

# UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

BIBLIOTECA



## PROCESO DE DIGITALIZACIÓN DEL FONDO BIBLIOGRÁFICO DE LA BIBLIOTECA DE DERECHO

GESTION 2017

Nota importante para el usuario:

“Todo tipo de reproducción del presente documento siempre hacer mención de la fuente del autor y del repositorio digital para evitar cuestiones legales sobre el delito de plagio y/o piratería”.

La dirección de la Biblioteca



**UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**  
**CARRERA DE DERECHO**



Acreditada por Resolución  
CEUB No. 1126/02

**MONOGRAFÍA**

**“ANÁLISIS DEL ART. 111 DE LA LEY GENERAL DE  
TELECOMUNICACIONES, PROPUESTA PARA LA INTERVENCIÓN DEL  
JUEZ DE GARANTÍAS EN CONSONANCIA CON EL ART. 25 DE LA NUEVA  
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO”**

**INSTITUCIÓN : FISCALÍA DE DISTRITO - LA PAZ**

**POSTULANTE: ELSA MÓNICA PALMA ALTAMIRANO**

LA PAZ - BOLIVIA  
2011

## RESUMEN

Después de la sanción y promulgación de la Ley de Telecomunicaciones, Tecnología de Información y Comunicación N° 164 de fecha 8 de agosto de 2011 en su art. 111 parágrafo I desde una lectura y análisis gramatical del referido parágrafo se infiere que la autoridad pública, legítima y legalmente constituida podrá ingresar al proceso de las comunicaciones e iniciar en base a la información obtenida un proceso de investigación.

Es en este contexto que la presente investigación monográfica detalla en que consisten las intervenciones y escuchas telefónicas, sus clases, los requisitos que deben contener estas medidas para ser aplicadas por los tribunales como prueba documental; recoge las experiencias legislativas y jurisprudencia internacional referidas a este tipo de intervenciones especiales bajo la tutela del órgano judicial como requisito esencial. Sin dejar de considerar el reconocimiento nacional e internacional del derecho a la privacidad y al secreto de las comunicaciones plasmados en tratados y convenios su jerarquía constitucional en Bolivia; las Directivas emanadas del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea relativa al tratamiento de la intimidad y sus limitaciones en el sector de las Telecomunicaciones.

Para finalmente como un aporte a la discusión proponer la modificación al referido parágrafo I del art. 111 contenida en la Ley N° 164 para que sea solo a través de una autoridad jurisdiccional del Juez como garante de nuestros derechos la facultad de autorizar en algunos casos clara y previamente delimitados en intervenir temporal, fundada y excepcionalmente sobre ese derecho en concordancia con el art. 25 de la NCPE.

*De no estar tú*

*demasiado grande*

*sería el bosque.*

*Poema japonés (jūku)*

## **AGRADECIMIENTO**

Aprovecho esta oportunidad para agradecer a Jehová Dios, a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Carrera de Derecho y a la Fiscalía Departamental de La Paz particularmente a la División Homicidios. Expreso mi reconocimiento a dichas instituciones que me brindaron la oportunidad de adquirir conocimiento y experiencia a través de la práctica.

Mención especial para los sacrificados y queridos compañeros Richard Almaraz y Elsa Peralta.

# ÍNDICE

Pág.

Dedicatoria.....	
Agradecimiento.....	
Índice .....	
Prologo .....	
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	
<b>1. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN MONOGRÁFICA.....</b>	<b>1.</b>
Elección del tema de la monografía. ....	1
Fundamento o justificación del tema.....	1
Delimitación temática. ....	2
Delimitación temporal. ....	2
Delimitación espacial. ....	2
Planteamiento del problema .....	3
Definición de los objetivos .....	3
a). Objetivo General. ....	3
b). Objetivos específicos. ....	4
Estrategia metodológica y Técnicas de investigación Monográfica. ....	4
a). Métodos a utilizarse en la investigación monográfica.....	4
Método deductivo. ....	4
Método descriptivo.....	4
Método dialectico. ....	5
b). Técnicas a utilizarse en la investigación monográfica .....	5
<b>CAPÍTULO I</b>	
<b>ANTECEDENTES HISTÓRICOS</b>	
.....	6
<b>CAPÍTULO II</b>	
<b>ANTECEDENTES CONCEPTUALES</b>	
2.1. Teoría Negativa. Sus fundamentos .....	8

2.2. La teoría positiva. Sus fundamentos. ....	9
2.3. Caracteres de los derechos de la personalidad. ....	11
2.4. El derecho a la intimidad como derecho de la personalidad, concepto. ....	13
2.5. Diferencia entre intimidad y privacidad .....	13
2.6. Concepto de intervención telefónica .....	16
2.7. Clases de intervención telefónica por su origen: .....	17
2.7.1. Intervenciones de origen judicial. ....	17
2.7.2. Intervenciones de origen administrativo.....	23
2.8. Naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a las escuchas. .	24
2.8.1. Sistema de delitos taxativamente enunciados. ....	25
2.8.2. Sistema de la escala penal con mínimos y máximos. ....	25
2.8.3. Sistema mixto. ....	25

