES ES UNA TECNICA ESPECIAL DE INVESTIGACION CONTRA UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL.

6.8.1.- La intervención de las comunicaciones en tiempo real como técnica investigativa contra una organización criminal

Con la intervención de las comunicaciones de los abonados telefónicos de los integrantes de una organización criminal se busca conocer la forma como cometen sus actividades ilícitas, donde realizan este accionar ilícito, la identificación del interlocutor que usa la línea telefónica, con quien coordina sus actividades ilícitas, en qué grado de la organización criminal se encuentra, es decir, si es el jefe, cabecilla o dirigente de esta, quienes las financian, quienes se encargan de la logística, si tiene o no un brazo armado para proteger que el fin de la organización se lleve a cabo.

También, es útil porque permite que la unidad policial conozca en qué momento los integrantes de la organización criminal van a realizar sus actividades ilícitas, a fin de que estas queden plasmadas a través de tomas fotográficas y/o fílmicas, lo que a futuro serán elementos de convicción para poder atribuirle una conducta ilícita, por ejemplo: las reuniones que tienen los integrantes de la organización criminal para coordinar sus actividades ilícitas, si es en el caso de una **organización criminal dedicada al tráfico de drogas**, en qué momento harán el acopio, acondicionamiento y/o traslado de la droga, quienes participaran en estas etapas, que rutas de transporte utilizaran, el precio de costo del kilo de droga, que tipo de droga comercializan, como se hará la exportación de la droga, cuál será el país de destino, donde se encuentra el financista de esta organización criminal, como es la estructura de esta organización criminal, entre otros elementos que permitan desarticularla.

En cambio, si es una **organización criminal dedicada a la extorsión**, en qué momento se acercaran a una obra de construcción para amenazar la paralización de una obra, exigir el pago de cupos o que figuren como trabajadores fantasma, como se hacen los pagos extorsivos, exigir colocar a un integrante de la organización criminal dentro de la obra a fin de que poder tener conocimiento la cantidad de trabajadores para que puedan determinar los pagos extorsivos, coludirse con los maestros de obra y/o el personal de seguridad de la obra que se está realizando a efectos de poder tener conocimiento de quien es el encargado de la obra, quien es la persona encargada de manejar el área económica de esta, para así obligar a través de amenazas y/o violencia el pago de dinero por los actos extorsivos que realiza la organización criminal.

Por otro lado, si es una **organización criminal dedicada a la usurpación de terrenos**, podrá permitir conocer como es la modalidad de despojo del inmueble, si la asociación donde se encuentra ubicado el terreno está legalmente constituida, y si legalmente le pertenece el terreno, cuál es su método de violencia y/o amenaza que utiliza para el despojo del terreno, si la Comisaria del Sector brinda apoyo para que la organización criminal realice sus fines ilícitos, quienes conformar su aparato legal, quienes son los encargados de falsificar documentos para acreditar un falso derecho de propiedad.

En cambio, si es una **organización criminal dedicada a la falsificación de documentos, dinero u otro similar**, se podrá conocer quiénes son las personas que hacen contacto con el cliente, quien es el encargo de hacer la falsificación, de hacer las pruebas de verificación de que cumplan los controles de calidad y seguridad del documento que se falsifica, quienes se encargan de proveer los insumos para la falsificación (tintas, barras de seguridad, el papel sobre el que se hará el documento falsificado, los hologramas, entre otros), quienes se encargaran de recibir los depósitos de dinero por los

documentos, billetes en moneda nacional y/o extranjera, que se han falsificado.

Además, es necesario porque a través de ella, podemos conocer psicológicamente a cada integrante de la organización criminal, es decir, como es su modo de vida, con quienes se rodea, determinar la peligrosidad que puede tener, si este posee alguna arma de fuego o similares que puede utilizar para la actividad ilícita que realiza, si está vinculado emocionalmente con alguna persona externa de la organización criminal, si todavía cuenta con valores éticos que pueda dar algún indicio del respeto a la vida humana.

Por ejemplo, en el caso de **organizaciones criminales dedicadas al delito de sicariato, homicidio y otros similares**, donde los integrantes de la organización criminal ven la vida de una persona como una forma de obtener un beneficio de dinero, para ello, estos han desvalorado la vida de un ser humano, perdiendo los valores éticos que tiene una persona, asimismo, estos presentan rasgos disociales, e incluso muestran frialdad e indiferencia por la vida humana, ya que no tienen apego a las normas de una sociedad.

De igual manera, en las **organizaciones criminales dedicadas en los delitos de trata de persona, pornografía infantil, tráfico ilícito de migrantes**, a través de la cual los integrantes de la organización criminal conciben a la persona como un objeto a través de cual pueden obtener ganancias económicas, para ello, se valen de medios coercitivos (violencia y/o amenazas), e incluso generan un grado de dependencia entre la víctima y victimario, que llega al punto de deshumanizar a la persona que se encuentra en un estado de vulnerabilidad.

En igual sentido, en las **organizaciones criminales dedicadas a los delitos de secuestro, marcaje o reglaje**, los integrantes de esta organización criminal también ven a la persona sobre la que recaerá su

actividad ilícita como un objeto a través del cual puede obtener un beneficio económico, para ello, los integrantes de esta organización deberá tener conocimientos específicos o estar vinculados a determinadas personas que permitan a través de ellas conocer el entorno de las víctimas a fin de poder considerarlas como un objeto patrimonial lucrativo.

Asimismo, permite realizar intervenciones previas a la detención de los integrantes de la organización criminal a fin de poder acreditar la modalidad delictiva que realizan, como identificar donde domicilian estos, entre otras informaciones que permitan identificar y ubicar a estos. Por ejemplo: en las **organizaciones criminales dedicadas a los delitos contra el patrimonio, tráfico ilícito de armas, municiones, explosivos y otros similares**, se podrá corroborar el transporte de los objetos ilícitos (autopartes robadas, armas de fuego robados), se podrán realizar seguimientos para ubicar los lugares que son utilizados por la organización criminal, donde pernotan, las modalidades que utilizan para camuflar sus actividades ilícitas, si utilizan un sistema de seguridad mientras realizan sus transportes ilícitos la organización criminal.

En igual sentido en las **organizaciones criminales dedicadas al delito de lavado de activos, minería ilegal**, las cuales involucran la comisión de otros delitos conexos para poder llevar a cabo su actividad ilícita la organización criminal, para ello, cuenta con determinadas personas con un conocimiento a fin de que sus activos ilícitos sea ingresados al sistema económico sin levantar sospecha, evitando así el control y fiscalización de la autoridad competente.

Aunado a ello, permite conocer el entorno familiar de cada integrante de la organización criminal, a fin de tratar de entender de cómo se inició en esta actividad ilícita (entendido hecho en la comisión de los delitos que contempla la Ley de Crimen Organizado), como llego a

formar parte de una organización criminal dedicada a cometer delitos. En este mismo sentido, permitirá conocer a quien o a quienes se les generó la idea de constituir la organización criminal, como con el transcurso del tiempo fueron incorporándose más personas para coadyuvar con este accionar ilícito, e incluso de ver como una organización criminal en el tiempo fue adecuándose a los cambios de la tecnología y modernidad que tenemos actualmente en nuestro país.

De igual manera, se podrá conocer las debilidades que tiene una organización criminal, pues debemos recordar que están conformadas por personas que a pesar que se dedican toda su vida a una actividad ilícita, ellas, también tiene un lado humano, y que en muchos casos es un punto débil, a través del cual se puede obtener información para conocer su modo de vida, para ello, se utilizaran de manera conjunta con las intervenciones de las comunicaciones, los aplicativos de Call up, True Caller, Whats App, Telegram y las redes sociales a las cuales está vinculado el abonado telefónico que se viene interviniendo con autorización judicial.

Asimismo, a través de la geolocalización nos permite poder ubicar a los integrantes de la organización criminal, y el recorrido que realizan cuando hacen sus actividades ilícitas, ello, con el fin de poder ubicarlos en tiempo y espacio, para luego vincularlos con las actividades ilícitas que la Fiscalía ha logrado obtener de las acciones de video vigilancia realizadas por la unidad policial.

Finalmente, también sirve para prevenir delitos contra la vida, el cuerpo y la salud de los mismos integrantes de la organización criminal o de sus familias, ya que en muchas oportunidades cuando el mando superior considera que uno de los integrantes los ha traicionado, o cuando estos actúan fuera de las ordenes que imparte la organización criminal, disponen atentar contra la vida de este o de su familia, o a

veces amedrentarlos, con el fin de que la organización criminal no se expongan o se desarticule.

6.8.2.- La intervención de las comunicaciones relacionada al análisis de los datos de telefonía móvil que se obtienen, como técnica investigativa contra una organización criminal

Los datos y contenidos obtenidos como consecuencia del levantamiento del secreto de las comunicaciones y sus medios, proveen un potencial indicio para el desarrollo de las acciones de inteligencia y/o investigación que realiza la unidad policial en contra de una organización criminal. Esta información se podrá obtener a través de los datos proporcionados por las empresas de telefonía, mediante las cuales se llega conocer a nombre de quien figura la línea telefónica que se encuentra bajo medida de levantamiento del secreto de las comunicaciones, como los usuarios de esta, en algunos caso el usuario de la línea, también es el titular, cuando ello no sucede esta información permite apoyar las videovigilancias que la unidad policial realiza a fin de poder ubicar a la persona que figura como titular y a través de ella llegar al verdadero usuario, quien es integrante de una organización criminal o está vinculado uno de ellos.

En esta línea debemos de tener claro, que podemos obtener información de tráfico de datos y tráfico de red, dentro del tráfico de datos está comprendido, el tráfico de llamadas, SMS, número de abonado, tarjeta SIM. Además, en un equipo celular podemos obtener cuatro datos importantes: a) IMEI, b) IMSI, c) MSISDN y d) ICCID.

En relación al IMEI, este es el que identifica al equipo celular, por lo que no interesa cuantos IMSI cambia, si el IMEI se encuentra intervenido.

De ello, podemos señalar que la tarjeta SIM o CHIP que es la que almacena los datos de identificación y autenticar al usuario de la línea

telefónica., hay equipos telefónicos que son multitarjeta, es decir, que puede contener hasta cuatro tarjetas SIM, además es de precisar que la tarjeta SIM o CHIP está conformada por:

- El IMSI, que es la tarjeta que identifica al equipo celular de manera internacional y nacional,
- El ICCID, que es el que permite identificar el CHIP
- El MSI SDN, que es el número que aparece en el CHIP y tiene 20 dígitos

Información que para la unidad policial a cargo de a investigación es importante, para poder recabar indicios de un integrante de la organización criminal con la línea telefónica, ya que a través del IMEI podremos ver a cuantos IMSI ingresaron al equipo telefónico, como de ver la identificación de los IMEI/CHIP, utilizados por los propietarios, abonados y/o usuarios.

También, permite la identificación de los IMEI (equipo celular) utilizados, para luego pedir el levantamiento del secreto de las comunicaciones de este, ello, con el fin de no perder las comunicaciones que tienen los integrantes de la Organización Criminal, ya que por más que cambien de chip, se podrá seguir conociendo sus coordinaciones.

Así también, conocer los CHIPS (tarjetas SIM) insertados en cada uno de los IMEI'S que aparezcan, tanto del emisor como receptor, ello, con el fin de poder solicitar los registro histórico (record telefónico) de las líneas telefónicas, para conocer el registro de llamadas entrantes y salientes de los números telefónicos, IMEI (Celular) o IMSI (Chip), con los cuales mantuvo comunicación en un periodo de tiempo, ello para ver el flujo de comunicaciones que tiene el usuario con otras personas, que pueden ser parte de la organización criminal que se viene investigando, también permitirá conocer a que operadora

telefónica pertenece actualmente y si ha hecho portabilidad de la línea telefónica.

Asimismo, se puede utilizar para recuperar datos de localización-BTS, mientras que el teléfono este encendido la ubicación de un teléfono se puede ubicar con facilidad, para ello se apoyan en las torres de telefonía móvil cercanas al propietario y/o usuario del teléfono celular. Es de precisar que ello, se puede obtener tanto de la tarjeta SIM, como el IMEI, a través de la cual se obtiene la identificación de una BTS consistente en la latitud, la longitud, el sector, la dirección, la ciudad, el distrito, la provincia, el departamento de IMEI/SIM, lo que permite que se realicen triangulaciones a través del LBS (Servicio de localización personal).

Por otro lado, está el tráfico de red, que se podrá obtener el IP de donde se vincula el Whatsapp, Twiter, Facebook y otras redes, que figuran como aplicación en el equipo telefónico, ya que para esto no es necesario que el equipo telefónico tenga una tarjeta SIM, solo basta que te conectes a una red wifi, información que se obtendrá una vez que se le ha incautado el equipo telefónico al integrante de una organización criminal, a fin de acreditar su participación en los hechos que se le imputan, pues con el avance de tecnología los integrantes de una organización criminal se comunican por estos medios a efectos de que no se registren sus coordinaciones en tiempo real, en algunos casos se recurría a un análisis forense del equipo telefónico a fin de recuperar la información que el investigado ha borrado para evitar que lo vinculen con la organización criminal y con los delitos que esta comete.

