

## **ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO AL SECRETO E INVIOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES Y DOCUMENTOS PRIVADOS GARANTIZADO POR EL ARTICULO 2 INCISO 10 DE LA CONSTITUCION DE 1993**

El régimen político que gobernó el país en la década de los 90 generó consecuencias positivas y negativas, cuyo balance, por cierto, no es objeto de este artículo; solamente realizaré algunos análisis a partir de dos hechos puntuales que aquellas generaron: **a)** analizaré procesal y constitucionalmente el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones particulares o privadas a partir de la aparición pública de los tristemente célebres “vladivideos” y, posteriormente, un análisis a partir del “Caso del ex Ministro Rómulo León Alegría y del Abogado Alberto Químper Herrera”; y **b)** realizaré un análisis jurídico de la existencia de un “mercado de interceptaciones” a las comunicaciones privadas que provoca, con peligrosa frecuencia, diversos problemas políticos, mediáticos y penales, y que han tenido su “pico” en con el destape del “Caso BTR”.

Los mencionados fenómenos han llevado a que en la sociedad se generen dos posiciones:

- § La primera que defiende el empleo de las comunicaciones particulares obtenidas ilícitamente, justificándola en la necesidad que se conozca, por ejemplo, la corrupción que se comete en la administración pública; la moral de los políticos; e incluso asuntos que satisfacen, ya no el interés público, sino la curiosidad (o la morbosidad) social.
- § la segunda reclama el respeto a la intimidad y al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas, exigiendo sanciones penales que incluso se extiendan a los medios de prensa que las difunden.

Es en este estado de la sociedad peruana que realizo el examen dogmático constitucional y procesal del artículo 2 inciso 10 de la Constitución, a fin de establecer el nivel de protección que en la actualidad el sistema jurídico garantiza al derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y los documentos privados.

### **I.- El derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados en la Constitución y en las normas internacionales sobre derechos humanos.**

La Constitución de 1993 establece:

“2°. Toda persona tiene derecho:

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

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

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

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

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en el artículo 12; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 17; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 11 incisos 2 y 3; igualmente, si bien no como el mismo detalle, garantizan el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados.

## **II.- El derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.**

En la STC del 29 de enero del 2003, “Caso Rodolfo Berrospi Álvarez”, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, en el Fundamento 3 se refiere al derecho reconocido en el inciso 10 artículo 2 de la Constitución, como la prohibición que las comunicaciones y documentos privados sean interceptados, o que acceda a su conocimiento quien no esté autorizado; se afirma que el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados tiene eficacia erga omnes, es decir, garantiza su no penetración o conocimiento por terceros, se trate de órganos públicos o particulares, ajenos al proceso de comunicación<sup>1</sup>.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, en la sentencia comentada, señala que el “secreto” e “inviolabilidad” de las comunicaciones y documentos privados, comprende a la comunicación misma, sea cual fuese su contenido, pertenezca o no al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado<sup>2</sup>.

En la STC del 18 de agosto del 2004, “Caso Rafael Francisco García Mendoza, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, Fundamento 22, enfatiza que la vulneración de la reserva de las comunicaciones y la garantía de judicialidad, convierte en inválidas las comunicaciones o documentos particulares obtenidos por terceros, pues no tienen efecto legal; precisa que se trata de garantizar que los medios de prueba ilícitamente obtenidos no desnaturalicen los derechos de la persona y menos produzcan perjuicios<sup>3</sup>.

En la STC del 8 de marzo del 2005 el Pleno del Tribunal Constitucional, “Caso Víctor Alfredo Polay Campos”, en el Fundamento 24 recuerda que el artículo 2 inciso 10 de la Constitución protege que todo tipo de comunicaciones entre las personas sea objeto exclusivamente de los intervinientes en el mismo; fija como base del secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados al derecho fundamental a la vida privada, el mismo que permite garantizar que la comunicación entre particulares, sea mediante llamada telefónica, correo –clásico o electrónico– o nota entre particulares, no pueda ser objeto de conocimiento de terceros o de la interrupción de su curso<sup>4</sup>.

---

1 SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Proceso de amparo N° 2863-2002-AA/TC.

2 *Ibidem*.

3 SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Proceso de amparo N° 1058-2004-AA/TC.

4 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Proceso de habeas corpus N° 00774-2005-HC/TC.

En el Fundamento 25 de la misma sentencia, el Tribunal Constitucional afirma que como todo derecho fundamental tiene límites, que pueden ser explícitos e implícitos, en este caso, la existencia de una autorización judicial, aplicando los criterios de razonabilidad y proporcionalidad<sup>5</sup>.

En la STC del 28 de septiembre del 2009, “Caso Victoria Elva Contreras Siaden”, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, fundamentos 28 y 29, señala que resulta inconstitucional limitaciones bajo determinados contextos o circunstancias irrazonables o desnaturalizadoras del contenido esencial de la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones; reiterando que toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente protegidos, así como que las mismas y los instrumentos que las contienen, no pueden ser abiertas, incautadas, interceptadas, o intervenidas sino por mandato motivado del juez y con las garantías previstas en la ley, puntualizando que los documentos privados obtenidos con violación de los preceptos anteriormente señalados, no tienen efecto legal<sup>6</sup>.

En la STC del 27 de octubre 2010, “Caso Alberto Químper Herrera”, el Pleno del Tribunal Constitucional ante la denuncia de utilización de prueba ilícita examina el ámbito de la interceptación y grabación de las conversaciones telefónicas, basándose en la Sentencia del 6 de julio del 2009 que dictó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso Escher y otros vs. Brasil”.<sup>7</sup>

En el Fundamento 18 de la mencionada sentencia se fija, conforme a la CIDH, como fundamento del secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, el derecho a la vida privada; recogido a su vez en el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Precisa el Tribunal que se protegen: “las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en residencias particulares o en oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla”<sup>8</sup>.

Siempre sobre la base de la sentencia del “Caso Escher y otros vs. Brasil”, el TC determina que el derecho a la vida privada tutela a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido e incluso puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo: destino de las llamadas que salen, el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y la duración de las llamadas.

En el Fundamento 19 de la misma sentencia se precisa que como todo derecho fundamental, el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, no es un derecho absoluto, sino que puede ser restringido “siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; esto es, que tales injerencias deben encontrarse previstas en la ley, perseguir un fin legítimo y ser idóneas, necesarias y proporcionales en una sociedad democrática”. Es necesario que en la ley se regulen los motivos, los procedimientos, los presupuestos para su autorización, la autoridad competente para solicitarla, ordenarla, llevarla a cabo.