### **CAPÍTULO III**

#### **RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DEL DERECHO A LA PRIVACIDAD Y AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES**

3.1. Jerarquía constitucional de los Tratados y Convenios en Bolivia. ....	27
3.2. Las limitaciones al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones:.....	31
3.3. Convenio Europeo de Derechos Humanos (C.E.D.H.) .....	31
3.4. Directiva 97/66/CE de 15 de diciembre de 1997 y Directiva 95/46/CE de 24 de octubre de 1995 del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones. ....	33

### **CAPITULO IV**

#### **LA EFICACIA PROBATORIA DE LAS DISPOSICIONES DE INTERVENCIÓN Y ESCUCHAS TELEFÓNICAS SU REGULACIÓN EN LA SISTEMÁTICA JURÍDICA INTERNACIONAL**

4.1. Experiencia en la legislación Chilena. ....	36
4.2. Experiencia en la legislación Argentina.....	41
4.3. Experiencia en la legislación de Guatemala y demás países .....	38

4.4. La escucha telefónica como prueba documental .....	41
---	----

## **CAPÍTULO V**

### **LEGITIMIDAD DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA DE LAS INTERCEPTACIONES EN CONSONANCIA CON LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL.**

5.1. El llamado control judicial .....	44
5.2. Discrecionalidad del juez. ....	44
5.3. Principios doctrinarios y procesales que informan el auto que autoriza las interceptaciones o escuchas telefónicas. ....	46
5.3.1. Principio de legalidad. ....	46
5.3.2. Principio de motivación o fundamentación. ....	46
5.3.3. Principio de necesidad, ....	48
5.3.4. El principio de idoneidad. ....	48
5.3.5. Principio de subsidiaridad. ....	49
5.3.6. Principio de proporcionalidad. ....	49
5.3.7. Principio de especialidad. ....	50
5.3.8. Principio de exclusividad jurisdiccional. ....	51
5.3.9. Principio de exclusividad probatoria. ....	51
5.3.10. Principio de excepcionabilidad. ....	51
5.3.11. Principio de limitación temporal. ....	51
5.3.12. Principio de limitación subjetiva. ....	52
5.3.13. Principio de limitación objetiva. ....	52
5.3.14. Principio de procedibilidad. ....	53
5.3.15. Principio de control judicial. ....	54

## **CAPÍTULO VI**

### **LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES EN BOLIVIA**

Antecedentes:

6.1. Ley general de Telecomunicaciones Nro. 1632 de fecha 5 de julio de 1995. ....	55
6.2. El derecho fundamental: La sentencia 004/99 del Tribunal Constitucional. Las comunicaciones privadas son inviolables. ....	55



6.3. Ley general de Telecomunicaciones, Tecnología de Información y  
Comunicación Nro. 164 de fecha 8 de agosto de 2011 ..... 57

6.3.1. Análisis del art. 111 de la ley de Telecomunicaciones, Tecnología  
de Información y Comunicación. .... 58

6.3.2. Fundamentación para la proyección de la modificación del art. 111  
contenida en la Ley de Telecomunicaciones, Tecnologías de  
Información y Comunicación N° 164. .... 60

6.3.3. Propuesta..... 64

CONCLUSIONES: .....

RECOMENDACIONES Y SUGERENCIAS. ....

BIBLIOGRAFÍA.....

ANEXOS .....

## PRÓLOGO

El uso de nuevos medios de investigación en el proceso penal obliga a una serie de reflexiones sobre el papel del Estado de Derecho frente al avance constante y manifiesto de las tecnologías de la información y comunicación acordes con los nuevos retos en el campo de la seguridad del Estado y del combate a la criminalidad.

Recientemente fue promulgada la Ley de Telecomunicaciones, Tecnología de Información y Comunicación y como toda norma crea incertidumbre; en un estado de derecho constitucional especialmente las normas, que están en una relación tirante entre los derechos fundamentales y garantías constitucionales por un lado y la obligación del Estado de aclarar hechos delictivos e imponer las sanciones penales respectivas por el otro.

En este contexto si bien para tutelar el bien general sobre el particular de la aplicación de normas que si bien limitan derechos fundamentales tal como es el derecho a la intimidad y privacidad de las comunicaciones se requiere la concreción de la aplicación preeminente de la NCPE

En este ámbito radica la importancia del presente trabajo como el que nos presenta E. Mónica Palma Altamirano

En el sentido descrito, el lector podrá encontrar en este trabajo una guía de lectura sencilla para los estudiantes de derecho en relación a las intervenciones telefónicas como medida especial, para hacer más accesible a la información y orientación del lector, la autora ha realizado una importante recolección de jurisprudencia y doctrina proveniente del derecho comparado que aumentan la utilidad y pertinencia del tema.