Por ejemplo, en las organizaciones criminales dedicadas al **delito de secuestro, sicariato, homicidio, marcaje o reglaje**, los datos telefónicos permiten ver las LBS y BTS para poder ubicar el cambio

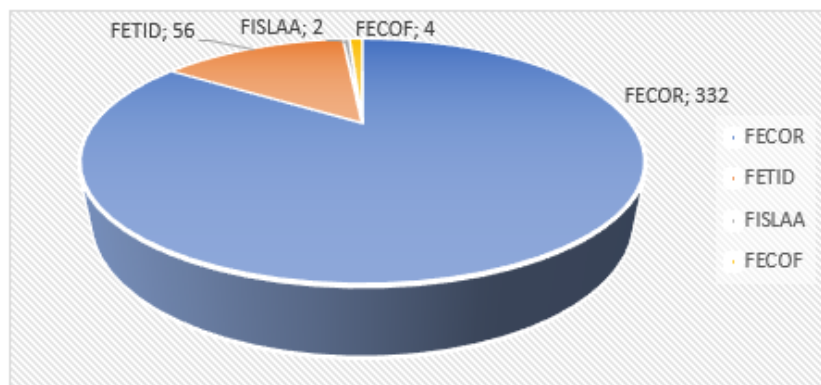
de antenas que registra los abonados telefónicos de los integrantes de la organización criminal y de las víctimas.

De igual manera en las organizaciones criminales que se dedican al **delito de corrupción de funcionarios**, permitirá ver las reuniones previas, durante y después de la comisión de los actos de corrupción a través del BTS y LBS, ya que a través de ello, se podrá ver quienes participaron en cada reunión, al hacer una comparación de antenas, lo que también permitirá obtener punto de referencia de lugares públicos y/o privados y a través de sus cámaras de seguridad si las hubiere podrán proporcionarlas, a fin de verificar quienes participaron en dichas reuniones y en qué lugares se reunieron.

6.8.3.- La aplicación de la intervención de comunicaciones como técnica de investigación contra organizaciones criminales

Antes de hacer el análisis de si es útil la intervención de comunicaciones en las investigaciones contra organizaciones criminales, debemos hacer un bosquejo de como esta técnica con el tiempo se ha ido utilizando con más frecuencias no solo en las Fiscalías Especializadas (Fiscalías contra el Crimen Organizado-FECOR, Fiscalías de Lavado de Activos-FELAA y Fiscalías de Corrupción de Funcionarios- FECOF) sino también en las Fiscalías que ven los diversos delitos que en algunas ocasiones son cometidos por bandas o pluralidad de personas, lo mencionado se aprecia de los siguientes gráficos:

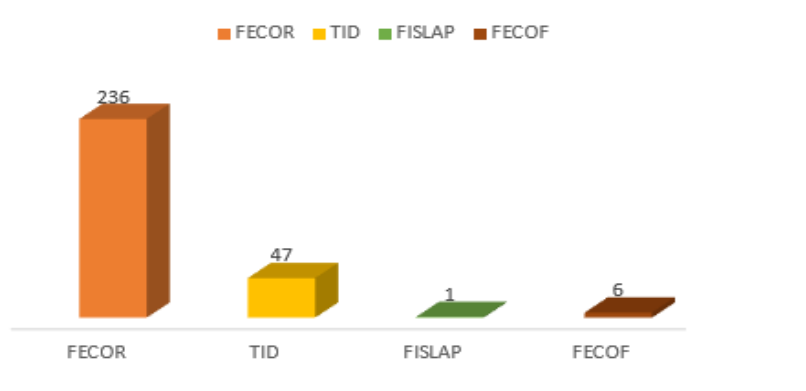
CUADRO 09: SOLICITUDES DE INTERVENCION DE COMUNICACIONES EJECUTADAS EN EL 2017



ELABORACIÓN PROPIA: INFORMACION EXTRAIDA DE LA BASE DE DATOS DE FECOR Y DE LA OFIATJ

De este cuadro se aprecia que, en el año 2017 se ejecutaron 394 solicitudes, de las cuales 332 fueron de las Fiscalías contra el Crimen Organizado, 56 de las Fiscalías Especializadas contra el Tráfico Ilícito de Drogas, 4 de las Fiscalías de Corrupción de Funcionarios y 2 de las Fiscalías de Lavado de Activos.

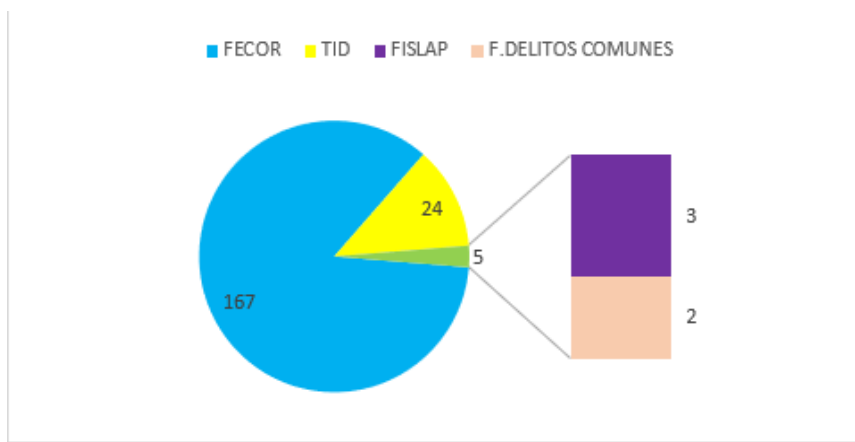
CUADRO 10: SOLICITUDES DE INTERVENCION DE COMUNICACIONES EJECUTADAS EN EL 2018



ELABORACIÓN PROPIA: INFORMACION EXTRAIDA DE LA BASE DE DATOS DE FECOR Y DE LA OFIATJ

En el año 2018 se ejecutaron 290 solicitudes, de las cuales 236 fueron de las Fiscalías contra el Crimen Organizado, 47 de las Fiscalías Especializadas contra el Tráfico Ilícito de Drogas, 6 de las Fiscalías de Corrupción de Funcionarios y 1 de las Fiscalías de Lavado de Activos.

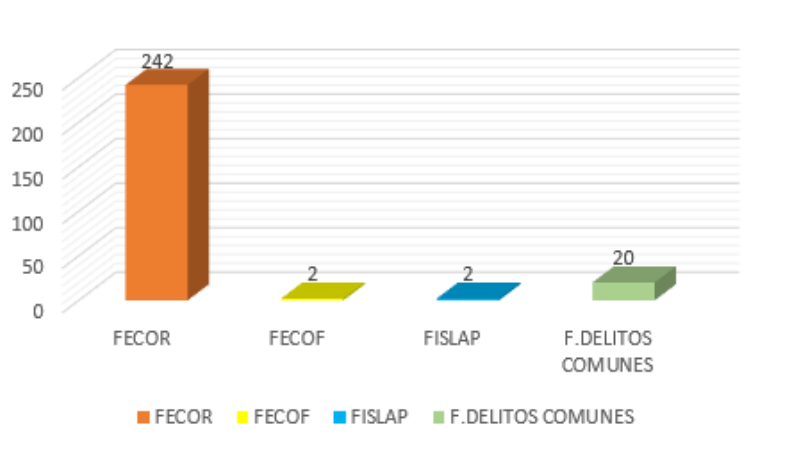
CUADRO 11: SOLICITUDES DE INTERVENCION DE COMUNICACIONES EJECUTADAS EN EL 2019



ELABORACIÓN PROPIA: INFORMACION EXTRAIDA DE LA BASE DE DATOS DE FECOR Y DE LA OFIATJ

En este mismo sentido, en el año 2019 se ejecutaron 196 solicitudes, de las cuales 167 fueron de las Fiscalías contra el Crimen Organizado, 24 de las Fiscalías Especializadas contra el Tráfico Ilícito de Drogas, 3 de las Fiscalías de Lavado de Activos y 2 de las Fiscalías de delitos comunes.

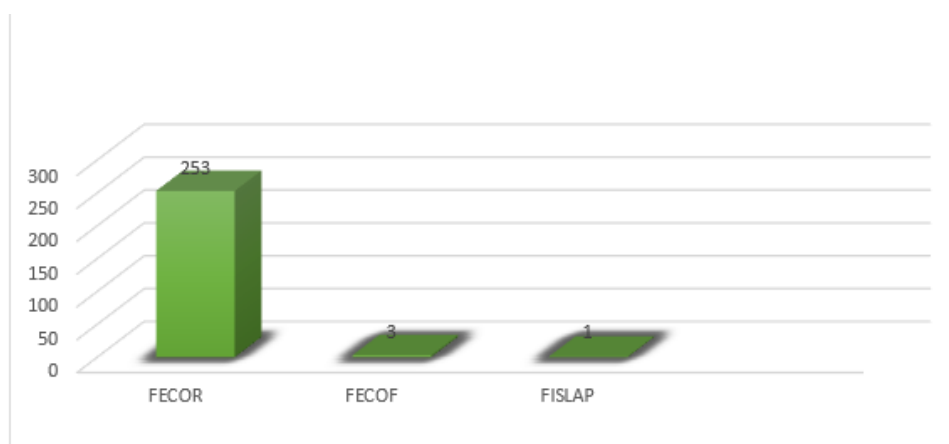
CUADRO 12: SOLICITUDES DE INTERVENCION DE COMUNICACIONES EJECUTADAS EN EL 2020



ELABORACIÓN PROPIA: INFORMACION EXTRAIDA DE LA BASE DE DATOS DE FECOR Y DE LA OFIATJ

De este cuadro se aprecia que, en el año 2020 se ejecutaron 266 solicitudes, de las cuales 242 fueron de las Fiscalías contra el Crimen Organizado, 2 de las Fiscalías de Corrupción de Funcionarios, 2 de las Fiscalías de Lavado de Activos y 20 de las Fiscalías de delitos comunes.

CUADRO 13: SOLICITUDES DE INTERVENCION DE COMUNICACIONES EJECUTADAS EN EL 2021



ELABORACIÓN PROPIA: INFORMACION EXTRAIDA DE LA BASE DE DATOS DE FECOR Y DE LA OFIATJ

De este cuadro se aprecia que, en el año 2021 se ejecutaron 257 solicitudes, de las cuales 253 fueron de las Fiscalías contra el Crimen Organizado, 3 de las Fiscalías de Corrupción de Funcionarios, 1 de las Fiscalías de Lavado de Activos.

Ahora bien, debemos evaluar si esta técnica es útil para las investigaciones seguidas contra organizaciones criminales, para ello, en primer lugar, debemos evaluar cuantas de las ejecuciones de intervención de comunicaciones realizadas conllevaron a realizar operativos contra Organizaciones Criminales, esto se aprecia de los siguientes cuadros:

CUADRO 14: ORGANIZACIONES CRIMINALES INTERVENIDAS EN EL 2017



ELABORACIÓN PROPIA: INFORMACION EXTRAIDA DE LA BASE DE DATOS DE FECOR Y DE LA OFIATJ

En el año 2017, se ejecutaron 332 solicitudes de las Fiscalías contra el Crimen Organizado, los cuales conllevaron a 69 operativos donde se detuvo a 899 integrantes de organizaciones criminales.

CUADRO 15: ORGANIZACIONES CRIMINALES INTERVENIDAS EN EL 2018



ELABORACIÓN PROPIA: INFORMACION EXTRAIDA DE LA BASE DE DATOS DE FECOR Y DE LA OFIATJ

De igual manera, en el año 2018 se ejecutaron 236 solicitudes de las Fiscalías contra el Crimen Organizado, los cuales conllevaron a 57 operativos donde se detuvo a 932 integrantes de organizaciones criminales.

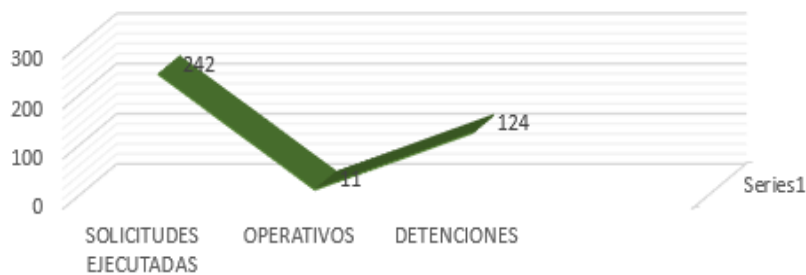
CUADRO 16: ORGANIZACIONES CRIMINALES INTERVENIDAS EN EL 2019



ELABORACIÓN PROPIA: INFORMACION EXTRAIDA DE LA BASE DE DATOS DE FECOR Y DE LA OFIATJ

En el mismo sentido, en el año 2019 se ejecutaron 167 solicitudes de las Fiscalías contra el Crimen Organizado, los cuales conllevaron a 55 operativos donde se detuvo a 590 integrantes de organizaciones criminales.