---

5 *Ibidem*.

6 SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Proceso de amparo N° 03901-2007-PA/TC.

7 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Proceso habeas corpus N° 0065-2010-PHC/TC.

8 *Ibidem*.

El TC parece diferenciar el derecho a la intimidad del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, lo que sería coherente con su declaración que se protege todo tipo de comunicación, no sólo las que integran el ámbito de la vida privada, pues en el mismo Fundamento 19 refiere que las limitaciones al derecho a la intimidad pueden ser semejantes en el caso del “derecho al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones”.

En la STC del 19 de julio del 2011, “Caso Angélica María Huamaní Vargas, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, en el fundamento 13 se pronuncia sobre la aplicación del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones en el caso de correos electrónicos, comunicaciones personales, almacenados o registrados en los servidores del empleador; precisa que la existencia de la relación laboral no justifica vulnerar el derecho respecto a comunicaciones de carácter personalísimo<sup>9</sup>.

### **III.- El derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados.**

Juan **MONTERO AROCA** critica la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia española que reconducen la intervención de las comunicaciones telefónicas como una violación a la vida privada, llevando a que la jurisprudencia española no haya podido terminar de diferenciar la intimidad y el secreto de las comunicaciones<sup>10</sup>.

La STC 114/1984 del 29 de noviembre resulta una excepción pues en ella se señala que el concepto de secreto tiene un carácter formal pues se protege el secreto y la inviolabilidad de la comunicación, sea cual fuese el contenido, sin la necesidad que integre el ámbito de la intimidad<sup>11</sup>.

La STS del 15 de julio de 1993 constituye otra excepción. Si bien reconoce la estrecha vinculación entre el derecho a la intimidad y el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, se precisa que no deben confundirse ya que si bien toda comunicación es secreta y solamente algunas íntimas o privadas.<sup>12</sup>

El derecho al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones tiene como fundamento la dignidad de la persona humana y el libre desarrollo de la personalidad.

La comunicación con los demás vincula el libre desarrollo de la personalidad con la naturaleza social del ser humano; la comunicación con los demás es un bien necesario a la persona cuya naturaleza es social, lo que hace necesario que exprese a otros sus sentimientos, ideas, posiciones, etc<sup>13</sup>.

La Constitución de 1993 diferencia los derechos a la intimidad y al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, conforme se aprecia en los incisos 7 y 10 del artículo 2; de allí que resulte correcto afirmar que para la Ley Fundamental todas las comunicaciones y documentos privados son secretos e inviolables, siendo, por el carácter formal del derecho,

---

9 SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Proceso de amparo N° 04224-2009-PA/TC.

10 Juan MONTERO AROCA, La Intervención de las Comunicación es Telefónicas en el Proceso Penal, Páginas 42 y 43, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1999.

11 Ibídem, Páginas 43 a 45.

12 Ibídem, Página 48.

13 María Lourdes NOYA FERREIRO, La intervención de comunicaciones orales directas en el proceso penal, Páginas 53 y 54, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2000.

irrelevante el contenido. Es por eso que no puede ser su fundamento el derecho a la intimidad, pues el secreto y la inviolabilidad alcanza también a comunicaciones y documentos privados cuyo contenido no forma parte de la esfera de la intimidad<sup>14</sup>.

Si bien el Tribunal Constitucional, siguiendo la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señala que el derecho a la vida privada es el que protege el secreto de las comunicaciones, en la segunda parte del Fundamento 18 de la sentencia del “Caso Alberto Químper Herrera”, señala: “...el derecho a la vida privada tutela a las conversaciones telefónicas *independientemente de su contenido*...”; expresión que igualmente aparece en la Sentencia del 6 de julio del 2009 que la CIDH dictó en el “Caso Escher y Otros vs. Brasil”, Fundamento 114; “el artículo 11 se aplica a las conversaciones telefónicas *independientemente de su contenido*”.

Al reconocerse el carácter formal del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, esto es, que la protección se brinda sin considerar el contenido; mas allá de que una comunicación se encuentra dentro del ámbito del derecho a la intimidad, éste no puede ser el fundamento del primero, pues como ya se dijo, la Constitución garantiza que los terceros no puedan conocer las comunicaciones y documentos privados de una persona, independientemente de su contenido.

El carácter formal del secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, esto es, su independencia del contenido, impide que el derecho a la intimidad sea el fundamento y exige reconocer la autonomía del derecho analizado.

La jurisprudencia tiene pendiente la tarea de pulir la posición asumida reconociendo la incoherencia que genera señalar como fundamento del secreto y la inviolabilidad del mismo al derecho a la intimidad. Deberá aceptar el carácter formal del primero, esto es, que opere sin considerar el contenido de la comunicación o el documento privado.

El derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados es una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad del ser humano; incluso si bien dentro de la libertad de expresión se trata solamente a la libertad de información y la libertad de opinión, considero que se puede considerar dentro de ella un atributo fundamental de la persona y su naturaleza social, la libertad de comunicación.

El derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados se le reconoce no solamente a la persona individual (natural), sino también a la colectiva (jurídica), incluso con mayor facilidad cuando se reconoce su autonomía respecto de derechos como la intimidad y el honor, en los que sí cabría debate sobre si corresponde considerar a las personas colectivas como titulares.

En cuanto al alcance del derecho, doctrina y jurisprudencia, coinciden en que la protección constitucional abarca a la comunicación y todo su proceso.

#### **IV.- La limitación del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados.**

---

14 César Eugenio SAN MARTÍN CASTRO, Estudios de Derecho Procesal Penal, La intervención de las comunicaciones telefónicas en el ordenamiento peruano, Página 129, Grijley, Lima, 2012.

Conforme a la Constitución; las comunicaciones, telecomunicaciones, o sus instrumentos; sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados, o intervenidos por mandato motivado del juez, observando las garantías establecidas en la ley.

En la STC del 27 de octubre del 2010, el citado “Caso Alberto Quimper Herrera”, el Tribunal Constitucional al reconocer que el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, como todo otro derecho fundamental, no es absoluto, admite injerencias legales, siempre que se cumplan con ciertas exigencias, las que determina teniendo siempre como base en este tema, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del “Caso Escher y otros vs. Brasil”.