*Sergio Céspedes Alvarez  
Fiscal de Materia*

## **1. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN MONOGRÁFICA**

### **Elección del tema de la monografía.**

“ANÁLISIS DEL ART. 111 DE LA LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES, PROPUEST PARA LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ DE GARANTÍAS EN CONSONANCIA CON EL ART. 25 DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO”

### **Fundamento o justificación del tema.**

Los avances tecnológicos y progresos técnicos que ha experimentado nuestra sociedad en los últimos años conlleva nuevas formas de comunicación hasta la fecha impensables tales como la telefonía móvil, las videos conferencias o el correo electrónico de internet, entre muchos otros. Sin embargo la llamada revolución tecnológica también supone la aparición de nuevas vías de ataque o injerencia de los derechos fundamentales motivo por el que resulta necesaria que se redefinan sin perder su identidad para otorgar la debida protección jurídica de los ciudadanos y adaptar a la nueva realidad social.

Este tema es de una indudable importancia pues en Bolivia en la Ley de Telecomunicaciones No. 1632 de fecha 5 de julio de 1995 en su art. 37 se incluía la posibilidad de poder interceptar, interferir y desviar comunicaciones privadas y que posteriormente fue objeto del Recurso Directo o Abstracto de Inconstitucionalidad alegándose violación del derecho a la privacidad y la intimidad; mediante la S.C. No. 004/99 fue declarada inconstitucional la frase contenida en el art. 37 “... *salvo disposición judicial a favor de autoridad competente*” recientemente en Bolivia se promulga la Ley de Telecomunicaciones, Tecnología de Información y Comunicación N° 164 que dispone en su art. 111. I. “*En casos de peligro para la seguridad del Estado, amenaza externa, conmoción interna o desastres, los operadores y proveedores de telecomunicaciones y tecnologías de información y comunicación, estarán obligados a cooperar y poner a disposición de las autoridades públicas legítima*

*y legalmente constituidas, de manera gratuita y oportuna, las redes y servicios, así como la emisión, transmisión y recepción de las telecomunicaciones y tecnologías de información y comunicación que les sean requeridas”.* De allí que surge la necesidad de abordar este tema particularmente peligroso de lesión a los derechos fundamentales si no se toman los recaudos necesarios.

Esta investigación de carácter descriptivo en base al método gramatical analizara el sentido y alcance del artículo 111.I. de la nueva ley de Telecomunicaciones.

Para llegar a plantear la necesidad de la inclusión del juez de garantías quien autorice la injerencia de un derecho fundamental constitucionalmente reconocido en el art. 25 para controlar la coacción estatal y evitar la arbitrariedad de sus órganos por medio del control judicial. En el entendido que eventualmente los hallazgos obtenidos se constituirían en prueba dentro del proceso penal.

### **Delimitación del Tema de Monografía:**

#### **Delimitación temática.**

La monografía se delimitara dentro la investigación normativa del derecho constitucional y penal debido a lo que se pretende alcanzar es la aplicación efectiva de la norma fundamental.

#### **Delimitación temporal.**

Se Tomara como punto de partida el año de 1997 fecha en la que entra en vigencia la Directiva 97/66/CE que establece limitaciones a la confidencialidad de comunicaciones hasta la fecha actual de presentación de la presente monografía.

#### **Delimitación espacial.**

El marco espacial para el desarrollo de esta investigación es Bolivia y países cercanos a Bolivia que implementaron estas medidas.

## **Planteamiento del problema.**

El artículo 111 de la Ley de Telecomunicaciones, Tecnología de Información y Comunicación N° 164 recientemente promulgada en Bolivia dispone en el párrafo I que: *“En casos de peligro para la seguridad del Estado, amenaza externa, conmoción interna o desastres, los operadores y proveedores de telecomunicaciones y tecnologías de información y comunicación, estarán obligados a cooperar y poner a disposición de las autoridades públicas legítima y legalmente constituidas, de manera gratuita y oportuna, las redes y servicios, así como la emisión, transmisión y recepción de las telecomunicaciones y tecnologías de información y comunicación que les sean requeridas”*.

De la lectura del referido art. Se desprende que las autoridades publicas, legítimas y legalmente constituidas van a tener la facultad de acudir a este tipo de intervenciones; legítimo y legalmente constituido son un Ministro del Estado, gobernador o un Alcalde por ejemplo. Por lo que se infiere que no se necesita una autorización jurisdiccional del poder judicial ni del Ministerio Publico para ingresar a los procesos de comunicación. El problema que se plantea dentro la presente investigación, se define de la siguiente forma ¿El art. 111 de la Nueva ley de telecomunicaciones es susceptible de aplicación de la acción de inconstitucionalidad de carácter abstracto?