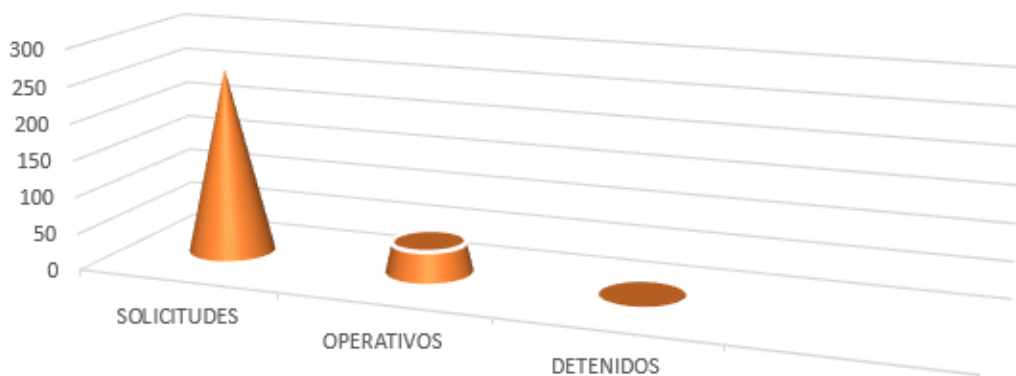
CUADRO 17: ORGANIZACIONES CRIMINALES INTERVENIDAS EN EL 2020



ELABORACIÓN PROPIA: INFORMACION EXTRAIDA DE LA BASE DE DATOS DE FECOR Y DE LA OFIATJ

Asimismo, en el año 2020 se ejecutaron 242 solicitudes de las Fiscalías contra el Crimen Organizado, los cuales conllevaron a 11 operativos donde se detuvo a 124 integrantes de organizaciones criminales.

CUADRO 18: ORGANIZACIONES CRIMINALES INTERVENIDAS EN EL 2021

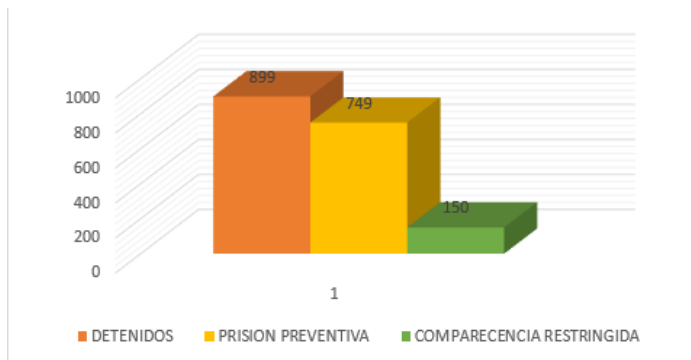


ELABORACIÓN PROPIA: INFORMACION EXTRAIDA DE LA BASE DE DATOS DE FECOR Y DE LA OFIATJ

De este cuadro se aprecia que, en el año 2021 se ejecutaron 257 solicitudes de las Fiscalías contra el Crimen Organizado, los cuales conllevaron a 43 operativos donde se detuvo a 482 integrantes de organizaciones criminales.

En segundo lugar, para evaluar la utilidad de las intervenciones de comunicaciones contra las Organizaciones Criminales, se debe establecer si las detenciones que se dieron de los integrantes de las Organizaciones Criminales, a estos se les dicto prisión preventiva u otra medida menos gravosa, lo mencionado se colige en los siguientes gráficos:

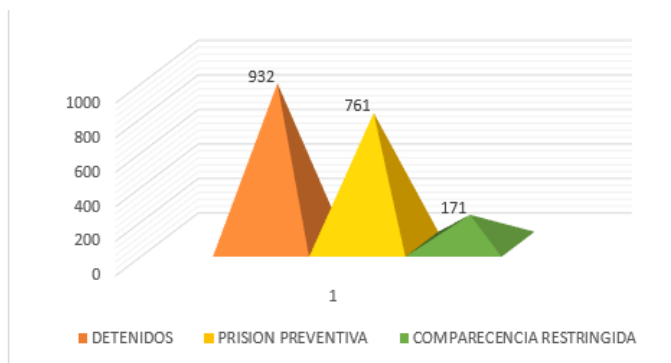
CUADRO 19: MEDIDAS COERCITIVAS RECAIDAS A LOS INTEGRANTES DE UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL EN EL 2017



ELABORACIÓN PROPIA: INFORMACION EXTRAIDA DE LA BASE DE DATOS DE FECOR

De este cuadro se aprecia que, en el año 2017 se detuvieron a 899 integrantes de Organizaciones Criminales, de los cuales a 749 se les dicto prisión preventiva y a 150 comparecencia restringida.

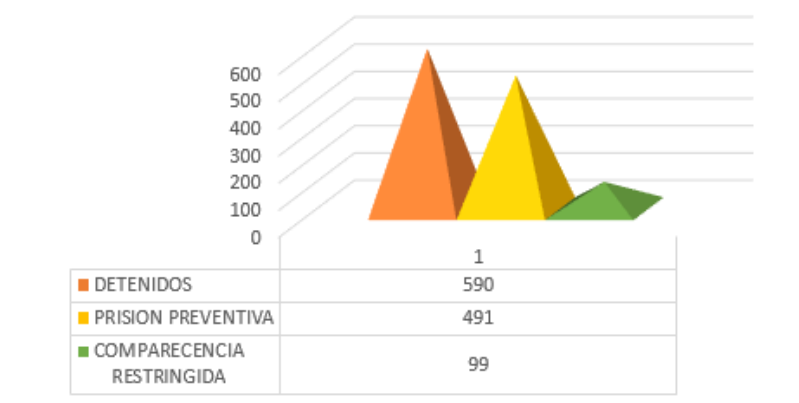
CUADRO 20: MEDIDAS COERCITIVAS RECAIDAS A LOS INTEGRANTES DE UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL EN EL 2018



ELABORACIÓN PROPIA: INFORMACION EXTRAIDA DE LA BASE DE DATOS DE FECOR

En el año 2018 se detuvieron a 932 integrantes de Organizaciones Criminales, de los cuales a 761 se les dicto prisión preventiva y a 171 comparecencia restringida.

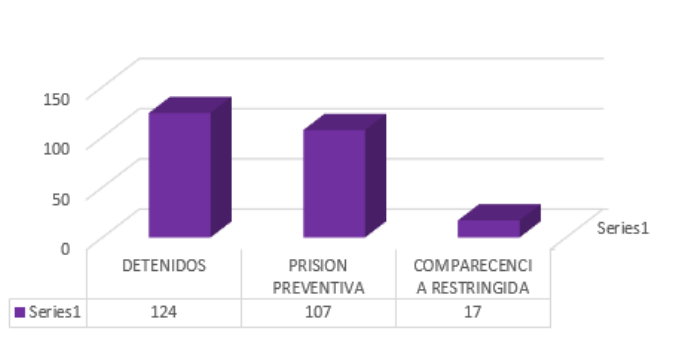
CUADRO 21: MEDIDAS COERCITIVAS RECAIDAS A LOS INTEGRANTES DE UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL EN EL 2019



ELABORACIÓN PROPIA: INFORMACION EXTRAIDA DE LA BASE DE DATOS DE FECOR

En este mismo sentido, en el año 2019 se detuvieron a 590 integrantes de Organizaciones Criminales, de los cuales a 491 se les dicto prisión preventiva y a 99 comparecencia restringida.

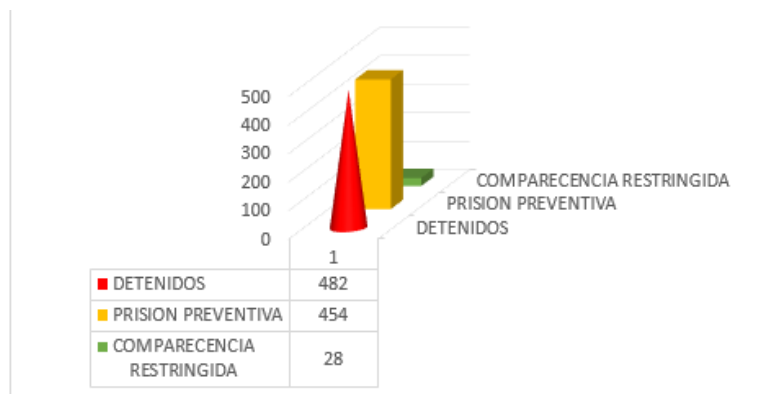
CUADRO 22: MEDIDAS COERCITIVAS RECAIDAS A LOS INTEGRANTES DE UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL EN EL 2020



ELABORACIÓN PROPIA: INFORMACION EXTRAIDA DE LA BASE DE DATOS DE FECOR

Así también, en el año 2020 se detuvieron a 124 integrantes de Organizaciones Criminales, de los cuales a 107 se les dictó prisión preventiva y a 17 comparecencia restringida.

CUADRO 23: MEDIDAS COERCITIVAS RECAIDAS A LOS INTEGRANTES DE UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL EN EL 2021

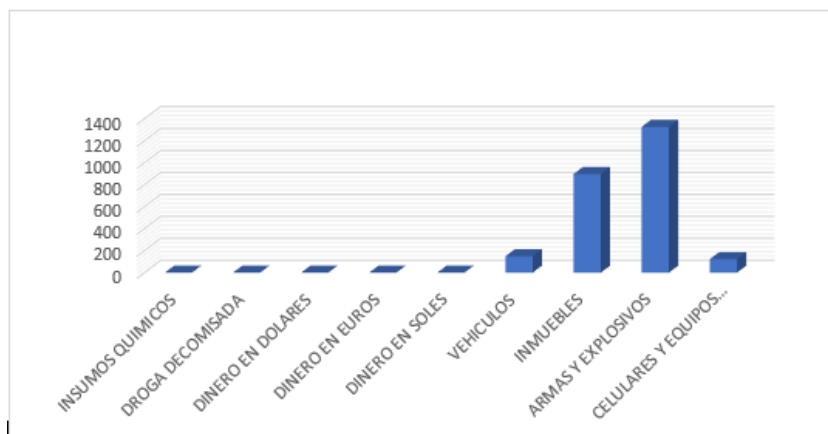


ELABORACIÓN PROPIA: INFORMACION EXTRAIDA DE LA BASE DE DATOS DE FECOR

De este cuadro se aprecia que, en el año 2021 se detuvieron a 482 integrantes de Organizaciones Criminales, de los cuales a 454 se les dictó prisión preventiva y a 28 comparecencia restringida.

También, se debe evaluar la utilidad de las intervenciones de comunicaciones contra Organizaciones Criminales en relación a las incautaciones que se les ha realizado a esta, lo cual se aprecia de los siguientes gráficos:

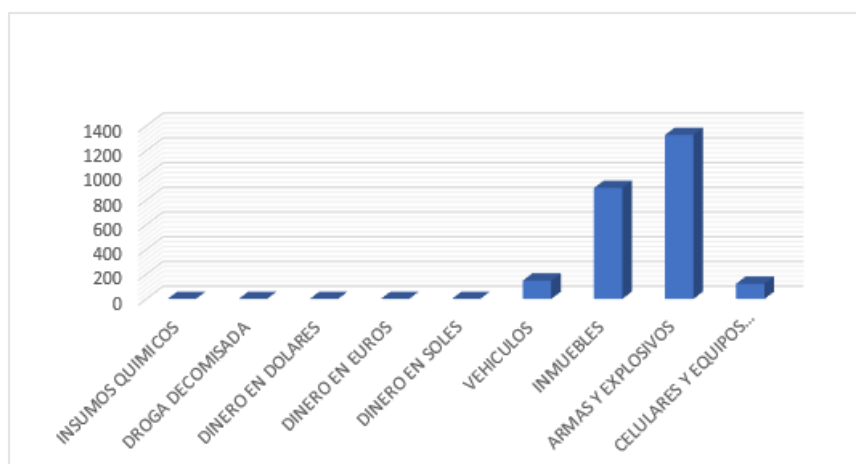
CUADRO 24: INCAUTACIONES REALIZADAS A LAS ORGANIZACIÓN CRIMINAL EN EL 2017



ELABORACIÓN PROPIA: INFORMACION EXTRAIDA DE LA BASE DE DATOS DE FECOR

En el año 2017, se comiso 6 451.51 kilos de droga, S/. 2 376524.30 soles, € 2 950.00 euros, U\$ 145. 065.00 dólares americanos, 1328 armas y explosivos, 149 vehículos, 898 celulares, 14 inmuebles y 109 equipos informáticos.

CUADRO 25: INCAUTACIONES REALIZADAS A LAS ORGANIZACIÓN CRIMINAL EN EL 2018



ELABORACIÓN PROPIA: INFORMACION EXTRAIDA DE LA BASE DE DATOS DE FECOR

De este cuadro se aprecia que, en el año 2018, se comiso 4 465.45 kilos de droga, 32 525.00 kilos de insumos químicos fiscalizados, S/. 1 717 807.00 soles, € 12 115.00 euros, U\$ 48 790.00 dólares americanos, 69 armas y explosivos, 193 vehículos, 1051 celulares, 49 inmuebles y 133 equipos informáticos.

CUADRO 26: INCAUTACIONES REALIZADAS A LAS ORGANIZACIÓN CRIMINAL EN EL 2019



ELABORACIÓN PROPIA: INFORMACION EXTRAIDA DE LA BASE DE DATOS DE FECOR

De este cuadro se aprecia que, en el año 2019, se comiso 9 136.96 kilos de droga, 625.00 kilos de insumos químicos fiscalizados, S/. 876 229 .40 soles, U\$ 118 045.00 dólares americanos, 190 armas y explosivos, 96 vehículos, 699 celulares y 50 equipos informáticos.