El TC desarrolla exigencias o características que deben presentar las injerencias a las comunicaciones y los documentos privados: **a)** que los casos de injerencias estén previstos en la ley; **b)** que la finalidad de las injerencias sea legítima; y **c)** que las injerencias sean idóneas, necesarias y proporcionales en una sociedad democrática.

La CIDH pone más atención en las exigencias que debe cumplir la ley que regula los casos en los que se puede levantar el secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones: **a)** la injerencia debe estar fundada en ley; **b)** la regulación legal debe ser precisa e indicar reglas claras y detalladas sobre la materia; así debe señalar las circunstancias en que procede la injerencia, las personas autorizadas para solicitarla, ordenarla y llevarla a cabo; el procedimiento a seguir y otros aspectos.

El artículo 2 inciso 10 de la norma fundamental solamente admite un límite al derecho examinado, la intervención judicial, es la única que justifica el levantamiento del secreto y e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, por lo que corresponde examinar sus requisitos constitucionales y de legislación ordinaria.

Es importante comentar los casos de conocimiento de las comunicaciones y los documentos privados por consentimiento de uno de los sujetos, en las comunicaciones, o el titular, tratándose de documentos privados; en estos supuestos no se necesita autorización judicial para la intervención por el tercero.

El Presidente del Poder Judicial César **SAN MARTIN CASTRO**, en su reciente obra, comenta con en la Justicia de los Estados Unidos, en los casos “On Lee v. USA” y “Rathbun v. USA”, se reconoce que la intervención de comunicaciones con el consentimiento de uno de los participantes le da validez y eficacia jurídica, a pesar de la no existencia de autorización judicial; en “López v. USA” se legitimó la aplicación de la teoría de la auto ingerencia o bugging; quien participa en una comunicación asume el riesgo que la otra parte divulgue el contenido, de allí que sea legal que uno de los intervinientes la grabe y la utilice como prueba de cargo; línea que como indica el autor nacional, ha sido seguida en Argentina, en los casos “Hidalgo”, “Macri”, y “Raña” en donde la Corte Suprema de ese país admitió como pruebas las grabaciones ocultas de comunicaciones efectuadas por los denunciados y los periodistas<sup>15</sup>.

**SAN MARTIN** ubica dentro de estos supuestos los distintos casos en los que en el Perú fueron admitidos los “vladivideos” como prueba en los procesos penales, sin embargo considero que el

---

15 *Ibidem*, Página 132.

fundamento fue otro, el que su contenido no estaba protegido por el ámbito del derecho a la intimidad<sup>16</sup>.

Es evidente que el contenido de los “vladivideos” no forma parte del ámbito del derecho a la intimidad, el carácter delictivo, de interés público, de moral pública, entre otros, no permiten que la persona se oponga al conocimiento de la sociedad. Antes bien, el análisis debe realizarse sobre esta práctica judicial va por otro lado: el tipo de documento de los vídeos, público o privado, su posesión lícita o ilícita (requisito de eficacia probatoria de la prueba documental), la oportunidad e intensidad su difusión con relación a la garantía procesal constitucional de la imparcialidad judicial.

#### **V.- Los requisitos de justificación para afectar el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados.**

Se distinguen dos tipos de requisitos que deben observarse para justificar la afectación del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y los documentos privados; constitucionales y ordinarios; cuyo cumplimiento permitirá que las comunicaciones o documentos sean utilizados como actos de investigación, en la instrucción o investigación preparatoria, y actos probatorios en el juicio oral<sup>17</sup>.

Es importante diferenciar los requisitos de relevancia constitucional y los de legalidad ordinaria porque su incumplimiento produce diferentes efectos, puesto que los requisitos constitucionales permitir que las intervenciones a las comunicaciones y los documentos privados sean utilizadas como fuentes de prueba y medios de investigación; y los requisitos de legalidad ordinaria como pruebas en el juicio oral y en la sentencia.<sup>18</sup>

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, en la citada STC del 18 de agosto del 2004, “Caso Rafael Francisco García Mendoza, establece el efecto que genera la violación de los requisitos constitucionales, las comunicaciones o documentos particulares obtenidos por terceros no tienen efecto legal, por constituir de prueba ilícitamente obtenida<sup>19</sup>.

#### **4.1.- Presupuestos constitucionales de la intervención de las comunicaciones y los documentos privados.**

##### **4.1.1) Exclusividad jurisdiccional.**

Conforme al texto constitucional la intervención de las comunicaciones y los documentos privados solamente puede ser consecuencia de una decisión del juez; queda en consecuencia excluida la posibilidad que el Ministerio Público, la Policía Nacional del Perú, las Fuerzas Armadas, el Poder Ejecutivo en general, y menos los particulares, puedan, sin autorización judicial, interceptar comunicaciones o documentos privados.

---

<sup>16</sup> Ibídem, Página 132.

<sup>17</sup> Juan MONTERO AROCA, Obra citada, Páginas 80 y siguientes. En este sentido también César San Martín Castro, Obra citada, Página 135.

<sup>18</sup> Carlos CLIMENT DURÁN, La Prueba Penal, 2º edición, Tomo II, Página 1592, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2005.

<sup>19</sup> SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Proceso de amparo N° 1058-2004-AA/TC, Fundamento 22.

El artículo 2 inciso 10 de la Constitución otorga fundamento constitucional a este presupuesto. Expresamente exige que solamente por “mandamiento motivado del juez” se pueda realizar la intervención de las comunicaciones o documentos privados.

El Código Procesal Penal al regular las medidas de búsqueda de pruebas y restricción de derechos consagra la exigencia constitucional que exclusivamente el juez puede autorizar la intervención de comunicaciones y documentos privados.

Es importante precisar que la exclusividad jurisdiccional significa que el Juez es el único que limita el derecho constitucional, por tanto la autorización y la ejecución deben darse dentro del ejercicio de la función jurisdiccional.

La autorización judicial se dará dentro de un procedimiento efectuado en la investigación preliminar o preparatoria de búsqueda de fuentes de prueba con restricción de derechos, regulado en el Libro Segundo: Actividad Procesal, Sección II: La prueba, Título III: La búsqueda de pruebas y restricción de derechos del Código Procesal Penal del 2004, así como en la legislación complementaria; Ley N° 27379 y Ley N° 27697, también aplicables a los casos todavía regulados por el Código de Procedimientos Penales de 1940.