## **Definición de los objetivos.**

### **a). Objetivo General.**

- ✓ Analizar los tipos de intervención y escuchas telefónicas.
- ✓ Determinar que el derecho a la intimidad en las telecomunicaciones no es absoluto.
- ✓ Analizar el art. 111 de la Nueva Ley de Telecomunicaciones, Tecnología de Información y Comunicación N° 164.

- ✓ Determinar si el art. 111 de la Nueva ley de Telecomunicaciones, Tecnología de Información y Comunicación N° 164 es susceptible de la aplicación de la Acción de Inconstitucionalidad de carácter abstracto

**b). Objetivos específicos.**

- ✓ Identificar la necesidad de la inclusión del juez de garantías para adoptar una medida de tal envergadura, teniendo en cuenta para tal fin, la C.P.E.
- ✓ Demostrar que los hallazgos producto de la aplicación de las intervenciones y escuchas telefónicas pueden ser introducidos al proceso como medio de prueba en cuanto a que las normas que las posibilita guarda concordancia con la norma fundamental.

**Estrategia metodológica y Técnicas de investigación Monográfica.**

**a). Métodos a utilizarse en la investigación monográfica.**

**Método deductivo.**

Este método será utilizado en nuestra investigación ya que partiendo de la legislación extranjera que se tiene se podrá llegar a datos específicos y concretos del problema.

**Método descriptivo.**

Consiste en llegar a conocer las situaciones. Costumbres y actitudes predominantes a través de la descripción exacta de las actividades, objeto, proceso y personas.

Con la aplicación de este método se resumirá la información la información de manera cuidadosa para luego analizar los resultados a fin de extraer generalizaciones significativas que contribuyan al conocimiento.

**Método dialectico.**

Es método que permite observar que nada es estático que todo es dinámico, tanto las sociedades, como los pueblos cambian inclusive sus conductas y hábitos, lo que permite una adecuada confrontación de la realidad frente a la norma vigente. En la misma línea la intimidad, el secreto a las comunicaciones, etc. era un derecho absoluto con el transcurso del tiempo observaremos que los derechos humanos no son absolutos y que si pueden ser susceptibles de limitación.

**b). Técnicas a utilizarse en la investigación monográfica.**

Durante el proceso de recopilación de la información, y sobre la base del cronograma de trabajo propuesto, se utilizara las siguientes técnicas:

**Recopilación bibliográfica.**

Se tomara como base la bibliografía básica propuesta, así como fuentes bibliográficas que aparezcan a lo largo de la investigación, se utilizaran fundamentalmente bases de datos en soportes informáticos.

## CAPÍTULO I

### ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Brevemente en lo que respecta a nuestro régimen constitucional boliviano desde la Constitución Boliviana del año 1826, estuvieron consagrados los derechos fundamentales de la persona. La Constitución de 1994, en su art. 7 enumeraba los derechos fundamentales, aunque de acuerdo con el art. 35 las declaraciones, derechos y garantías que proclama la Constitución, no debe entenderse como negación de otros no enunciados que nacen de la soberanía del pueblo. Desde la creación del Tribunal Constitucional en Bolivia, se ha dado mayor grado de efectividad a la protección de estos derechos y se han venido invocando como fundamento de alguna de sus resoluciones, cuando han sido pertinentes. En los diecisiete textos constitucionales que ha tenido Bolivia, desde 1826, estuvieron reconocidos los derechos y garantías de las personas, en otras palabras el legislador boliviano tuvo el cuidado de incorporar a la Constitución un texto dedicado a los derechos y garantías de la persona. En la primera Constitución, los derechos y garantías estaban enunciados en el Título Once, o sea en el último, arts. 149 al 152.

A partir de la Constitución de 1880, que fue una de las que tuvieron mayor y prolongada duración, los derechos y garantías de las personas merecieron una redacción más ordenada y estuvieron dedicados en los primeros artículos. Este criterio se lo ha mantenido y desde la constitución de 1938 se tenía en el art. 5 un catálogo de derechos y garantías más preciso y concreto.