CUADRO 27: INCAUTACIONES REALIZADAS A LAS ORGANIZACIÓN CRIMINAL EN EL 2020



ELABORACIÓN PROPIA: INFORMACION EXTRAIDA DE LA BASE DE DATOS DE FECOR

De este cuadro se aprecia que, en el año 2020, se comiso 616.60 kilos de droga, 8 139.50 kilos de insumos químicos fiscalizados, S/. 40 000.00 soles, U\$ 100 000 00 dólares americanos, 15 armas y explosivos, 16 vehículos, 32 celulares, 02 inmuebles y 12 equipos informáticos

CUADRO 28: INCAUTACIONES REALIZADAS A LAS ORGANIZACIÓN CRIMINAL EN EL 2021

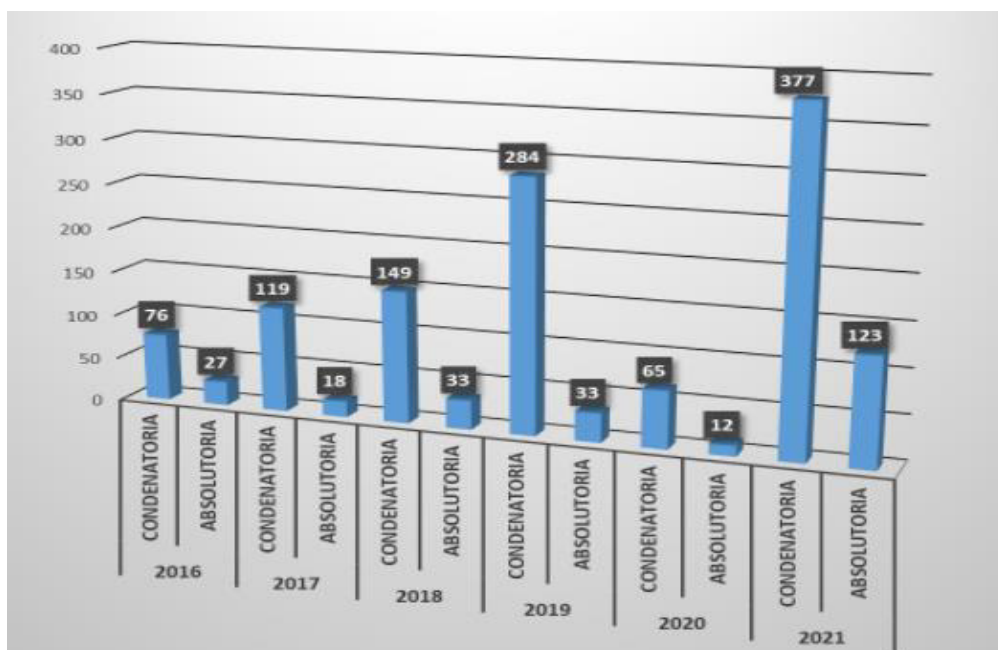


ELABORACIÓN PROPIA: INFORMACION EXTRAIDA DE LA BASE DE DATOS DE FECOR

De igual manera, en el año 2021, se decomiso 8 045 44 kilos de droga, 53 943.50 kilos de insumos químicos fiscalizados, S/. 814 387 90 soles, 5 390.00 euros, U\$ 40 572.00 dólares americanos, 3855 armas y explosivos, 112 vehículos, 714 celulares, 212 inmuebles y 437 equipos informáticos

Finalmente, debemos evaluar la utilidad de la intervención de comunicaciones en relación a las personas que fueron procesadas y luego condenadas o absueltas, como de las sentencias condenatorias o absolutorias que se obtuvieron por cada proceso, lo cual se refleja en el siguiente gráfico:

CUADRO 29: PERSONAS CON SENTENCIAS CONDENATORIAS O SENTENCIAS ABSOLUTORIAS QUE ESTUVIERON PROCESADAS COMO INTEGRANTES DE ORGANIZACIONES CRIMINALES DESDE EL 2017 AL 2021



ELABORACIÓN PROPIA: INFORMACION EXTRAIDA DE LA BASE DE DATOS DE FECOR

De este cuadro se aprecia que, en el año 2017, se condenó a 119 personas y se absolvieron a 18 personas, en el año 2018, se condenó a 149 personas y se absolvieron a 33 personas, en el año 2019, se condenó a 284 personas y se absolvieron a 33 personas, en el año 2019, se condenó a 284 personas y se absolvieron a 33 personas, en el año 2020, se condenó a 65 personas y se absolvieron a 12 personas y en el año 2021, se condenó a 377 personas y se absolvieron a 123 personas.

6.9.- VACIOS NORMATIVOS QUE SE GENERAN COMO CONSECUENCIA DE LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES QUE SE REALIZAN CONTRA UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL.

6.9.1. En qué momento se debe disponer la transcripción de las comunicaciones relevantes y quien está a cargo de ello.

Considero que la transcripción de las comunicaciones relevantes, se deben realizar después de que el Fiscal Recolector ha realizado la recolección y control de las comunicaciones que se han registrado como consecuencia de la ejecución de la medida de levantamiento del secreto de las comunicaciones, y como consecuencia de este proceso ha seleccionado cuales son las comunicaciones relevantes para el esclarecimiento de los hechos ilícitos que se vienen investigando contra una organización criminal, para ello, dispondrá que personal policial de la OFIATJ que está a cargo de la ejecución de estas medidas limitativas realice las transcripciones y elabore el acta de recolección y control de comunicaciones.

Es de mencionar, que no es correcto lo establecido en el inciso 2) del artículo 231º del Código Procesal Penal respecto a que *“el Juez podrá disponer la transcripción de las partes relevantes de las comunicaciones, levantándose el acta respectiva”*, ya que el Juez no está facultado para ejecutar una medida limitativa de derecho, ya que su función en el nuevo Código Procesal Penal es de autorizar a través de una resolución debidamente motivada las medidas limitativas de derecho, entre ella, la del levantamiento del secreto de las comunicaciones, y, de ser el caso llevar la audiencia de reexamen que solicite el afectado en el momento oportuno establecido en nuestro ordenamiento jurídico, conforme se establece en los artículos 202º, 203º, 230º incisos del 1) al 3), y el 231º inciso 4) del Código Procesal Penal. Siendo el Fiscal que deberá ejecutar la resolución judicial

mencionada, conforme lo establece el artículo 230º del Código Procesal Penal.

6.9.2. El plazo en que el fiscal debe comunicar que no es competente para conocer una investigación donde se ejecuta la medida limitativa de levantamiento del secreto de las comunicaciones

Como consecuencia de la ejecución de la medida limitativa – levantamiento del secreto de las comunicaciones, en algunos casos se puede llegar a conocer que, **a)** la organización criminal que se viene investigando no comete el delito por el cual se inició la investigación, y, **b)** que se identifique la existencia de otra organización criminal diferente a la que se viene investigando, para estos supuesto, si bien el penúltimo párrafo del inciso 1) del artículo 231º ha señalado que *“respecto a las grabaciones en las que se aprecie la comisión de presuuestos delitos ajenos a los que son materia de la investigación el Fiscal comunicara estos hechos al Juez que autorizo la medida, con la celeridad e inmediatez que el caso lo amerita”*, **considero que existen vacíos que se deben regular** ya que deja al criterio del Fiscal cual será el momento en que ponga en conocimiento de ello al Juez que autorizo la medida judicial, criterio que no es compartido por mi persona. En atención a ello, realizare un análisis de las dos situaciones antes mencionadas, a efectos de llegar a posibles respuestas que se deben tomar en cuenta cuando se generen estas situaciones.

I.- Cuando la organización criminal que se viene investigando no comete el delito por el cual se inició la investigación, en esta situación hay dos supuestos que se deben evaluar, **a)** si es un delito comprendido en la Ley de Crimen Organizado el Fiscal podrá integrar y/o ampliar su investigación, y, **b)** si no es competente deberá dar cuenta al Juez que autorizo la medida para luego derivar la carpeta fiscal a la Fiscalía competente.

a) Si es un delito comprendido en la Ley de Crimen Organizado el Fiscal podrá integrar y/o ampliar su investigación

Se da esta situación cuando el Fiscal especializado contra la Criminalidad Organizada apertura una investigación por un delito comprendido en la Ley de Crimen Organizado (por ejemplo, el delito de tráfico ilícito de drogas) y como consecuencia de la ejecución de la medida limitativa – Levantamiento del Secreto de las Comunicaciones, toma conocimiento que los hechos ilícitos cometidos por una organización criminal son diferentes al delito por el cual apertura investigación (por ejemplo, hurto de petróleo), en **esta situación considero que el Fiscal de manera inmediata deberá solicitar un informe a la unidad policial a cargo de la presente investigación a fin de que esta remita en el plazo de 7 días un informe documentado que permita corroborar la información registrada como consecuencia del levantamiento del secreto de las comunicaciones que se vienen ejecutando, fecho, el Fiscal en el día emitirá la disposición pertinente.**

b) Si no es competente deberá dar cuenta al Juez que autorizo la medida para luego derivar la carpeta fiscal a la Fiscalía competente

En relación a este presupuesto, existen dos supuestos, **el primero**, cuando el Fiscal especializado contra la Criminalidad Organizada apertura una investigación por el delito de tráfico ilícito de drogas y como consecuencia de la ejecución de la medida limitativa – Levantamiento del Secreto de las Comunicaciones, toma conocimiento que los hechos ilícitos de tráfico ilícito de drogas no son cometidos por una organización

criminal, en esta situación **considero que el Fiscal en el plazo de 24 horas deberá remitir la investigación a la Fiscalía competente y poner en conocimiento de esto al Juez que autorizo la medida judicial**, pero previamente el Fiscal recolector debe constituirse en el día a la OFITAJ a fin de realizar el control de comunicaciones respectivo, y luego de corroborar este hecho, el Fiscal Provincial deberá elevar en el día un informe al Fiscal Coordinador de la Especialidad, quien en el plazo de las 24 horas debe disponer la remisión de la investigación a la Fiscalía competente, la cual efectuara el Fiscal una vez notificado en el plazo antes señalado.

Ello en atención, de que para ese momento el Fiscal y el Juez ya dejaron de ser competentes. Excepcionalmente, por la calidad de la medida, considero, además, que el plazo de la resolución judicial que autorizo el levantamiento del secreto de las comunicaciones será válido si se registran comunicaciones relevantes vinculadas a un delito, ello, en atención de que si se desactivan los abonados telefónicos se perderá información relevante para el esclarecimiento de los hechos que se investigan.

Además, es de mencionar, que considero oportuno que, si el Fiscal que conocerá la investigación considera continuar con la medida de levantamiento del secreto de las comunicaciones de los investigados, el Fiscal deberá solicitar la ampliación del plazo y sus nuevos requerimientos a su Juez homologo.

El **segundo supuesto**, sucede cuando el Fiscal apertura una investigación por el delito de tráfico ilícito de drogas en su modalidad agravada (integrante de una organización criminal) y como consecuencia de la ejecución de la medida limitativa – Levantamiento del Secreto de las Comunicaciones, toma

conocimiento que esta organización se dedica al tráfico de influencias o al delito de lavado de activos y no a la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas en calidad de organización criminal, en este supuesto **también considero que el Fiscal especializado contra la Criminalidad Organizada deberá derivar la investigación a la Fiscalía con competencia en delitos de corrupción de funcionario o de lavado de activos dentro de las 24 horas y comunicar al Juez que autorizo el levantamiento del secreto de las comunicación**, en este caso, la Fiscalía es la que pierde la competencia, pero no sucede lo mismo con el Juez que autorizo la medida limitativa ya que él sigue siendo competente. Es por ello, que el plazo de la resolución judicial que autorizo el levantamiento del secreto de las comunicaciones estará vigente.

Asimismo, es de mencionar, que en este caso si el Fiscal que conocerá la investigación considera pertinente continuar con la medida de levantamiento del secreto de las comunicaciones de estos integrantes, el Fiscal deberá solicitar sus requerimientos al Juez que previno inicialmente. Aunado a ello, se debe tener en cuenta que el plazo que se señala sería el prudente, a efectos de evitar viciar los elementos de convicción que se generen como consecuencia de la ejecución de esta medida.

Habiéndose señalado que el Fiscal deberá comunicar en el plazo de 24 horas, al ***Fiscal competente para que continúe la investigación, se genera la interrogante desde que momento el Fiscal que inicio la investigación considerara que no es competente para seguir conociendo la investigación que inicio.***

Es de señalar, **que como consecuencia del reporte de comunicaciones en tiempo real de cada día, el Fiscal**

Recolector llega a conocer la situación materia de análisis, en esta situación el Fiscal toma conocimiento que se están registrando comunicaciones de la actividad delictiva que realizan las personas a las cuales se le ha levantado el secreto de las comunicaciones y que configuraría un delito diferente al cual les viene atribuyendo, el cual no es competencia de las Fiscalías Especializadas contra la Criminalidad Organizada, en este caso, considero que el Fiscal recolector tiene la obligación de manera inmediata de constituirse a la OFITAJ a fin de realizar el control de comunicaciones respectivo, y luego de corroborar este hecho, el Fiscal deberá elevar en el día un informe al Fiscal Coordinador de la Especialidad, para que este en el plazo de las 24 horas disponga la remisión de la investigación a la Fiscalía que asumirá el conocimiento, luego ello, pondrá en conocimiento al Juez de que las Fiscalías Especializadas contra la Criminalidad Organizada dejaron de ser competente, y remitirá la investigación a la Fiscalía competente en el plazo de 24 horas, después de ser notificado la disposición de derivación del Superior Jerárquico.

II.- Cuando se identifique la existencia de otra organización criminal diferente a la que se viene investigando, en esta situación considero que el Fiscal deberá evaluar en el plazo de quince días, en base al principio de unidad de investigación, si es factible que en una carpeta fiscal se investigue dos organizaciones criminales, por ejemplo:

- a) La coexistencia de una organización criminal dedicada al delito de extorsión con una dedicada al delito de sicariato, en la cual esta le brinda el apoyo de efectivizar la amenaza y/o la violencia contra los agraviados

- b) La coexistencia de una organización criminales dedicada al lavado de activos, con el de una organización criminal dedicada al delito de tráfico, de drogas
- c) El de una organización criminal que comete delitos de corrupción de funcionario con el de una organización que comete delitos contra la salud pública -artículo 294º-A-).