El hecho es que en el nuevo modelo procesal penal la realización de la investigación del delito corresponde al Ministerio Público (incluso con base constitucional, artículo 159 inciso 4) y por tanto, como dice **SAN MARTÍN**<sup>20</sup>, el juez no puede realizar un control directo de la ejecución de la autorización. Ello no puede por otro lado significar, como se reitera, desconocer la misión del Juez de tutela de asegurar que la ejecución de la medida de búsqueda de fuentes de prueba no viole derechos fundamentales.

#### **4.1.2) Auto motivado del Juez.**

El artículo 2 inciso 10 de la Constitución establece el requisito del “mandamiento motivado del juez”.

Dado el objeto de la resolución judicial, esta tiene que ser un auto<sup>21</sup>.

En este requisito constitucional el tema central es la motivación que debe contener el auto que levanta el secreto de las comunicaciones o los documentos privados.

La motivación no es un requisito de forma. Me parece claro que para ser exigido constitucionalmente, es una garantía procesal constitucional “necesaria para poder sacrificar un derecho fundamental”<sup>22</sup>; el auto debe contener las razones jurídicas del juez para justificar levantar la prohibición de inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados.

El tipo de motivación no aparece en el texto constitucional por lo que exige un desarrollo legislativo y jurisprudencial.

---

20 César Eugenio SAN MARTÍN CASTRO, Obra citada, Página 136.

21 Juan MONTERO AROCA, Obra citada, Páginas 116 y siguientes. También, César San Martín Castro, Obra citada, Página 136 y siguientes

22 Juan MONTERO AROCA, Obra citada, Páginas 131.



La resolución judicial que autoriza la intervención de comunicaciones ha de establecer los fundamentos fácticos; el juicio de probabilidad del delito, la intervención del autor, y el empleo de un medio de comunicación, cuyo conocimiento del contenido será útil para la investigación y los fundamentos jurídicos; el juicio de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad; que motivan la decisión de levantamiento del secreto de las comunicaciones o de la documentación privada; debiendo hacerse expresa referencia al tipo de medio de comunicación o de documentación privada que se va a controlar, la persona investigada o el tercero afectado, el hecho delictivo investigado, el plazo del control y respetar otros requisitos que establezca la ley procesal<sup>23</sup>.

En este requisito constitucional se trabaja sólo con la fundamentación fáctica y especialmente sobre la base probatoria que justifica la autorización judicial de control de las comunicaciones y documentos privados, los otros elementos que corresponden más a la fundamentación jurídica se tratan aparte.

El artículo 203 del Código del 2004 de forma general establece que las medidas de búsqueda de fuentes de prueba que impliquen afectación de derechos, como las de control de comunicaciones y documentos privados, interceptación e incautación postal, intervención de comunicaciones y telecomunicaciones, incautación de documentos privados; exigen que el juez haya verificado la existencia de suficientes elementos de convicción y la proporcionalidad de la medida.

En el caso de la interceptación e incautación postal se señala que su objeto pueden ser cartas, pliegos, valores, telegramas u otras comunicaciones similares, dirigidas al imputado o remitidas por él, incluso empleando simulación de personas, en este supuesto se requieren especiales circunstancias que permitan presumir que el tercero que figura como remitente o destinatario es simulado, pues en realidad se trataría del imputado. (Art. 226 inc. 1 del C.P.P.).

En el caso de la intervención de comunicaciones y telecomunicaciones hay una mayor exigencia respecto de la motivación, se exige que el juez haya verificado suficientes elementos de convicción de la comisión de un delito sancionado con pena superior a los 4 años de privación de la libertad y la necesidad de la medida para continuar la investigación. (Art. 230 inc. 1 del C.P.P.).

Si la medida comprenderá las comunicaciones de personas no investigadas, el juez debe verificar la concurrencia de datos objetivos determinados que le permiten establecer como probable que reciben o tramitan por cuenta del investigado comunicaciones vinculadas con el delito o la intervención del investigado, esto es, con el objeto de la investigación, o que el investigado utiliza las comunicaciones de los terceros afectados con la medida. (Art. 230 inc. 2 del C.P.P.)

En el caso de la incautación de documentos privados se señala que los elementos de convicción deben permitir al juez establecer la utilidad para la investigación, de los documentos privados, libros, comprobantes, documentos contables, hallados en poder del investigado o intervenido, en el lugar objeto de inspección o allanamiento. (Arts. 232 y 234 del C.P.P.)

**MONTERO AROCA** afirma que en cuanto a los indicios que sirven para establecer el juicio de probabilidad de hechos o circunstancias importantes para el objeto de la investigación, pues en este caso el juez verifica utilidad, por ejemplo los exigidos para la incautación de documentos

---

23 Carlos CLIMENT DURÁN, Obra citada, Página 1644.

privados; y los indicios que permiten al juez alcanzar un juicio de probabilidad del delito o la intervención del investigado, que se exigen para la interceptación de comunicaciones<sup>24</sup>.

**SAN MARTIN CASTRO** explica que la fundamentación fáctica del auto corresponde a los hechos respecto de los que deben existir indicios, el juez debe establecer circunstancias concretas que permitan sospechar, mejor dicho formular un juicio de probabilidad, que mediante el teléfono cuya intervención se solicita, en caso de comunicaciones por esa vía, se efectuarán llamadas vinculadas con el delito investigado, útiles para el objeto de la investigación<sup>25</sup>.

Advierte el procesalista nacional, coincidiendo con la postura asumida en este punto, que la clave es el juicio de probabilidad, la causa probable de la jurisprudencia de los Estados Unidos, una probabilidad razonada, fundada objetivamente, que a través de la comunicación interceptada se obtendrá información útil para descubrir el delito objeto de la investigación, la medida puede alcanzar, por ejemplo a terceros, siempre que el juicio de probabilidad permita establecer que el investigado utiliza el medio de comunicación que se ordena controlar<sup>26</sup>.

El juicio factico del auto motivado, se forma con la concurrencia de indicios suficientes que hacen posible que una persona esté implicada en la comisión de un delito y que a través de la intervención de las comunicaciones es probable que se pueden obtener fuentes de prueba sobre el delito y los intervinientes<sup>27</sup>.

El auto de control de las comunicaciones debe basarse en una concurrencia de indicios que permiten establecer como posible, la sospecha razonada, que el investigado a intervenido en el delito objeto de investigación.

Con la exigencia de los indicios se excluye; la pesquisa, la intervención basada en sospechas y las meras afirmaciones policiales<sup>28</sup>.