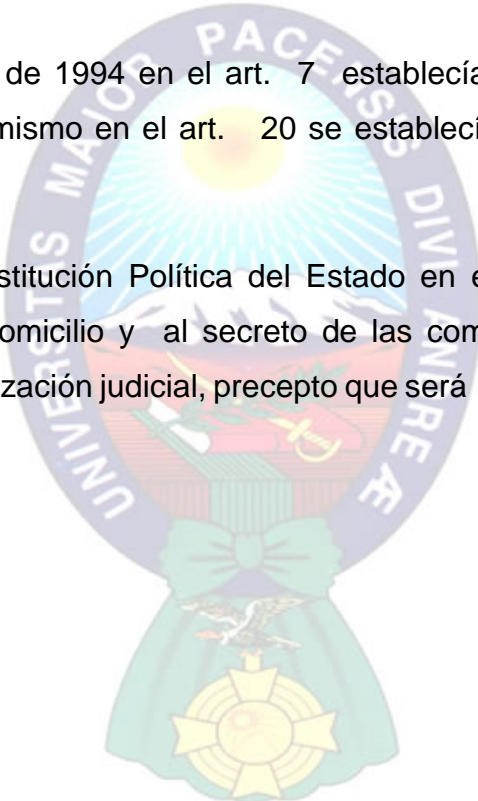
En la de 1967 hay una distribución sistematizada de los derechos y deberes fundamentales de la persona, Parte primera de la Constitución, con dos Títulos: el Primero que regula los derechos y deberes fundamentales de la persona, y el Segundo que consagra las garantías. Esta distribución se mantenía en la constitución de 1994.



En la de 1967 hay una distribución sistematizada de los derechos y lo que se indica es en realidad, un anticipo de los que posteriormente será ampliado. Este precepto constitucional recogía una larga tradición sobre la inviolabilidad de la correspondencia y los papeles privados y sobre la ineficacia probatoria de los documentos privados que hubieran sido violados o sustraídos. El añadido obedeció el hecho de que en el pasado inmediato se había optado por instalar sistemas de control de conversaciones telefónicas privadas con fines políticos y de fiscalización arbitraria de un derecho tan caro como es el de la intimidad.

En la Constitución de 1994 en el art. 7 establecía un catalogo de derechos fundamentales asimismo en el art. 20 se establecía la inviolabilidad de la intimidad.

En la nueva Constitución Política del Estado en el art. 25 se establece la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones en todas sus formas, salvo autorización judicial, precepto que será detallado en la última parte de este trabajo.



## CAPÍTULO II ANTECEDENTES CONCEPTUALES

Constituye este el punto fundamental de la teoría de los derechos de la personalidad. Pretende delimitar el agudo problema de si la protección jurídica que presentan los ordenamientos positivos a los bienes personales, tales como la vida, la libertad, el honor, la intimidad constituyen simple reflejo del derecho objetivo o llegan por el contrario, a configurar auténticos derechos subjetivos. Existen dos grandes tendencias:

**La tendencia negativa** que arranca de Savigni, cara a la literatura germánica, niega la existencia de verdaderos derechos subjetivos, fundándose, entre otras razones, en la interpretación del Código Civil Alemán. Tuvo repercusiones en la doctrina italiana y a encontrado en la literatura latinoamericana, en Orgaz su paladín mas brillante.

**La doctrina positiva**, que entiende que estamos en presencia de verdaderos y auténticos derechos subjetivos, predomina en la doctrina contemporánea, especialmente en la italiana y en la francesa y ha sido recogida, además por insignes representantes de la doctrina civilista española, portuguesa y argentina.

**2.1. Teoría Negativa. Sus fundamentos.** Los argumentos más decisivos de la teoría negativa son:

- 1) No se dan acá los elementos caracterizantes del derecho subjetivo. *El Derecho Subjetivo dice Orgaz*, es una facultad en cuya virtud el titular de ella puede hacer o querer algo en correspondencia con el derecho objetivo y exigir de otro sujeto o de los demás el cumplimiento del deber correlativo a aquella facultad, se caracteriza por la pretensión que existe a favor del titular contra otro sujeto o contra los demás sujetos. Debe existir una facultad atribuida por la ley a un sujeto y en conexión con ella un deber de otro u otros sujetos, a una cierta conducta a favor del titular

de esa facultad. No puede, pues, en el plano de esta construcción, la existencia de verdaderos derechos a la vida, a la integridad corporal, al honor, etc., pues no existe una facultad explícitamente concedida por el derecho objetivo a favor de las personas, nada que estas puedan hacer o no hacer a su arbitrio, nada que dependa, en su realización, de su exclusiva voluntad; el derecho subjetivo surge solo después de la lesión inferida por otro sujeto a esos bienes, y tal derecho ya no se caracteriza como un derecho a la vida, la integridad física, sino simplemente a obtener la condenación penal o civil del ofensor; la acción de indemnización es un simple efecto reflejo de la protección establecida por la ley, y su objeto no es la vida, no es la integridad personal, sino una suma de dinero. Los llamados derechos de la personalidad no son sino bienes personales protegidos por el derecho, o presupuestos jurídicos de la persona.

- 2) Estos pretendidos derechos no tiene establecidos por la ley ni modos de nacimiento ni modos de extinción; falta además la posibilidad de transferir los derechos de la, personalidad o de renunciarlos en sus aspectos mas importantes.