Estando a lo mencionado, si no es factible que se investigue dos organizaciones criminales en una misma carpeta, considero que el Fiscal mediante disposición debidamente motivada deberá desacumular la investigación, para ello, el Fiscal deberá tener en cuenta dos supuestos:

- a) Si no afectara la investigación que el Fiscal viene llevando a cabo deberá en el plazo de 24 horas se deberá desacumular la investigación y remitir copia certificada de todos los elementos de convicción recabadas hasta ese momento para que el Fiscal que asuma competencia y continúe la investigación de esta organización criminal, debiendo remitir las actas de recolección y comunicaciones, previamente deberá comunicar de esta situación al Juez que autorizo la medida de la remisión de estas.
- b) Si la desacumulación de la investigación que viene desarrollando el Fiscal de Crimen Organizado afectara la investigación que inicio contra la organización criminal inicial, considero que el Fiscal antes de Formalizar Investigación Preparatoria deberá emitir una disposición debidamente fundamentada y remitir copias de los actuados principales a la Fiscalía competente para que continúe con la investigación de la otra organización criminal, siendo que si es necesario remitir copias de las actas de recolección y

comunicaciones se deberá comunicar al Juez que autorizo la medida de la remisión de estas.

Asimismo, es de mencionar que, en cualquiera de los dos supuestos, si el Fiscal que conocerá la investigación de la segunda organización criminal decide continuar con la medida de levantamiento del secreto de las comunicaciones de estos integrantes, el Fiscal deberá solicitar sus requerimientos al Juez que previno inicialmente, debiéndose crear un nuevo expediente judicial. Excepcionalmente, considero que por la calidad de la medida, el plazo de la resolución judicial que autorizo el levantamiento del secreto de las comunicaciones será válido si se registran comunicaciones relevantes vinculadas a un delito, ello, en atención que si se desactivan los abonado telefónicos se perderá la información relevante para el esclarecimiento de los hechos que se investigan.

6.9.3.- La intervención de las comunicaciones contra integrantes de una organización criminal que son funcionarios públicos

Es de mencionar, que durante la ejecución de la medida limitativa de derecho- levantamiento del secreto de las comunicaciones, se llega a tomar conocimiento quien es el usuario de la línea telefónica a través, de tres circunstancias:

- a) Cuando durante las comunicaciones registradas en tiempo real el usuario de la línea telefónica proporciona sus datos personales (nombres, domicilio, numero de RUC, entre otros)
- b) Cuando el usuario es el titular de la línea telefónica, y la cual se conoce como consecuencia de la remisión de la carta de la empresa de telefonía.
- c) Cuando de las escuchas telefónicas el usuario de la línea telefónica acuerda en encontrarse con otro integrante en un lugar

determinado y en una hora, y como consecuencia de las ovises se logra capturar imágenes de este o del vehículo en el cual llevo al lugar de la reunión, en base a esta información la unidad policial realiza vinculaciones con redes sociales, con aplicaciones de identificador de líneas telefónicas, entre otras, la que conllevan a identificar al usuario de la línea telefónica.

Estando a lo mencionado, es de precisar que en algunas ocasiones se puede identificar que el usuario de la línea telefónica es un funcionario público y es parte de la organización criminal, **en este caso surge la pregunta, si es posible que un Fiscal deba continuar con la investigación contra este integrante que es un funcionario, y de no ser el caso, cual es plazo que tiene el fiscal para emitir el pronunciamiento respectivo?**, generándose otro vacío normativo. En base a esta interrogante considero que existen dos supuestos que deben ser materia de análisis:

- a) Si el usuario de la línea telefónica es un funcionario público que no cuente con las prerrogativas, pero es un Superior Jerárquico.
- b) Si el usuario de la línea telefónica es un funcionario público que cuenta con prerrogativas.

En relación al **primer presupuesto**, si el Fiscal toma conocimiento a través de cualquiera de las tres circunstancias mencionadas (las cuales no son copulativas), que el usuario de la línea telefónica es un funcionario público que no cuente con alguna prerrogativas reconocida en la Constitución, pero es su Superior Jerárquico, **considero que el Fiscal en el plazo de 24 horas deberá de poner en conocimiento de este hecho, al Fiscal Superior o al Fiscal Supremo dependiendo la calidad del funcionario público, para que se inicie una investigación conjunta** a fin de que los elementos de convicción ni las escuchas telefónicas relacionadas a este funcionario no sean viciadas, ni se consideren como prueba ilícita,

aunado a ello, deberá de poner en conocimiento en este extremo en el plazo señalado al Juez que autorizo el levantamiento del secreto de las comunicaciones del número utilizado por el funcionario público, ya que este como Fiscal que empezó la intervención de comunicaciones ha perdido competencia en este extremo.

En igual sentido, respecto al **segundo presupuesto**, Si el Fiscal al tener conocimiento a través de cualquiera de las tres circunstancias mencionadas (las cuales no son copulativas), que el usuario de la línea telefónica es un funcionario público (que comprenden el artículo 99º de la Constitución) que cuente con alguna prerrogativas reconocida en la Constitución y comete el delito en el ejercicio de su función o comete el delito después de cinco años de haber cesado en el cargo, **considero que se debe de poner en conocimiento de este hecho, al Fiscal de la Nación también en el plazo de 24 horas, para que se inicie una investigación conjunta** a fin de que los elementos de convicción ni las escuchas telefónicas relacionadas a este funcionario no sean viciadas, ni se consideren como prueba ilícita, **aunado a ello, deberá de poner en conocimiento este extremo, en el plazo antes señalado al Juez que autorizo el levantamiento del secreto de las comunicaciones del número utilizado por el funcionario público, ya que este como el Fiscal que empezó la intervención de comunicaciones ha perdido competencia en este extremo.**

En los dos supuestos antes mencionados, excepcionalmente, por la calidad de la medida, el plazo de la resolución judicial que autorizo el levantamiento del secreto de las comunicaciones será válido si se registran comunicaciones relevantes vinculadas a un delito, ello, en atención que si se desactivan los abonados telefónicos se perderá información relevante para el esclarecimiento de los hechos que se investigan. Para ello, el Fiscal y/o el Fiscal de la Nación que asuma

competencia deberán convalidar ante el Juez competente esta resolución judicial en el plazo de 48 horas.

Lo mencionado tiene respaldo en lo señalado por la Ley N° 27399 en su artículo 1° y 2°, *“El Fiscal de la Nación puede realizar investigaciones preliminares al procedimiento de acusación constitucional por la presunta comisión de delitos de función atribuidos a funcionarios del Estado comprendidos en el artículo 99° de la Constitución⁸¹”*. *“Los funcionarios del Estado comprendidos en el artículo 99° de la Constitución pueden ser objetos de las medidas limitativas de derechos previstas en la Ley N° 27379”*. ***Esta disposición no es aplicable a los funcionarios mencionados en el primer párrafo del artículo 93° de la Constitución⁸²”***

En esta misma línea de idea, **se debe tener en cuenta que la excepción señalada en la Ley N° 27379, ya no es aplicable actualmente, pues es posible solicitar medidas limitativas de derecho contra un Congresista**, ello, desde que entró en vigencia el artículo 449° del Código Procesal Penal, el cual deroga este impedimento, que señala *“el proceso penal contra los altos funcionarios públicos taxativamente designados en el artículo 99° de la Constitución por los delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de haber cesado en él, se regirá por las reglas del proceso común, salvo las que se establecen en este título”*, ya que las diligencias preliminares son

⁸¹ Art. 99° de la Constitución- **“Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la Republica, a los representantes del Congreso, a los Ministros de Estado, a los miembros del Tribunal Constitucional, a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura (actualmente la Junta Nacional de Magistrados), a los Vocales Supremos, a los Fiscales Supremos, al Defensor del Pueblo y al Controlador General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en estas”**.

⁸² Art. 93° de la Constitución- **“Los Congresistas representan a la Nación. No están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación”**.

parte del proceso común, donde se puede aplicar diversas técnicas de investigación, entre ellas, el levantamiento del secreto de las comunicaciones, ello, con el fin de que el representante del Ministerio Público realice la búsqueda de la información y recabe los elementos de convicción necesarios para corroborar la sospecha de la comisión delictiva por un alto funcionario como parte de una organización criminal, dentro del marco de un Estado Constitucional de Derecho .

Este razonamiento es compartido por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 00013-2009-PI/TC, que señala: *“Aun cuando en anterior oportunidad se pueda interpretar que este Tribunal ha considerado que se requiere de una acusación constitucional para que el Ministerio Público pueda realizar diligencias preliminares de investigación a los altos funcionarios comprendidos en el artículo 99° de la Constitución por la supuesta comisión de delitos, **este Colegiado cumple con aclarar que la prerrogativa del antejuicio no es de recibo en esta etapa preliminar a cargo del Ministerio Público, toda vez que conforme lo establece el artículo 159° de la Constitución Política tal entidad se encuentra facultada para conducir la investigación del delito y, dado el caso, presentarla denuncia constitucional contra los altos funcionarios de Estado tal como se establece el artículo 89° del Reglamento del Congreso de la República. Por tanto, será en el procedimiento de la apreciación de la denuncia constitucional interpuesta por el Ministerio Público al amparo del artículo 89° que el Parlamento determinará la verosimilitud de los hechos materia de la denuncia, así como la subsunción de ellos en los tipos penales establecidos legalmente, descartando aquellas que estuvieran sustentadas en móviles políticos**”.*

De lo mencionado podemos concluir que la prerrogativa del antejuicio no es de aplicación para la etapa de diligencias preliminares, que está a cargo del representante del Ministerio Público ya que es el órgano a cargo de conducir la investigación del delito, donde se podrá solicitar

una medida limitativa de derecho contra un alto funcionario público, la cual se mantendrá en secreto hasta que el Fiscal lo considere pertinente para lograr el objetivo de su investigación.

6.9.4.- El reexamen de las comunicaciones que se registran como consecuencia de la intervención de comunicaciones

Respecto a este tema nos debemos de preguntar **en qué momento el Fiscal deberá de poner en conocimiento al investigado las comunicaciones relevantes, que sean registrado como consecuencia del levantamiento del secreto de las comunicaciones realizadas a los abonados telefónicos utilizado por el investigado**, es de precisar que considero que ello se da en dos momentos:

1. **En la etapa de diligencias preliminares**, que se da después de que el Fiscal ha realizado las diligencias necesarias y ha podido recabar los elementos de convicción adecuados para poder atribuirle un hecho ilícito al integrante de una organización criminal durante las diligencias preliminares que se encuentran en secreto, hecho que se concretara: **a)** cuando el Fiscal ejecuta una resolución de detención preliminar contra estas personas (ya que, las actas de recolección y comunicación será uno de los elementos de convicción que corroborara la hipótesis de la Fiscalía), y, **b)** cuando el Fiscal decide Formalizar Investigación Preparatoria, teniendo la opción de solicitar alguna medida de coerción procesal (Prisión Preventiva, Comparecencia Restringida, Impedimento de Salida, Detención Domiciliaria). Luego de estos dos hechos, el Fiscal debe de poner en conocimiento del investigado que ha sido sujeto a la medida de levantamiento del secreto de las comunicaciones, a fin de que decida si solicita el reexamen judicial dentro del plazo de tres días de notificado.

Lo señalado tiene amparo legal, ya que, si no se le pone en conocimiento de ello al investigado o a su abogado se le estaría recordando su derecho de defensa, debido a que las actas de recolección y control de comunicaciones, serán utilizadas para las diligencias que se realicen en el plazo de 15 días de detención preliminar del investigado y/o como elemento de convicción cuando el Fiscal Formalice Investigación Preparatoria y/o solicite Prisión Preventiva contra este.

2. **El segundo momento**, se da solo si el Fiscal después de Formalizar Investigación Preparatoria considera pertinente realizar la reevaluación de las comunicaciones que se registraron en el sistema de intervención de las comunicaciones como consecuencia de la ejecución de la medida recaída en los abonados telefónicos que utilizó el investigado en calidad de integrante de una organización criminal, para ello, una vez que el Fiscal recabe las actas de control y recolección de las comunicaciones, donde en esta oportunidad a considerado como comunicaciones relevantes, pondrá en conocimiento de la parte afectada a efectos de que si considera pertinente solicitar el reexamen de estas en el plazo de tres días de notificado.

Este supuesto, se dará cuando de los elementos de convicción recabado en la etapa preparatoria permite dar indicios que es necesario reevaluar las comunicaciones que se registraron durante el periodo de ejecución de la medida de levantamiento del secreto de las comunicaciones, a efectos de poder corroborar la información obtenida, ya sea por una declaración de los investigados, de un testigo o de un documento remitido por una entidad pública o privada.