Advierte **CLIMENT DURAN**, gran maestro de la teoría de la prueba, que la determinación de los indicios cuya concurrencia habilita al juez a levantar el secreto de las comunicaciones “exige aplicar un cierto grado de atención para impedir abusos o arbitrariedades”, incluso comenta como el propio Tribunal Supremo Español reconoce que no es un tema pacífico<sup>29</sup>.

Se pueden fijar las siguientes características de los indicios que fundamentan el auto de control de las comunicaciones:

#### § Exigencia probatoria reducida<sup>30</sup>.

El nivel probatorio o de conocimiento de los hechos que permiten alcanzar al juez estos indicios no puede ser de la misma intensidad que la prueba indiciaria que sirve para la sentencia (no llegan a la certeza), o para un auto cautelar de prisión preventiva (no llegan a la probabilidad

---

24 Juan MONTERO AROCA, Obra citada, Páginas 147 y 148.

25 César SAN MARTÍN CASTRO, Obra citada, Página 137.

26 *Ibidem*.

27 Carlos CLIMENT DURÁN, Obra citada, Página 1652.

28 Juan MONTERO AROCA, Obra citada, Página 148.

29 Carlos CLIMENT DURÁN, Obra citada, Página 1658.

30 *Ibidem*, Páginas 1659 a 1662.

cualificada), ni siquiera alcanzar a ser los indicios suficientes del auto de procesamiento penal (no forman causa probable) de la comisión del delito o de la intervención del investigado, plantea **CLIMENT DURAN**; porque hay que tener en cuenta que se trata de una medida de búsqueda de fuentes de prueba que se realiza en la investigación y que no han permitido aún, en la investigación preliminar formar causa probable, y en la investigación preparatoria sustentar una acusación, caso contrario no sería necesaria la intervención de las comunicaciones<sup>31</sup>.

Ahora bien la intensidad de los indicios sí aumenta respecto del otro extremo de la fundamentación fáctica, el control de la comunicación del investigado o de un tercero, permitirá encontrar fuentes de prueba del delito y de los intervinientes, aquí sí se exige probabilidad o causa probable a fin de poder efectuar el juicio de proporcionalidad, esto es justificar la necesidad de afectar el derecho fundamental, máxime si como pasó en el “Caso del Congresista Galarreta”, los usuarios son terceros respecto de los cuales han que asumir que el investigado usó o utiliza, directa o indirectamente, para cometer el delito objeto de investigación.

Respecto de los indicios que constituyen el fundamento fáctico del requisito constitucional auto motivado, hay que distinguir: los que se refieren al delito, autor o partícipe, que deben permitir formar un juicio de posibilidad, de los que establecen en que con el control de la comunicación o documentos privados, se encontrarán fuentes de prueba sobre los hechos que forman el objeto de la investigación, aquí los indicios deben permitir alcanzar un juicio de probabilidad.

§ Indicios superiores a las simples especulaciones o conjeturas<sup>32</sup>.

La característica anterior de los indicios no debe llevar a confundirlos con conjeturas o simples suposiciones; no son indicios la intuición, el subjetivismo “huérfano de datos fácticos objetivos y concretos que la fundamenten”.

Exclusión de las pesquisas significa que la medida de control de comunicaciones o documentación privada no puede utilizarse para la búsqueda de un delito en abstracto, sino determinado, hechos establecidos indiciariamente, no el rumor de la posible implicancia en el delito que recoge la Policía o la Fiscalía<sup>33</sup>.

Esta característica de los indicios que justifican un auto de control de comunicaciones no se satisface con un nombre que aparezca en la lista de teléfonos del investigado, acompañado de un relato policial sin indicios que los respalden. El solo requerimiento de levantamiento del secreto de las comunicaciones no permite formar juicio de posibilidad del delito ni de los interviniente y mucho menos un juicio de probabilidad respecto a si el teléfono fue o es utilizado, directa o indirectamente, por el investigado para cometer el delito, o que permitirá el hallazgo de fuentes de prueba<sup>34</sup>.

Las conjeturas son menos que las sospechas, no se refieren a un hecho concreto, ejemplo, un requerimiento fiscal que se basa en la información policial que “Nariz gruesa”, sujeto no

---

31 *Ibidem*, Página 1659.

32 *Ibidem*, Página 1662.

33 Juan MONTERO AROCA, *Obra citada*, Páginas 148 y 149.

34 Juan MONTERO AROCA, *Obra citada*, Páginas 148 y 149.

identificado plenamente, es un traficante de drogas; la exigencia de indicios no permitiría que se adopte en este caso una medida de control de comunicaciones<sup>35</sup>.

#### § Indicios con base objetiva<sup>36</sup>.

Acorde con la característica anterior, los indicios tienen por objeto hechos bases que, en los términos ya explicados, permitirán a partir de la aplicación de una regla de experiencia, técnica o ciencia, extraer un argumento probatorio que permitirá determinar el hecho presunto, en el grado de posibilidad respecto del delito y la intervención del investigado; en el grado de probabilidad sobre que el medio de comunicación a intervenir fue o es usado, directa o indirectamente para la comisión del delito y por ende la apertura permitirá hallar fuentes de prueba.

Esta mínima exigencia probatoria es la que justifica la afectación del derecho al secreto de las comunicaciones y documentos privados, de no observarse el derecho quedaría vacío como se advierte el Tribunal Constitucional Español en la STC 49/ 1998, Fundamento 8<sup>37</sup>.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos igualmente exige esta característica de los indicios para justificar las intervenciones de las comunicaciones, conforme a la sentencia del 6 de septiembre de 1978 dictada en el “Caso Klass” y en la sentencia del 15 de junio de 1992 dictada a partir del “Caso Lüdi”.<sup>38</sup>

En la línea ya desarrollada al explicar la exigencia probatoria reducida, el Tribunal Supremo Penal Español hace referencia a indicios inferiores a los indicios de criminalidad, esto es, a los que permiten la apertura de proceso penal o la formalización de investigación preparatoria; así se puede apreciar en: la STS1564/ 1997 del 29 de diciembre; la STS 288/1998 del 26 de febrero; la STS 1157/2000 del 18 de julio; y la STS 844/2002 del 13 de mayo<sup>39</sup>.

Y así mismo a indicios de nivel intermedio, situados por encima de las especulaciones y debajo de los indicios necesarios para el procesamiento penal, conforme se advierte; en la STS 533/1999 del 29 de marzo; en la STS 1001/2002 del 24 de mayo; en la STS 200/2003 del 15 de febrero; y en la STS 206/2003 del 17 de febrero<sup>40</sup>.