**2.2. La teoría positiva. Sus fundamentos.** La teoría positiva pretende en primer término refutar los argumentos en que se apoya la tendencia negativa.

Si bien es cierto que no todos los bienes jurídicos protegidos por la ley pueden considerarse derechos subjetivos, ni que la simple protección estatal de tales bienes constituya índice derechos subjetivos, no es menos indiscutible, que , aun dentro de la noción que de derecho subjetivo nos brinda el propio Orgaz y que concuerda, en general, con la que admite la doctrina contemporáneas, puede admitirse que los derechos de la personalidad constituyen auténticos derechos subjetivos en virtud de las siguientes razones.

- A) Que en la legislación no existan medios particulares de adquisición, extinción, transferencia de esos derechos, es el que menos significado

tiene dentro un ámbito estrictamente científico. Normalmente esos derechos nacen y se extinguen con la persona, como ocurre con muchos derechos de familia (y otros ajenos incluso el derecho de familia, como sucede con el albaceazgo, art. 970, C. c.), existen verdaderos derechos subjetivos, aun de carácter patrimonial, que no pueden ser objeto de transmisión o renuncia.

- B) Aun admitiendo con Ferrara. Que el problema no es susceptible de resolver con una única respuesta, porque alguno de los llamados derechos de la personalidad viven en un estado difuso de protección pública ( como los derechos de libertad en general) y constituyen en muchos aspectos efectos reflejos de derecho objetivo, es indiscutible que frente a cierta categoría de bienes personales ( vida, integridad física, honor, nombre libertad individual) se ha producido un fenómeno de aglutinación de la tutela de los individuos, bajo la forma de derecho subjetivo.
- C) Si el derecho subjetivo presupone siempre un deber jurídico que haga posible una pretensión o exigencia, hay que reconocer que el derecho a la vida, a la integridad física, al honor, etc., penetran en el círculo de los deberes jurídicos que pesan sobre todos los miembros de la comunidad quienes deben abstenerse de lesionar tales bienes y si el derecho subjetivo presupone un poder atribuido por el ordenamiento jurídico al individuo, la circunstancia de que los bienes a que nos estamos refiriendo sean tutelados por normas del Derecho público, no excluyan que constituyan también materia de Derecho Privado, pues toda persona tiene la facultad de exigir a todos los miembros de la comunidad jurídica, el respeto de tales derechos y abstenerse de violarlos.
- D) Dentro de la técnica jurídica es posible que sean objetivados por el derecho o, destacándolos y separándolos de la personalidad, determinados atributos (honor, vida , libertad, integridad física, nombre) que si bien idealmente deben integrar la personalidad humana,

prácticamente puede considerarse la hipótesis de que una persona se vea privada de algunos de ellos. Es decir que determinados atributos de la persona humana son elevados por el derecho objetivo a la categoría de bienes jurídicos, pudiendo ser, por consiguiente, objeto de derechos y protegidos por una auténtica acción civil.

Si bien la discusión de la naturaleza de estos derechos tienen un carácter predominantemente dogmático ya sea que por ambas vías se les considera bienes jurídicamente protegidos o presupuestos jurídicos de la persona, o se admiten que constituyen verdaderos derechos subjetivos es innegable que todo ordenamiento jurídico presta la máxima garantía y protección de la personalidad humana y sus más excelsos atributos. Nada impide que desde el punto de vista técnico se admita que en esos derechos esenciales puedan concurrir las cualidades propias de los derechos subjetivos en cuanto a la atribución por el ordenamiento positivo, de un poder jurídico de obrar de su titular frente a otra u otras personas, o que de un punto de vista teórico ideal, se pueda hablar de los derechos de la personalidad como una afirmación de principios y como una defensa de la personalidad humana frente a los avances del poder público o poder estatal.

### **2.3. Caracteres de los derechos de la personalidad.**

Prescindiendo de algunas discrepancias, se aceptan en general que los derechos de la personalidad tiene los siguientes caracteres:

***Son derechos absolutos***, derechos de exclusión, oponibles *erga omnes*, en cuanto importan un poder que se dirige a todos los miembros de la comunidad jurídica, para que se abstengan de toda turbación u ofensa en el goce de los bienes jurídicos. Pero no los son en cuanto a su contenido porque están condicionados por exigencias de orden moral y jurídico que

obligue a ponerlos en relación con los demás derechos de los hombres y con los imperativos del bien común.

***Son derechos originarios o innatos***, en el sentido de que normalmente se adquiere a al nacer la persona humana, sin necesidad de que concurren determinadas medios y requisitos legales de adquisición sin embargo la denominación por demás discutida puede turbar el conocimiento de su verdadera naturaleza jurídica, es con carácter de generalidad, inexacta ya que algunos derechos de la personalidad como el derecho moral del autor no surge por el mero nacimiento de la persona, sino que reclama la concurrencia de ciertas circunstancias de hechos.