En atención a lo mencionado surge una nueva interrogante, **en qué momento se puede señalar que el procedimiento de**

levantamiento del secreto de las comunicaciones recaída en contra del investigado ha concluido, para ello, se debe precisar que el plazo de ejecución de la medida limitativa de levantamiento del secreto de las comunicaciones en tiempo real, es diferente al procedimiento que se realiza como consecuencia del levantamiento del secreto de las comunicaciones, como técnica especial de investigación, ya que esta última es una técnica de investigación que se puede utilizar desde las diligencias preliminares hasta la conclusión de la investigación preparatoria, lo señalado encuentra respaldo normativo, en el siguiente cuadro:

PLAZO DE EJECUCIÓN DE LA MEDIDA LIMITATIVA DE LEVANTAMIENTO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES EN TIEMPO REAL	PROCEDIMIENTO DEL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES
<p>Artículo 230° inciso 6) “La intervención no puede durar más de sesenta días. Excepcionalmente podrá prorrogarse por plazos sucesivos, previo requerimiento sustentado del Fiscal y decisión motivada del Juez de la Investigación Preparatoria”</p>	<p>Artículo IV. Titular de la acción penal inciso 1) “El Ministerio Público es el titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba (...)” y 2) “<i>El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos del delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado (...)</i>”.</p>
	<p>Artículo 337° incisos 1) “<i>El Fiscal realizara las diligencias de investigación que considere pertinentes y útiles, dentro de los límites de la Ley</i>”, 2) “<i>Las diligencias preliminares formar parte de la investigación preparatoria.(...)</i>. Procede su ampliación si</p>

	<p><i>dicha diligencia resultares indispensable, (...) que ineludiblemente deba complementarse como consecuencia de la incorporación de nuevos elementos de convicción”.</i></p>
--	--

De lo mencionado se puede concluir, que el Fiscal podrá continuar con el procedimiento que se realiza como consecuencia del levantamiento del secreto de las comunicaciones de los abonados telefónicos realizados a los investigados como integrante de una organización criminal hasta la conclusión de la etapa preparatoria, ello, en atención que durante ese tiempo el Fiscal continua recabando elementos de prueba de cargo y de descargo a fin de acreditar la responsabilidad o no del investigado, ya que se debe tener en cuenta, lo siguiente:

- a) Que, la información de los datos de telefonía que debe remitir las empresas de telefonía llegan muchas veces después realizar la Formalización de Investigación Preparatoria, documentos que recién serán analizados por el Fiscal y/o por la defensa del investigado donde cualquiera de los dos podrá solicitar diligencias complementarias como, por ejemplo: solicitar el levantamiento del secreto de las comunicaciones de un abonado telefónico que se ha comunicado con frecuencia con la línea telefónica de investigado en el periodo que se le imputada la actividad ilícita o realizar el análisis de los datos históricos de todos los abonados telefónicos que fueron intervenidos a fin de hacer un cruce de llamadas.
- b) Que, de la información recabada por una entidad pública o privada permita obtener una nueva información relacionada a las comunicaciones relevante que obran en las actas de control y recolección de comunicaciones, pero que estas no permiten dar una idea clara de corroboración de la información recabada por una

entidad pública o privada, por lo que al no ser suficiente permite al Fiscal ya sea de oficio o a pedido de parte que se realice una reevaluación de las comunicaciones registradas como consecuencia de la ejecución de la medida de levantamiento del secreto de las comunicaciones, a fin de que se evalúe si existen comunicaciones relevantes relacionadas al supuesto mencionado.

- c) También, se dará cuando de una declaración de los investigados y/o de los testigos se toma conocimiento de hechos ilícitos nuevos y/o se identifica a un nuevo integrante de la organización criminal en el periodo que se ejecutó la medida de levantamiento del secreto de las comunicaciones, lo que origina que el Fiscal deba reevaluar las comunicaciones registradas como consecuencia de la ejecución de la medida de levantamiento del secreto de las comunicaciones, a fin de que se evalúe si existen comunicaciones relevantes relacionadas al supuesto mencionado.

Por otro lado, es de mencionar si el Fiscal que el procedimiento que se realiza como consecuencia del levantamiento del secreto de las comunicaciones de los abonados telefónicos realizados a los investigados como integrante de una organización criminal, debe mantenerse en secreto después de Formalizada la investigación preparatoria, considero que deberá emitir una disposición debidamente motivada la cual tendrá como plazo máximo 60 días, siempre y cuando el objeto de la investigación lo permita y se ponga en peligro la vida o la integridad corporal de terceras personas, vencido ese plazo deberá recurrir al Juez a efectos de que se prorrogue por un plazo que este considere pertinente.

CONCLUSIONES

1. Las medidas de Levantamiento del Secreto de las Comunicaciones no vulneraran ningún derecho fundamental siempre que al ser autorizada se cuente con elementos de convicción que permitan dar indicios de la comisión de un delito, el cual debe estar relacionado con cierto grado de sospecha, además de que se realice un juicio de ponderación, proporcionalidad, excepcionalidad y subsidiariedad, para lo cual, se deberá tener en cuenta los principios de legalidad, debida motivación, necesidad, utilidad e idoneidad, que permita justificar que no existe otra técnica de investigación que permita obtener el fin buscado, lo cual justificara el motivo razonable por el cual se restringe el derecho al levantamiento del secreto de las comunicaciones.
2. Se han establecido ciertos criterios que se deben seguir, a efectos de que no se alegue que existen una vulneración al secreto de las comunicaciones, los cuales el juez debe fijar de manera clara y precisa en la resolución judicial que autoriza la restricción de este derecho, la cual estará debidamente motivada, pero para ello, previamente debe evaluar el requerimiento fiscal como la documentación que lo sustenta, a fin de que justifique que se restrinja

el derecho al secreto de las comunicaciones de una persona, el cual se darán durante el desarrollo de una investigación, criterios que no solo se dan cuando se autorice la resolución judicial sino durante su ejecución, a fin de tomar conocimiento del resultado obtenido en la investigación, conversaciones que deberán ser almacenadas en soportes digitales para su conservación y sean ofrecidas como elementos de prueba que serán actuadas en juicio oral.

3. Los límites que debe tomar en cuenta el Fiscal al momento que selecciona las comunicaciones como información relevante para una investigación a fin de que sea considerada como prueba válida, son: a) la exclusión de la selección de comunicaciones relacionadas al ámbito privado del investigado, b) la forma de cómo se debe conservar la información que ha sido considerada como relevante; y, c) el examen de la forma de ejecución de la medida judicial, caso contrario esta será excluida debido a que vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones
4. La intervención de comunicaciones contra una organización criminal en tiempo real es útil porque permite conocer la forma como cometen sus actividades ilícitas, donde realizan este accionar ilícito, la identificación del interlocutor que usa la línea telefónica, con quien coordina sus actividades ilícitas, en qué grado de la organización criminal se encuentra, quienes se encargan de la logística, si tiene o no un brazo armado para proteger que el fin de la organización se lleve a cabo, para conocer psicológicamente a cada integrante de la organización criminal como su entorno familiar, incluso de ver como una organización criminal en el tiempo fue adecuándose a los cambios de la tecnología y modernidad que tenemos actualmente en nuestro país, entre otros aspectos. De igual manera, a través de los datos de telefonía, permitirá identificar al usuario con la línea telefónica, realizar triangulaciones a través del LBS (Servicio de localización personal) vincularlo con redes social y aplicativos de

comunicación, como la recuperación de los datos borrados del equipo celular del investigado.

5. Consideramos que la regulación del levantamiento del secreto de las comunicaciones busca reducir la arbitrariedad en las decisiones judiciales e impedir que sea un recurso indiscriminado, por lo que nuestro ordenamiento jurídico ha tratado de regular esta barrera para salvaguardar el derecho al secreto de las comunicaciones de las personas en los artículos 230 y 231 del Código Procesal Penal, los cuales si bien son útiles existen todavía algunos vacíos normativos al momento de ejecutar las resoluciones del levantamiento del secreto de las comunicaciones en tiempo real, respecto al plazo y el procedimiento que debe realizar el Fiscal que viene ejecutando esta medida cuando deja de ser competente y debe derivar la investigación al Fiscal competente, hecho que se dará en los siguientes supuestos: a) que, la organización criminal que se viene investigando no comete el delito por el cual se inició la investigación, delito que no está comprendido en la Ley de Crimen Organizado, y, b) que se identifique la existencia de otra organización criminal diferente a la que se viene investigando, dentro de una misma investigación.

RECOMENDACIONES

1. A efectos de que no se dé una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones cuando se autoriza el levantamiento del secreto de las comunicaciones, el Ministerio Público antes de solicitar el levantamiento del secreto de las comunicaciones de un abonado telefónico utilizado por una persona que estaría realizando una actividad ilícita, a través de una acta de fuente humana, deberá verificar si esta información es concreta, si cumple con las formalidades del caso, ya que a través de este documento el Órgano Jurisdiccional limitara su derecho al secreto de las comunicaciones y autorizar la intervención de las comunicaciones de esta persona, ya que, el solo dicho de un tercero, que se desconoce su identidad, no justifica que se de esta restricción por más que sea una fuente de la policía.
2. Para que no se dé un cuestionamiento a futuro, sobre la información que se obtiene como consecuencia de la ejecución del levantamiento del secreto de las comunicaciones como una técnica de investigación, considero que se debe modificar el artículo 231^o del Código Procesal

Penal, respecto a establecer quien es el Fiscal que se encargara de realizar los actos de recolección y control de las comunicaciones y de disponer la transcripción de las partes relevantes de las comunicaciones, la cual deberá estar a cargo del personal de la OFIATJ, levantándose el acta de recolección y control de las comunicaciones, además, de dejar de lado el supuesto que el Juez puede disponer la transcripción de las partes relevantes de las comunicaciones, ya que esa no es su función dentro del proceso penal.

3. Creo razonable que debe fijarse un plazo prudencial, en el cual el Fiscal Provincial debe comunicar al Fiscal Superior cuando toma conocimiento a través de las comunicaciones en tiempo real que deja de ser competente para conocer una parte de la investigación o en su totalidad, ello a efectos de evitar que sea considerada como prueba prohibida a futuro, como de fijar el procedimiento que debe seguir a efectos de no vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones ni perjudicar la investigación que se viene realizando. En esta misma línea, se deberá establecer el procedimiento a seguir y el plazo en el que se debe realizar la desacumulación de investigaciones o la continuación de esta, cuando el Fiscal toma conocimiento en tiempo real que en una investigación existen dos organizaciones criminales. Como, se deberá establecer cuál es el procedimiento a seguir en los dos supuestos antes mencionados, respecto a la vigencia de la resolución judicial que autorizo el levantamiento del secreto de las investigaciones.
4. También considero que se deberá incorporar un artículo en el que se regule la ejecución de la medida limitativa de derecho- levantamiento del secreto de las comunicaciones de funcionarios públicos, donde se comprenda a los altos funcionarios que cuenta con prerrogativas y cometan el delito en el ejercicio de su función o comete el delito después de cinco años de haber cesado en el cargo. Aunado a ello,

se deberá autorizar la figura de la convalidación para que de manera excepcional se pueda dar vigencia a la resolución judicial que autorizo el levantamiento del secreto de las comunicaciones.

5. Se deberá regular en un artículo independiente el momento en que se le debe notificar al afectado que ha sido sujeto a una medida limitativa – levantamiento del secreto de las comunicaciones, como el procedimiento a seguir para que el afectado solicite el reexamen de la ejecución del levantamiento del secreto de las comunicaciones. Además, se deberá de considerar que el Fiscal podrá realizar la reevaluación de las comunicaciones registradas como consecuencia de la ejecución de la medida de intervención, siempre que se haga necesario por la incorporación de nuevos elementos de convicción en la etapa de investigación preparatoria.

BIBLIOGRAFÍA

a) Libros

1. AGUILA GRADOS, Guido y CALDERON SUMARRIVA, Ana, “La fe del hombre en sí mismo o la lucha por la libertad a través del proceso” El Mundo Procesal rinde Homenaje al Maestro Adolfo Alvarado Velloso, Editorial San Marcos. 2009.
2. ALMAGRO NOSTE, J., GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: “Derecho procesal, Tomo II, El proceso penal, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1990.
3. BAJO FERNANDEZ, M, “Protección del honor y de la intimidad” En Comentarios a la legislación penal (Tomo I), Edersa, Madrid, 1982..
4. DE LANGHE, Marcela, Escuchas Telefónicas- Limites a la intervención del estado en la privacidad e intimidad de las personas, Editorial Hammurabi, 2009.
5. ESTÉVEZ JIMÉNEZ, Ángel. “La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, Cuadernos de Derecho Judicial, CJPJ, Madrid, 1993.

6. FOUCAULT, Michael, "Vigilar y Castigar", tercera edición, Madrid, 1982.
7. GIMENO SENDRA, Vicente, CONDE –PUMPIDO TOURON, Candido Y GARBERÍ LLOBREGAT, José. Los Procesos Penales, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con formularios y jurisprudencia. Tomo IV. Editorial Bosch. Barcelona. Primera Edición. 2000. ESTRELLA RUIZ, Manuel, Entrada y registro, intervención de las comunicaciones postales, telefónicas, etc, en las Medidas restrictivas de derechos fundamentales- Cuaderno de Derecho Judicial, Madrid, 1992.
8. GIMENO SENDRA, V. Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, La Ley, Tomo II, Madrid, 1996.
9. GÓMEZ COLOMER Juan-Luis, " El proceso penal español a comienzos del siglo XXI" .
10. GONZÁLES-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, "Investigación y prueba en el proceso penal", Editorial Colex, 2006.
11. GONZALES CUELLAR SERRANO, N. "Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal", Edición Colex.2009
12. HAIRABEDIÁN, Maximiliano, Novedades sobre la prueba judicial, Mediterránea, Córdoba, segunda edición, 2008.
13. JIMENEZ CAMPO, J. "La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones", en "Comentarios a la legislación penal", tomo VII, Madrid, 1986.
14. JIMENEZ CAMPOS, J. "Comentarios a la legislación penal", Tomo VII, Edersia, 1986.