Dada la incidente que tiene sobre el tema de prueba, vale la pena este momento para advertir el conflicto que existiría entre la Ley N° 27697 que conforme a su artículo 1, luego de establecer que es una norma de desarrollo constitucional de la potestad del juez de control de las comunicaciones y documentos privados del artículo 2 inciso 10, precisa los delitos que pueden motivar tales medidas cautelares o de tutela provisional<sup>41</sup>; y el artículo 230 inciso 1 del Código Procesal Penal que admite la intervención o grabación o registro de comunicaciones telefónicas o de otras formas de

---

35 *Ibidem*, Páginas 149 y 150.

36 Carlos CLIMENT DURÁN, *Obra citada*, Páginas 1662 a 1665.

37 *Ibidem*, Página 1664.

38 *Ibidem*.

39 *Ibidem*, Páginas 1665 y 1666.

40 *Ibidem*, Páginas 1666 y 1669.

41 Por razones de orden no asumo posición en este artículo sobre si se justifica o no la diferencia entre medidas cautelares y de protección provisional, solamente adelanto que un concepto amplio de medidas cautelares como instrumentos para asegurar los diversos fines o necesidades del proceso, haría innecesaria la figura de las medidas provisionales de protección.

comunicación en todos los casos por delitos sancionados con una pena superior a los 4 años de privación de la libertad.

Un ejemplo de la diferencia de la regulación de las dos leyes en conflicto es el homicidio doloso, en su figura simple y en las agravadas la pena abstracta es superior a los 4 años, sin embargo la Ley N° 27697 no permitiría el uso de las medidas de control de las comunicaciones y documentos privados salvo el supuesto de realización como actividad de una organización criminal, lo que no admitiría su empleo en el “Caso de Eva Bracamente y Liliana Castro”, en el que supongamos la interceptación de las comunicaciones telefónicas con su abogado<sup>42</sup>.

Si se trata de normas de igual jerarquía, el conflicto se soluciona con la regla de la ley posterior; esta prima sobre la anterior; sin embargo es necesario tener en cuenta que la Ley N° 27697 del 12 de abril del 2002, fue modificada por la Ley N° 28950 del 16 de enero del 2007 y por el Decreto Legislativo N° 991 del 22 de julio del 2007, ambas posteriores al Código del 2004.

Al comparar las modificaciones al artículo 1 de la Ley que otorga facultad al fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en caso excepcional, que es el que interesa en el tema tratado, resulta que las modificaciones significaron cambios de los delitos cuyas investigaciones o procesos permiten la utilización de este tipo de medidas cautelares o de tutela provisional.

No se puede considerar, por lo menos en este punto, a la Ley que otorga facultad al fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en caso excepcional, anterior al Código Procesal Penal, por lo que la regla de la ley posterior determina que aquélla modificaría el artículo 230 inciso 1, es decir, que el juicio de probabilidad es respecto a la comisión e intervención del investigado en alguno de los delitos que permiten el control de las comunicaciones y telecomunicaciones.

Recuérdese adicionalmente que la ley comentada es de desarrollo constitucional, esto es forma parte del bloque de constitucionalidad, no así el Código Procesal Penal que en nuestro sistema constitucional no tiene la categoría de ley orgánica, que igualmente pertenece a aquél, sino de ley ordinaria.

Si trabaja con la regla de la jerarquía normativa, a pesar que el Tribunal Constitucional<sup>43</sup>, equivocadamente en mi opinión, no admite diferencia por jerarquía entre las leyes ordinarias, las orgánicas y las de desarrollo constitucional, la Ley que otorga facultad al fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en caso excepcional, al formar parte del bloque constitucional como ley de desarrollo constitucional, no permitiría considerarla de menor jerarquía que el Código del 2004.

La Constitución de 1993 no reserva como materia de ley orgánica a los códigos, salvo el Código Procesal Constitucional conforme al artículo 200.

---

42 El tema de la inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor, sus límites, es de gran trascendencia, me comprometo a tratarlo en extenso en otra oportunidad.

43 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Proceso de inconstitucionalidad, Expediente N° 008-2005-AI, Sentencia del 12 de agosto del 2005, Fundamento jurídico 9.

Al mismo resultado se llega utilizando la regla de la especialidad, al ser más específica la Ley que otorga facultad al fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en caso excepcional, que el Código Procesal Penal del 2004.

Así lo entendería el Legislador al seguir manteniendo un sistema cerrado, con delitos expresamente señalados, para los casos en los que se puede utilizar la intervención de comunicaciones, a pesar de la mayor amplitud de la fórmula del Código que con el criterio de pena abstracta mayor a los 4 años de privación de la libertad admite figuras delictivas no previstas en la ley especial.

#### **4.1.3) Prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio.**

Aquí se desarrolla la fundamentación jurídica del auto motivado, pues su significado e importancia hacen que se le trate como otro requisito constitucional.

El principio de proporcionalidad en sentido amplio o prohibición de exceso tiene un presupuesto formal; el principio de legalidad; y un presupuesto material; el principio de justificación teleológica.<sup>44</sup>

El principio de legalidad exige que las medidas de control de las comunicaciones estén previstas en la ley, lo que se satisface en el ordenamiento procesal penal peruano a través del Código Procesal del 2004, principalmente, y la Ley N° 27697 más sus modificatorias.

Las medidas de control de comunicaciones y documentos privados típicas, regulas por ley, son las siguientes:

- Interceptación, incautación y apertura de documentación postal.
- Intervención, grabación, o registro de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación.
- Aseguramiento e incautación de documentos privados.

El principio de justificación teleológica exige que el levantamiento de la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados responda a un fin legítimo del Estado de Derecho; existen ciertos fines sociales, reconocidos como valores por la Constitución, que justifican la afectación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y documentación privada.

El principio de proporcionalidad, entendido como prohibición de exceso de las potestades o funciones del Estado, en este caso de la jurisdiccional, desarrolla tres sub principios: de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o proporcionalidad del sacrificio.<sup>45</sup>

#### **§ Idoneidad.**

La adopción de una medida de control de las comunicaciones o documentos privados, por ser limitativa de un derecho fundamental, exige que el juez realice un riguroso examen sobre su idoneidad para alcanzar el fin perseguido, esto es la búsqueda de fuentes de prueba a través de la

---

44 María Lourdes NOYA FERREIRO, Obra citada, Páginas 147 y 148.

45 Ibídem, Página 150.

intervención en el ámbito de las comunicaciones o documentación privada del investigado. De no verificarse la idoneidad no se justificaría la afectación del derecho<sup>46</sup>.