***Son derechos vitales***, duran tanto como la vida del titular, carácter que deriva directamente del anterior y que el alcanzan eventualmente a los mismos reparos.

***Son derechos subjetivos*** privados, que le corresponde a los individuos como seres humanos para garantizar el goce de su propio ser físico, moral o espiritual.

***Son indisponibles*** (intransferibles e irrenunciables), imprescriptibles e inembargables. Estos caracteres pueden deducirse del principio que impide la enunciada general de las leyes del que determina la imprescriptibilidad de las cosas o bienes que no estén en el comercio de los hombres.

***Son derechos personales***, o mejor dicho, extra patrimoniales no susceptibles de valoración pecuniaria.

#### **2.4. El derecho a la intimidad como derecho de la personalidad, concepto.**

Existen algunas definiciones de intimidad. Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es la *"zona espiritual y reservada de una persona o un grupo, especialmente una familia"*.

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

Con otros fundamentos, Humberto Quiroga Lavié reflexiona que en el concepto de intimidad y lo define como: *"el respeto a la personalidad humana, del aislamiento del hombre, de lo íntimo de cada uno, de la vida privada, de la persona física, innata, inherente y necesaria para desarrollar su vida sin entorpecimientos, perturbaciones y publicidades indeseadas"*. Y continúa: *"Es un derecho personalísimo que permite sustraer a las personas de la publicidad de otras turbaciones a su vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos"*.

## **2.5. Diferencia entre intimidad y privacidad.**

En la legislación en general, íntimo y privado aparecen como sinónimos, si bien como veremos no son términos iguales.

Germán Bidart Campos, que diferencia el concepto de intimidad del de privacidad, define la intimidad como: *"la esfera personal que está exenta del conocimiento generalizado de tercero"*, y la privacidad es: *"la posibilidad irrestricta de realizar acciones privadas (que no dañen a otros) que se cumplan a la vista de los demás y que sean conocidas por éstos"*.

*Eduardo P. Jiménez* manifiesta por su parte, que privacidad e intimidad integran una zona de reserva personal, propia de la autonomía del ser humano, irreducible para la intromisión de los restantes habitantes y el poder público. Este autor define a la intimidad como: *"la antítesis de lo público, y por lo tanto, todas"*

*aquellas circunstancias relativas al hogar, la familia, la religión la salud,, los asuntos legales y económicos personales del individuo".*

Lo privado es, entonces, aquello restringido, dominio de unos pocos, referido a lo doméstico y familiar y consagrado en el "derecho a la privacidad", mientras que lo íntimo es lo que corresponde al ámbito personal y psicológico, las creencias y la moral de la persona.

Norberto González Gaitano señala cuatro razones que justifican la distinción entre privacidad e intimidad:

"1) Sólo las personas físicas gozan de intimidad; las personas jurídicas y las instituciones, no.

"2) La intimidad requiere el consentimiento para participar de ella sin que se destruya. Requiere siempre del consentimiento libre del sujeto para hacer partícipe a otros. Conocer y difundir la intimidad de una persona contra su voluntad comporta automáticamente su destrucción.

"3) La intimidad implica el respeto a la libertad de las personas, pues su existencia, conocimiento y difusión ocurre sólo por donación, la cual es siempre libre y voluntaria, como en el caso de la amistad y el amor.

"4) La intimidad tiene un valor absoluto, incuestionable e inviolable, lo que se refleja en ciertos derechos como la libertad de pensamiento doctrinas como la objeción de conciencia que no pueden ser objeto de mandatos judiciales".

"Lo privado es todo lo que está afuera del ámbito del interés público, de los asuntos del Estado, de lo que involucra al conjunto de la sociedad. Lo privado es el ámbito restringido de lo doméstico y lo familiar, de aquellos asuntos del sujeto, que no necesariamente deben ser divulgados masivamente". "Es el derecho fundamental de la personalidad consistente en la facultad que tienen los individuos para no ser interferidos o molestados, por persona o entidad alguna, en el núcleo esencial de las actividades que legítimamente deciden mantener fuera del conocimiento público".



Por su lado, Ernesto Villanueva caracteriza al derecho a la privacidad de la siguiente manera:

"a) Es un derecho esencial del individuo. Se trata de un derecho inherente de la persona con independencia del sistema jurídico particular o contenido normativo bajo el cual está tutelado por el derecho positivo.

"b) Es un derecho extra patrimonial. Se trata de un derecho que no se puede comerciar o intercambiar, como los derechos de crédito, habida cuenta que forma parte de la personalidad del individuo, razón por la cual es intransmisible e irrenunciable, y

"c) Es un derecho imprescriptible e inembargable. El derecho a la privacidad ha dejado de ser sólo un asunto doctrinal para convertirse en contenido de derecho positivo en virtud del desarrollo científico y tecnológico que ha experimentado el mundo moderno con el uso masivo de la informática, que permite el acceso casi ilimitado a información personal por parte de instituciones públicas y privadas".