15. MAIER, Julio, "Derecho procesal penal - Parte General- Sujetos, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.
16. MONTERO AROCA, Juan "La intervención de las comunicaciones telefónicas" Tirant Lo Blanch, 1999.
17. MONTERO AROCA, Juan, "Derecho Jurisdiccional III- Proceso Penal", Edición Tirant Lo Blanch, 16 Edición, Valencia, 2008.
18. MONTÓN REDONDO, A. "Las interpretaciones telefónicas constitucionalmente correctas". En La Ley, 1995, N°4.
19. MUÑOZ CONDE, Francisco – GARCÍA ARÁN, "Derecho Penal. Parte General", Quinta Edición, Valencia, 2002.
20. MUÑOZ CONDE, Francisco, "Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal", Segunda Edición, Editorial Hammurabi, marzo 2007.
21. MUÑOZ CONDE, Francisco, De las prohibiciones probatorias al derecho procesal del enemigo, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
22. NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A. "Escuchas telefónicas (Comentario a la STC 49/1999, del 05 de abril)". En repertorio Aranzadi del TC. Vol. II. Parte Estudio.
23. NINO, Carlos, Fundamentos de derecho constitucional, Astrea, Buenos Aires, 1992.
24. PAZ RUBIO J.M, MENDOZA MUÑOZ, J. OLLE SESE, M. y RODRIGUEZ MORICHE, R.M., La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales, Colex, Madrid, 1999.
25. RODRIGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza. La Justificación de las decisiones judiciales- El artículo 120.3 de la Constitución Española, Universidad de Santiago de Compostela, 2003.

26. RODRIGUEZ LAINZ, José Luis, “La intervención de las comunicaciones telefónicas”, Editorial Bosch, Primera Edición: mayo 2002. España.
27. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, Intervenciones Telefónicas, en La prueba en el Proceso Penal, Cuaderno de derecho Judicial, CGPJ, 1992
28. ROMERO COLOMA, A. “Derecho a la intimidad, a la información y proceso penal”, Madrid, 1987.
29. ROXIN, Claus, “La evolución de la política criminal, el derecho penal y el procesal penal”, trat. De Gómez Rívero y García Cantizano, Valencia, 2000.
30. ROXIN, Claus, La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
31. SÁEZ CAPEL, José, El derecho a la intimidad y las escuchas telefónicas, Din, Buenos Aires, 1999.
32. URÍA MARTÍNEZ, Joan Francesc, “Intervenciones telefónicas. Aproximación al estado de cuestión. La Prueba en el proceso penal”, Manuales de Formación Continuada, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

b) Revistas

1. DE JUANES PECES, Ángel, La prueba prohibida, análisis de la STC 81/1998. Un nuevo enfoque de la presunción de inocencia, en Actualidad Jurídica Aranzadi, N° 353, 1998.
2. DE OLIVA SANTOS, Andrés, “Sobre la ineficacia de las pruebas obtenidas ilícitamente, en Tribunales de Justicia, Ago-Sep.2003.

3. ESTÉVEZ JIMÉNEZ, Ángel. “La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, Cuadernos de Derecho Judicial, CJPJ, Madrid, 1993.
4. ESTRELLA RUIZ, Manuel, Entrada y registro, intervención de las comunicaciones postales, telefónicas, etc, en las Medida restrictivas de derechos fundamentales- Cuaderno de Derecho Judicial, Madrid, 1992.
5. FERNÁNDEZ ESPINAR, Gonzalo, “Levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal”, Revista del poder judicial, núm. 32, diciembre 1993.
6. GARCÍA, Luis M., La intervención de las comunicaciones telefónicas y otras telecomunicaciones en el Código Procesal Penal de la Nación: un cheque en blanco para espiar nuestra vida privada, en “Cuadernos de Doctrina y Jurisdiccional Penal”, Buenos Aires, primera parte, año III, N 6, 1997, segunda parte, año III, N 6, 1997.
7. GONZALES- CUELLAR SERRANO, Nicolas, El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Procesal Español, artículo publicado en Cuadernos de Derechos Público N° 5, septiembre- Diciembre 1998. El Principio de Proporcionalidad. Instituto Nacional de Administración Pública.
8. HURTADO ADRIAN, Ángel, “El teléfono como medio de investigación en el proceso penal”. Actualidad Penal, número 9, de fecha 28 de febrero.
9. MONTÓN REDONDO, A. “Las interpretaciones telefónicas constitucionalmente correctas”. En La Ley, 1995, N°4.

10. MOSCOSO SEGARRA, Alejandro A. en su artículo La injerencia telefónica y la intimidación, publicado en La República, de fecha 08 de noviembre del 2015.
11. VELASCO NÚÑEZ, Eloy. “Presencias y Ausencias (aspectos aclarados y discutido) en material de intervenciones telefónicas, en espera de una regulación parlamentaria de tema”. Actualidad Penal. Número 18/3. 09 de mayo de 1993.

c) Tesis

1. GULLOCK VARGAS, Rafael, “Las Intervenciones Telefónicas” (Con jurisprudencia de la Sala Constitucional, Sala Tercera, Tribunal de Casación Penal, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo Español y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), 2008, Costa Rica.
2. MARCO URGELL, Anna, “Análisis jurisprudencial del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3. C.E.)”, Universidad Autónoma de Barcelona, 2008.
3. SALAZAR CALDERON SAMALVIDES, Katerine, “Repercusiones jurídicas por la intervención de comunicaciones y telecomunicaciones reguladas por el nuevo código procesal penal en los derechos fundamentales de personas investigadas”, Universidad Católica Santa María, 2016.
4. VIEGENER, Federico, “El derecho a la Intimidación y los límites a la injerencia estatal- Sobre la Intervención de comunicaciones y la retención de datos de tráfico en el articulado de la ley 25.873”.

d) Sentencias

1. Sentencia del Tribunal Constitucional Español N°246/1995, de fecha 20 de febrero.
2. Sentencia del Tribunal Constitucional Español N°985/1996, de fecha 09 de diciembre.
3. Sentencia del Tribunal Constitucional Español de fecha 04 de marzo de 1994.
4. Sentencia del Tribunal Constitucional Español de fecha 24 de junio de 1995.
5. Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 121/1998 de fecha 15 de junio.
6. La sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 49/1999, de fecha 05 de abril.
7. Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 123/2002.
8. Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 618/1997, de fecha 08 de mayo de 1997
9. . Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 166/1998, de fecha 22 de diciembre de 1998.
10. Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 202/2001, de fecha 26 de marzo
11. Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 1461/1999, de fecha 01 de diciembre.
12. Sentencia del Tribunal Constitucional Español N°126/2000, de fecha 16 de mayo del 2000.

13. Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 49/1999, de fecha 05 de abril.
14. Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 166/1999, de fecha 27 de setiembre.
15. Sentencia del Tribunal Constitucional Español N°171/1999, de fecha 27 de setiembre.
16. Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 1758/1999, de fecha 05 de mayo del 2000.
17. Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 361/2001, de fecha 26 de marzo.
18. Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 1197/1998, de fecha 19 de octubre.
19. Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 207/1996, de fecha 16 de diciembre.
20. Sentencia del Tribunal Constitucional Argentino N° 698/2001 de fecha 28 de abril.
21. Sentencia del Tribunal Constitucional Español 281/2006, 9 de Octubre de 2006.
22. Sentencia del Tribunal Supremo Español- Segunda Sala de lo Penal N° 1729/2000, de fecha 06 de noviembre del 2000.
23. Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 525/1997, de fecha 15 de abril.
24. Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 138/2001, de fecha 18 de junio

25. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Klass y otros”.

26. Sentencia del Tribunal Supremo en el caso “Naserio”.

27. Sentencia del caso Huvig y Kruslin vs Francia

28. Sentencia en el caso Valenzuela.

e) Página web

1. <http://www.alfa-redi.org/sites/default/files/articles/files/viegener.pdf>
2. <http://www.recercat.cat/bitstream/handle/2072/9115/treballrecerca.pdf;sequence=1>
3. https://www.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/bibliotecaVirtual/penal/1_LIBRO%20INTERVENCIONES%20TELEFONICAS.pdf
4. <http://www.fepsu.es/file/EL%20DERECHO%20A%20LA%20INTIMIDAD.pdf>
5. <https://supremo.vlex.es/vid/delito-salud-15199840>
6. <https://www.listindiario.com/la-republica/2015/11/08/395386/las-intervenciones-telefonicas-y-la-reforma-al-codigo-procesal-penal>
7. <https://www.iberley.es/practicos/caso-practico-escuchas-telefonicas-57441>
8. <https://www.boe.es/boe/dias/1999/11/03/pdfs/T00064-00077.pdf>
9. <https://www.boe.es/boe/dias/1999/04/27/pdfs/T00067-00085.pdf>
10. <https://tc.vlex.es/vid/2003-23916175>
11. <http://www.indret.com/pdf/1278.pdf>
12. <http://www.alfa-redi.org/sites/default/files/articles/files/viegener.pdfv>

13. <http://www.recercat.cat/bitstream/handle/2072/9115/treballrecerca.pdf;sequence=1>
14. https://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/bibliotecaVirtual/penal/1_LIBRO%20INTERVENCIONES%20TELEFONICAS.pdf
15. http://www.guiasjuridicas.es/Content/Documento.aspx?params=H4slA AAAAAAEADVOyU7EMAz9mxxRC8Mxl7YckAChIUJc3cRqI0JcYrd M_h6XDpYs-y1evlcs1eFFLARafKRsuGbK9cu6sqIRGNk2BryskAby9nS7g7ihg1 EFKgFLV7UTEkhnZNu26uGZfl5gixOI7uygHOtiCPbho9mjbWtO92 bDwmqw73HCLGjmOM1PmnL4gTlyT1kKpUcdHYk-3dD_82I_bW9dXdA-o8ABz5AnVIORip9fQUEft5hugJfLle1WET08Sn77w8YnrQMI9pAwh-vLvXVyarYhAQAAWKE
16. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1999-9293
17. <http://hj.tribunalconstitucional.es/it/Resolucion/Show/4110>
18. <http://hj.tribunalconstitucional.es/eu/Resolucion/Show/3101>
19. <http://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/4498>
20. <http://hj.tribunalconstitucional.es/el/Resolucion/Show/3913>
21. <https://supremo.vlex.es/vid/cinta-magnetofonicas-escuchas-726-fa-18366983>
22. <https://supremo.vlex.es/vid/salud-intervencion-telefonica-requisitos-17716952>
23. <https://www.boe.es/boe/dias/1999/04/27/pdfs/T00067-00085.pdf>
24. <https://www.boe.es/boe/dias/1999/11/03/pdfs/T00035-00047.pdf>

25. <https://tc.vlex.es/vid/ra-h-ma-108806>.

26. <https://tc.vlex.es/vid/ra-n-ma-147607>.

27. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1999-9293

28. <https://tc.vlex.es/vid/ra-n-ma-147607>.

29. [http://www.fepsu.es/file/EL%20DERECHO%20A%20LA%20INTIMIDA
D.pdf](http://www.fepsu.es/file/EL%20DERECHO%20A%20LA%20INTIMIDA%20D.pdf).

ANEXO: (PROYECTO DE LEY)

Considero que se debe modificar el artículo 231° del Código Procesal Penal e incorporar dos artículos donde se regule el registro de la intervención de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación respecto a los Funcionarios Públicas, como normar el proceso de reexamen de la intervención de las comunicaciones, debiendo quedar de la siguiente forma:

PROYECTO DE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 231° E INCORPORACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 231° A Y 231° B DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

FORMULA LEGAL

Artículo 231° del Código Procesal Penal

1. Durante la ejecución del mandato judicial el Fiscal deberá realizar los actos de recolección y control de las comunicaciones, luego dispondrá la transcripción de las partes relevantes de las comunicaciones, la cual estará a cargo del personal de la OFIATJ, levantándose el acta de recolección y control de las comunicaciones, sin perjuicio de conservar la grabación completa de la comunicación. Las grabaciones serán conservadas hasta la culminación del proceso penal correspondiente, ocasión en la cual la autoridad judicial competente dispondrá la eliminación de las comunicaciones irrelevantes. Igual procedimiento adoptará el Fiscal en caso la investigación no se judicialice, previa autorización del Juez competente.
2. Las Actas de Recolección y Control de las Comunicaciones se incorporarán a la investigación, al igual que la grabación de las comunicaciones relevantes
3. Respecto a las comunicaciones informadas en tiempo real al Fiscal Recolector en las que se aprecie la comisión de un presunto delito diferente al que motivo el inicio de diligencias preliminares y está comprendido en la Ley de Crimen Organizado, el Fiscal de manera inmediata deberá solicitar un informe a la unidad policial a cargo de la investigación, el cual deberá remitir en el plazo de 7 días, luego de ello, el Fiscal en el día emitirá la disposición pertinente
4. Respecto a las comunicaciones informadas en tiempo real al Fiscal Recolector en las que se aprecie la comisión de un presunto delito diferente al que motivo el inicio de diligencias preliminares y este no está comprendido en la Ley de Crimen Organizado, el Fiscal recolector una vez que ha tomado conocimiento de ello, se constituirá en el día a la OFITAJ a fin de realizar el control de comunicaciones respectivo, y luego de corroborar este hecho, el Fiscal Provincial elevara en el día un informe al Fiscal Coordinador de la Especialidad, quien en el plazo de las 24 horas dispondrá la remisión de la

investigación a la Fiscalía competente, la cual efectuara el Fiscal una vez notificado en el plazo de 24 horas, hecho del cual pondrá en conocimiento al Juez que autorizo la medida judicial.