El Juez tiene que comprobar si la medida, por ejemplo, de intervención de las comunicaciones telefónicas es idónea para averiguar la realización del delito, sus circunstancias y la culpabilidad (procesal) del investigado, esto es, obtener fuentes de pruebas<sup>47</sup>.

La idoneidad o eficacia de la medida debe valorarse en relación a tres requisitos: **a)** por su naturaleza debe ser la más apta para la obtención de fuentes de prueba; **b)** la duración debe estar en estrecha relación con la finalidad, es decir, que el tiempo de duración permitirá la búsqueda de fuentes de prueba; y **c)** el sujeto al que se dirige la medida debe ser perfectamente identificado<sup>48</sup>.

### § Necesidad.

La necesidad de una medida de control de las comunicaciones o documentos privados significa que el Juez haya efectuado un riguroso examen a fin de determinar; o que es la única que permitiría alcanzar la finalidad, búsqueda de fuentes de prueba; o que entre las diversas alternativas de medios de investigación es la menos gravosa para los derechos fundamentales del investigado o del tercero que será afectado con la medida<sup>49</sup>.

**MONTERO AROCA** apunta que el significado de necesidad equivale a subsidiaridad, como varios autores prefieren denominar a este sub principio, insistiendo en que la intervención de las comunicaciones “tiene que ser el único medio por el que se puede descubrir la existencia del delito o de sus circunstancias”, o en todo caso “el que sacrifica menos los derechos fundamentales del investigado”; esto último supone que el Juez haya comprobado que los otros medios posibles de investigación no ofrecen las mismas garantía para lograr la finalidad de búsqueda de fuentes de prueba.<sup>50</sup>

La intervención de las comunicaciones o documentación privada debe ser indispensable para la investigación, pues si se adopta sin que sea esencial o existiendo otros medios de investigación menos gravosos para los derechos fundamentales, no cumplirá con el requisito constitucional de proporcionalidad<sup>51</sup>.

**CLIMENT DURAN**, siempre en base a la jurisprudencia del Tribunal Supremo Penal de España, al que siempre es válido recurrir por la notoria influencia que tiene en la jurisprudencia ordinaria y constitucional en el Perú, explica que el juicio de necesidad significa que el juez se ha proyectado, por ejemplo sobre la intervención telefónica, y a determinado que es imprescindible para descubrir el delito, y que no existe otro medio de investigación menos traumático para los derechos fundamentales del investigado, igualmente eficaz. (STS 609/1997 del 6 de mayo)<sup>52</sup>.

---

46 *Ibíd.* Del mismo modo, Carlos Climent Durán, Obra citada, Páginas 1729 y 1730. También, César San Martín Castro, Obra citada, Página 138.

47 María Lourdes NOYA FERREIRO, Obra citada, Página 150.

48 *Ibíd.*

49 *Ibíd.* Página 151. Del mismo modo, César San Martín Castro, Obra citada, Página 138.

50 Juan MONTERO AROCA, Obra citada, Páginas 167 y 168.

51 María Lourdes NOYA FERREIRO, Obra citada, Página 151.

52 Carlos CLIMENT DURÁN, Obra citada, Página 1730.

La idea de necesidad va unida a la de imprescindibilidad o insustituibilidad; no es posible otro medio de investigación para descubrir el hecho delictivo o vincular al sospechoso. (STS 498/2003 del 24 de abril)<sup>53</sup>.

La necesidad tiene conexión con la complejidad de la investigación; mientras más compleja es ésta mayor la necesidad de la intervención de las comunicaciones o la documentación privada. (STS 672/2001 del 11 de abril)<sup>54</sup>.

A partir de estos criterios se puede establecer los casos en los que no procede recurrir al control de las comunicaciones o documentación privada, cuando no hay necesidad; casos de flagrancia o cuando hay otras fuentes de prueba suficientes (STS 533/1999 del 29 de marzo)<sup>55</sup>.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la STEDH del 25 de marzo de 1983 dictada en el “Caso Silver y otros”, desarrollando en contenido del artículo 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, afirma que en una sociedad democrática las medidas como la intervención de comunicaciones tienen que ser necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden, la prevención de delitos, la protección de los derechos y libertades de los demás; línea que mantiene en los casos; “Gillow” STEDEH del 24 de noviembre de 1986; “Schönenberger y Durmaz” STEDEH del 20 de junio de 1988; y “Norris” STEDEH del 26 de octubre de 1988; afirma que este tipo de medios de investigación debe ser necesaria, es decir, responder a una exigencia social imperiosa, pero sobre todo proporcional a la legítima finalidad perseguida, siempre teniendo en cuenta el derecho fundamental y ponderar su menor afectación posible<sup>56</sup>.

## § Proporcionalidad en sentido estricto.

La proporcionalidad en sentido estricto se cumple cuando las medidas de control de las comunicaciones y documentos privados responden a un correlato entre el tipo de medida, duración, extensión, con la naturaleza, gravedad y trascendencia social del delito objeto de investigación<sup>57</sup>.

María Lourdes **NOYA FERREIRO** señala que es necesario al decidir la implementación de una medida de control, el comprobar si se justifica el sacrificio del derecho al secreto de las comunicaciones de una persona respecto del interés estatal que se trata de proteger<sup>58</sup>.

El TEDH en los casos “Kruslin” y “Huvig” insiste en recordar que las medidas de intervención de las comunicaciones y documentos privados solamente pueden emplearse en investigaciones por delitos graves, para lo cual los sistemas legales optan, o por hacer un catálogo de delitos, o por el marco de pena abstracta<sup>59</sup>.

Vuelve a tomar importancia el conflicto, al menos aparente, ya comentado, entre el Código Procesal Penal y la Ley que otorga facultad al fiscal para la intervención y control de

---

53 *Ibíd.*

54 *Ibíd.*, Página 1731.

55 *Ibíd.*, Páginas 1731 y 1732

56 Juan MONTERO AROCA, Obra citada, Página 167. Del mismo modo, María Lourdes Noya Ferreiro, Obra citada, 152.

57 Juan MONTERO AROCA, Obra citada, Página 172.

58 María Lourdes NOYA FERREIRO, Obra citada, 153.

59 Juan MONTERO AROCA, Obra citada, Página 173.



comunicaciones y documentos privados en caso excepcional; el primero opta por el sistema de la pena abstracta y la segunda por el catálogo de delitos, con resultados diferentes y hasta contradictorios, porque haciendo una interpretación teleológica de la ley, podría considerarse que los delitos graves que justifican el tipo de medidas analizadas, son los que se cometen a través de organizaciones criminales, criterio que no aparece como factor de determinación de los casos de procedencia en el Código del 2004.