5. Respecto a las comunicaciones informadas en tiempo real al Fiscal Recolector en las que se aprecie la comisión de un delito diferente al que motivo el inicio de diligencias preliminares y este no es de competencia de las Fiscalías Especializadas contra el Crimen Organizado, el Fiscal recolector una vez que ha tomado conocimiento de ello, se constituirá en el día a la OFITAJ a fin de realizar el control de comunicaciones respectivo, y luego de corroborar este hecho, el Fiscal Provincial elevara en el día un informe al Fiscal Coordinador de la Especialidad, quien en el plazo de las 24 horas dispondrá la remisión de la investigación a la Fiscalía competente, la cual efectuara el Fiscal una vez notificado en el plazo de 24 horas, hecho del cual pondrá en conocimiento al Juez que autorizo la medida judicial.
6. Respecto a las comunicaciones informadas en tiempo real al Fiscal Recolector en las que se identifique la existencia de otra organización criminal diferente a la que se viene investigando, el Fiscal deberá evaluar en el plazo de quince días, en base al principio de unidad de investigación, si continua investigado esta nueva organización criminal, si no es posible ello, deberá desacumular la investigación.
7. Si el Fiscal dispone la desacumulación de la investigación y esta no afectara la investigación que viene llevando a cabo, deberá en el plazo de 24 horas, remitir copia certificada de todos los elementos de convicción recabadas hasta ese momento, para que el Fiscal competente continúe con la investigación de esta organización criminal, debiendo remitir las actas de recolección y comunicaciones, previa comunicación al Juez que autorizo la medida de la remisión de estas.

8. Si el Fiscal considera que la desacumulación de la investigación en ese momento, afectara la investigación que viene realizando, este antes de Formalizar Investigación Preparatoria deberá emitir una disposición debidamente fundamentada y remitir copias de los actuados principales a la Fiscalía competente para que continúe con la investigación de la otra organización criminal. De ser necesario remitirá las actas de recolección y comunicaciones, pero previamente comunicara ello al Juez que autorizo la medida de la remisión de estas.
9. En el supuesto establecido en el inciso 4), si el Fiscal considera continuar con la medida de levantamiento del secreto de las comunicaciones de los abonados telefónicos, el Fiscal deberá solicitar sus requerimientos con el Juez competente. En el supuesto establecido en el inciso 5), si el Fiscal considera continuar con la medida de levantamiento del secreto de las comunicaciones de los abonados telefónicos, el Fiscal deberá solicitar sus requerimientos al Juez que previno inicialmente. En cambio, en los supuestos establecidos en los incisos 7) y 8), si el Fiscal considera continuar con la medida de levantamiento del secreto de las comunicaciones de los abonados telefónicos, el Fiscal deberá solicitar sus requerimientos al Juez que previno inicialmente, formándose un nuevo expediente judicial.
10. En los supuestos señalados en los incisos 4), 5), 7) y 8), excepcionalmente la resolución judicial que autorizo el levantamiento del secreto de las comunicaciones de los abonados telefónicos, mantendrá su vigencia por el plazo que el Juez que previamente autorizo, siempre y cuando que de estos se registren comunicaciones relevantes para la investigación.
11. Si durante la ejecución del mandato judicial de intervención y control de las comunicaciones en tiempo real, a través de nuevos números

telefónicos o de identificación de comunicaciones, se tomará conocimiento de la comisión de delitos que atenten contra la vida e integridad de las personas, y cuando se trate de los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas y secuestro, a cometerse en las próximas horas, el Fiscal, excepcionalmente y dando cuenta en forma inmediata al Juez competente para su convalidación, podrá disponer la incorporación de dicho número al procedimiento de intervención de las comunicaciones ya existente, siempre y cuando el Juez en el mandato judicial prevenga esta eventualidad.

Artículo 231°-A del Código Procesal Penal

- 1) Si el Fiscal toma conocimiento a través de las comunicaciones informadas en tiempo real, de la carta remitida por la empresa de telefonía o de las acciones de vigilancia realizadas por la unidad policial, que el usuario de la línea telefónica es un funcionario público que no cuente con alguna prerrogativas reconocida en la Constitución, pero es su Superior Jerárquico, **el Fiscal en el plazo de 24 horas deberá de poner en conocimiento de este hecho, al Fiscal Superior o al Fiscal Supremo dependiendo la calidad del funcionario público, para que se inicie una investigación conjunta.** Deberá de poner en conocimiento de esta situación, en el plazo antes señalado al Juez que autorizo el levantamiento del secreto de las comunicaciones del abonado telefónico utilizado por el funcionario público, ya que el Fiscal que empezó la intervención de las comunicaciones ha perdido competencia.
- 2) Si el Fiscal al tener conocimiento a través de cualquiera de las tres circunstancias mencionadas (las cuales no son copulativas), que el usuario de la línea telefónica es un funcionario público (que comprenden el artículo 99º de la Constitución) que cuente con alguna prerrogativas reconocida en la Constitución y comete el delito en el

ejercicio de su función o comete el delito después de cinco años de haber cesado en el cargo, el Fiscal **debe de poner en conocimiento de este hecho, al Fiscal de la Nación también en el plazo de 24 horas, para que se inicie una investigación conjunta**. Además, deberá de poner en conocimiento en el plazo antes señalado al Juez que autorizo el levantamiento del secreto de las comunicaciones del número utilizado por el funcionario público, ya que este como el Fiscal que empezó la intervención de comunicaciones ha perdido competencia en este extremo.

- 3) En los supuestos señalados, la resolución judicial que autorizo el levantamiento del secreto de las comunicaciones de los abonados telefónicos excepcionalmente mantendrá vigencia por el plazo que el Juez que previamente autorizo, siempre y cuando de estos se registren comunicaciones relevantes para la investigación, debiendo el Fiscal competente convalidar ante el Juez competente esta resolución judicial en el plazo de 48 horas.

Artículo 231°- B del Código Procesal Penal

- 1) Una vez ejecutada la medida de intervención y realizadas las investigaciones necesarias en relación al resultado de aquélla, se pondrá en conocimiento del afectado todo lo actuado. La notificación al afectado sólo será posible si el objeto de la investigación lo permitiere y en tanto no pusiere en peligro la vida o la integridad corporal de terceras personas, manteniéndose el secreto de estas por un plazo prudencial que cesara antes de que el Fiscal ejecute una resolución de detención preliminar contra el afectado y/o cuando el Fiscal ha decidido Formalizar Investigación Preparatoria, pudiendo el afectado instar el reexamen judicial, dentro del plazo de tres días de notificado.

- 2) El Fiscal podrá realizar la reevaluación de las comunicaciones registradas como consecuencia de la ejecución de la medida de intervención, si es necesario complementarse como consecuencia de la incorporación de nuevos elementos de convicción en la etapa de investigación preparatoria.
- 3) Una vez que el Fiscal recabe las actas de control y recolección de las comunicaciones reevaluadas transcritas por parte de la OFIATJ, pondrá en conocimiento de la parte afectada, pudiendo instar el reexamen judicial de estas, dentro del plazo de tres días de notificado.
- 4) Excepcionalmente, el Fiscal podrá mantener en secreto de las mismas por un plazo de 60 días, siempre y cuando el objeto de la investigación lo permita y se ponga en peligro la vida o la integridad corporal de terceras personas, vencido ese plazo deberá recurrir al Juez a efectos de que se prorrogue por un plazo que el Juez fijara.
- 5) La audiencia judicial de reexamen de la intervención se realizara en el más breve plazo. Estará dirigida a verificar sus resultados y que el afectado haga valer sus derechos y, en su caso, impugnar las decisiones dictadas en ese acto.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Con la expedición de la Ley de Crimen Organizado, se incorporó como técnica investigativa contra una organización criminal, la intervención de comunicaciones y telecomunicaciones, reconocido en los artículos 230º y 231º del Código Procesal Penal, la cual debe realizarse con estricto respeto de los derechos fundamentales de las personas investigadas, considerando para ello, que los derechos fundamentales no son absolutos y admiten limitaciones como las que legítimamente puede adoptar el juez en aras de

un fin superior como es el esclarecimiento de un hecho delictivo que pone en riesgo la convivencia en sociedad.

Si bien es cierto la intervención de comunicaciones y telecomunicaciones es necesaria en muchos casos, dado la gravedad y complejidad de la investigación, esta debe enmarcarse sistemáticamente en nuestro ordenamiento jurídico nacional. Es en ese sentido, cabe recordar que nuestro sistema normativo ha consagrado el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, elevándolo a rango constitucional, contemplado en el inciso 10 del artículo 2° de la Constitución, derecho que solo puede ser restringido por resolución judicial, conforme se ha establecido en el Código Procesal Penal, donde se ha normado el procedimiento y la ejecución de la medida de intervención de las comunicaciones, sin embargo esta regulación de carácter general debe ser modificada porque existen vacíos normativos que se han generado como consecuencia de la aplicación de esta técnica contra las organizaciones criminales, con el cual se regulen los siguientes aspectos:

- a) Respecto a que es el Fiscal y no el Juez quien se encarga de realizar los actos de recolección y control de las comunicaciones y quien dispone que la transcripción de las partes relevantes de las comunicaciones (la cual estará a cargo del personal de la OFIATJ, levantándose el acta de recolección y control de las comunicaciones).
- b) Fijar el plazo en el cual el Fiscal debe comunicar al Fiscal Superior cuando toma conocimiento a través de las comunicaciones en tiempo real que deja de ser competente, además de como de fijar el procedimiento que se debe seguir a efectos de no vulnerar ningún derecho ni perjudicar la investigación que se viene realizando.
- c) Establecer el procedimiento a seguir y el plazo en el que se debe realizar la desacumulación de las investigaciones o la continuación de esta, cuando el Fiscal toma conocimiento en tiempo real que en una investigación existen dos organizaciones criminales.

- d) Establecer cuál es el procedimiento a seguir en los dos supuestos antes mencionados, respecto a la vigencia de la resolución judicial que autorizo el levantamiento del secreto de las investigaciones.
- e) Incorporar un artículo en el que se regule la ejecución de la medida limitativa de derecho- levantamiento del secreto de las comunicaciones de funcionarios públicos, donde se comprenda a los altos funcionarios que cuenta con prerrogativas y cometan el delito en el ejercicio de su función o comete el delito después de cinco años de haber cesado en el cargo. Aunado a ello, se deberá autorizar la figura de la convalidación para que de manera excepcional se pueda dar vigencia a la resolución judicial que autorizo el levantamiento del secreto de las comunicaciones.
- f) Regular en un artículo independiente el momento en que se le debe notificar al afectado que ha sido sujeto a una medida limitativa – levantamiento del secreto de las comunicaciones, como el procedimiento a seguir para que el afectado solicite el reexamen de la ejecución del levantamiento del secreto de las comunicaciones. Además, se deberá de considerar que el Fiscal podrá realizar la reevaluación de las comunicaciones registradas como consecuencia de la ejecución de la medida de intervención, siempre que se haga necesario por la incorporación de nuevos elementos de convicción en la etapa de investigación preparatoria.

Todos los puntos descritos anteriormente, son insumos que conlleva a demostrar la utilidad de la presente investigación, dado que al ser el Nuevo Código Procesal Penal un cuerpo normativo de reciente data, convierte a nuestra investigación en actual en su desarrollo. La presente investigación se convierte en **relevante**, al desarrollar la temática de la ponderación por un lado el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones frente al derecho a la seguridad nacional, al descubrimiento de la verdad; **actual** en cuanto las investigaciones que se han dado de altos funcionarios públicos que forman parte de organizaciones criminales, se convierte en **original**, dado que los cuestionamientos realizados al proceso de

intervención telefónica no se ha desarrollado mínimamente en la doctrina y jurisprudencia, conllevando así, que nuestra investigación termine con un proyecto de ley que busque regular de alguna forma algunas etapas de actuación de las intervenciones telefónicas, acto de gran relevancia, al tratarse de la disposición de derechos fundamentales.

EFFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LEGISLACIÓN

NACIONAL

La presente iniciativa legislativa establece un marco normativo con rango de ley que regula en forma expresa el procedimiento para la medida de intervención de comunicaciones telefónicas, siendo dicha medida es necesaria porque restringe derechos fundamentales. Es por ello, que la presente iniciativa legislativa busca llenar los vacíos normativos que existen, lo que conllevara a modificar el Protocolo de Intervención o Grabación de Registro de Comunicaciones Telefónicas o de otras formas de comunicación, con el fin de que la investigación que se lleve a cabo no vulnere ningún derecho, ni que los elementos de convicción que se recaben sean ilícitos, protegiendo el derecho de defensa del afectado.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La necesidad de restringir el derecho al secreto de comunicaciones es necesario para poder coadyuvar con la lucha contra Organizaciones Criminales, ya que sus integrantes para realizar sus coordinaciones lo hacen a través de medios de comunicación complejos. La presente iniciativa legislativa no genera ningún gasto para el Estado, al no modificar ningún artículo de la Ley de Presupuesto ni el Erario Nacional.