Debe existir proporcionalidad entre la afectación del derecho al secreto de las comunicaciones y documentación privada, con la medida de control, y esta solamente se alcanza cuando está destinada a ser un medio de investigación de delitos graves (STS 1596/1997 del 19 de diciembre)<sup>60</sup>.

En Alemania, Italia y Francia, con dificultad en España, los delitos graves se establecen a través del sistema de catálogo, no el de pena abstracta, que no responde de igual medida a la exigencia de proporcionalidad estricta, el nivel de afectación del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados sólo se justifica en el caso de los delitos más graves, en esta línea la Ley que otorga facultad al fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en caso excepcional, más allá si el catálogo es el adecuado, sería de mejor técnica que la del artículo 230 inciso 1 del Código Procesal Penal, que ojo, no se reitera para otras medidas de control distintas a la intervención de comunicaciones y telecomunicaciones.

#### **4.1.4) Especialidad.**

Para entender este requisito constitucional hay que diferenciar entre especialidad en sentido estricto y el descubrimiento de hechos casuales<sup>61</sup>.

Especialidad en sentido estricto significa que la medida de control de las comunicaciones o documentos privados es proporcional, si en el auto motivado se especifican los delitos, el delito que establecen como de posible comisión y la persona que sería el autor. Recuérdese que las intervenciones tratadas no sirven para pesquisas, “cazar” o pescar” delitos o autores en general, sin juicio de posibilidad indiciario que individualice o identifique como sospecha fundada.

Si no se cumple el requisito de la especialidad la medida de control es nulidad y su resultado carece de eficacia probatoria<sup>62</sup>.

Se discute los casos de teléfonos en casas familiares, pensiones, lugares públicos, como una discoteca, una empresa; aquí la especialidad se respeta fijando las personas sospechosas o las terceras afectadas, a fin que en la ejecución se preserve el secreto de las comunicaciones de los que no corresponde afectar.

En el “Caso Kruslin” STEDH del 24 de abril de 1990 se presentó el problema de los hechos casuales; la autorización del juez de era el descubrimiento de fuentes de prueba respecto del asesinato del “Caso Barón” y se descubren posibles autores de otro asesinato “Caso La Garde d’Or”; a partir de este caso se ha desarrollado doctrina sobre los hechos casuales que aún está en discusión.

---

60 Carlos CLIMENT DURÁN, Obra citada, Página 1738.

61 Juan MONTERO AROCA, Obra citada, Página 180.

62 Ibidem, Página 181.

En el estado actual de la discusión, el hecho conocido tiene valor procesal, así como el soporte que lo grabó, existiendo una autorización judicial que no abarca a las personas ni al hecho descubierto casualmente, pero no puede hablarse de prueba; si en cambio de una noticia criminal y de un tema probatorio que tiene que ser objeto de investigación y recolección de fuentes de prueba.

Los requisitos de legalidad ordinaria, principalmente de procedimiento, se encuentran en el Código del 2004 y la Ley que otorga facultad al fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en caso excepcional.

## **VI.- Conclusiones.**

Las medidas de control de comunicaciones y documentos privados, sobre todo las primeras, aún se encuentran en plena evolución jurisprudencial, como se apreció en el “Caso del Congresista Galarreta”; es evidente los problemas de motivación del auto, asumo la postura de desconocimiento, falta de experiencia o una práctica muy flexible tolerada institucionalmente, no creo en la mala fe de los distintos operadores jurídicos que intervinieron.

Llama poderosamente la atención el poco cuidado al alcance de la prerrogativa constitucional de la inmunidad de los congresistas.

La Constitución en el artículo 93 último párrafo reconoce el privilegio constitucional de la inmunidad a los parlamentarios, en dos modalidades; inmunidad de procesamiento penal, e inmunidad de arresto.

La inmunidad de procesamiento penal exige que no pueda ejercerse acción penal y abrir proceso penal contra el congresista, mientras que a través de un proceso constitucional de antejuicio no se haya levantado la inmunidad y autorizado la persecución penal mediante la resolución acusatoria de contenido penal que se señala en el artículo 100 de la Ley Fundamental.

La inmunidad de procesamiento penal, que debe interpretarse restrictivamente porque restringe la potestad constitucional de acción penal del Ministerio Público, no impide que éste realice una investigación o procedimiento preliminar que de sustento a una eventual denuncia constitucional que promueva el inicio del antejuicio.

La Ley N° 27399 del 13 de enero del 2001 en el artículo 1, reconoce, no autoriza, a que el Fiscal de la Nación pueda iniciar una investigación preliminar, por eso careció de justificación legal que no continúe la que se realizaba contra el ex Vicepresidente de la República y actual Congresista Omar Chehade Moya.

El problema que surge con esta ley ordinaria, no se señala que es de desarrollo constitucional como si se hace con la Ley N° 27697, es que en el 2 se indica que en la investigación preliminar se pueden utilizar medidas limitativas de derechos o cautelares anteriores al proceso penal, respecto de todos los altos funcionarios públicos que también gozan del privilegio de la inmunidad conforme al artículo 99 de la Constitución, excluyéndose a los Congresistas.

Según el artículo 2 de la Ley N° 27399 en las investigaciones preliminares contra parlamentarios no se podría, por ejemplo, de interceptación telefónica, la cuestión es cuál es la base

jurídica para tan diferente y conveniente tratamiento, teniendo en cuenta que el Congreso da las leyes.

La inmunidad de procesamiento no puede ser el fundamento, solamente limita el ejercicio de la acción penal al término de la investigación preliminar.

La inmunidad de arresto es la prohibición que manda que el congresista no puede ser privado de la libertad sin previa autorización del Congreso; básicamente impide la detención en caso de flagrancia por delito común, admitiendo otros supuestos.

La inmunidad de arresto no requiere de desarrollo jurisprudencial, no lo establece así el artículo 93. Considero que el Congreso ha extralimitado sus funciones y que la ley comentada es inconstitucional porque vía ley ordinaria está ampliando, sin modificación constitucional, la prerrogativa de la inmunidad, incluso entrando en conflicto con el artículo 10 del Código Penal, que exige el principio de máxima taxatividad para los privilegios constitucionales, no solamente respecto de quienes lo gozan, sino los supuestos y alcances.