En este punto la jurisprudencia española del T.S. ha puesto de relieve en más de una ocasión esta conexión entre el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones. Así, por ejemplo en S.T.S., del 20 de diciembre de 1996 que "(...) el secreto de las comunicaciones que en sede constitucional se trata de garantizar no es sino una manifestación y muy cualificada del derecho a la intimidad personal y familiar; O bien, en S.T.C., 2ª, de 20 de febrero de 1999 en el cual se indica que la tutela del secreto de las comunicaciones tienen como finalidad principal, aunque no la única la protección de la intimidad y el respeto a la vida personal y familiar.

## **2.6. Concepto de intervención telefónica**

Corresponde precisar a que llamamos intervenciones telefónicas y cuantas clase se pueden constatar se puede decir que una intervención telefónica es toda interferencia o intromisión realizada a través de varios dispositivos posibles

ofrecidos por la técnica tendientes a escuchar (y eventualmente también a registrar mediante análogos dispositivos) las comunicaciones verbales de otro y ninguno de los comunicados presto su consentimiento para la misma. Algunos autores distinguen entre observación (operación consistente en conocer el destino de la conversación y la entidad del emisor, pero sin penetrar en el contenido de la misma), conocida en estados Unidos como método del Pen register, denominado en francés *comptage* y en español *tarifador*, *contador* o *recuento*. Consiste en el empleo de un mecanismo que registra los números marcados en un aparato telefónico. La hora y duración de cada llamada, y la intervención (permite conocer la existencia de la comunicación, personas que la mantienen, contenido, grabación y escuchas). Sin perjuicio de que parte de la doctrina sostiene que la observación no estaría prohibida, el Tribunal Constitucional español en sentencia del 16/12/87. Sostuvo que a los efectos legales observación e intervención son términos equivalentes.

**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 investigadora, (medio lícito de investigación), de recabo de elementos de convicción, y por otro lado, pueden ser entendidas como medio de prueba en si (actualmente equiparada como prueba documental).

La intervención a las telecomunicaciones, constituye ser un medio de prueba que debe estar expresamente regulado en las leyes, en algunos países se encuentra previamente establecido en sus códigos procesales penales, intervenir una comunicación es tomar conocimiento de su contenido, es inmiscuirse en el ámbito de intimidad y reserva del individuo, su finalidad debe ser probatoria, durante la investigación de hechos delictivos y no previos a los mismos, debiendo cumplirse con una serie de presupuestos como son: necesidad, proporcionalidad, justificación, motivación, limitación y oportunidad de la medida.

## **2.7. Clases de intervención telefónica por su origen:**

### **2.7.1. Intervenciones de origen judicial.**

En el mundo moderno la capacitación de los magistrados y de todos aquellos que auxilian en la tarea de impartir justicia, constituye un eslabón fundamental en el camino a transitar para conseguir eficiencia penal y respeto por los derechos individuales. Toda vez que la intervención telefónica constituye una restricción a un derecho fundamental de las personas debe intervenir el órgano judicial, sea con anterioridad a la restricción misma, mediante los análisis de los presupuestos en que cabe ordenarla o posteriormente de ejecutada por un órgano administrativo para controlar su fundamentación y legalidad. Se sostiene que solo el juez puede tener autoridad para emitir una orden de tal naturaleza. Sin embargo, dicha cuestión fue planteada ante el T.E.D.H. (Caso Malone v. Gran Bretaña) y sobre ese punto el Tribunal guardó silencio si era imperativa, la intervención judicial, lo que dio lugar a la crítica del Juez Petitti. Debe recordarse asimismo, lo fallado en el caso Klass y otros vs. Alemania. La ley Alemana que regula la materia según importante doctrina, es una de las más perfectas que se puede concebir. Sin embargo fue atacada por cinco juristas. El gobierno germano les negó legitimación (no eran víctimas de una violación, ni parte contratante de la convención). De todas formas, si bien no habían sido objeto de escuchas invocaban un verdadero interés, cual era el que el sistema los exponía al riesgo de ser víctimas de interferencias sin que jamás supiesen que lo habían sido. Se cuestionó la violación del art. 8 del Convenio Europeo propiciándose la revisión de la legislación germana. El tribunal los consideró legitimados pero al examinar, la ley vigente 6.1 del 13.8/68 la declaró conforme las previsiones del Convenio. Entendió “que la ausencia de control judicial no supone una violación de los límites de esa norma, desde que la ley local prevé la existencia de un Comité Parlamentario y de una Comisión Independiente de control, como instancias objetivas e independientes de las autoridades que ejercen la vigilancia de las comunicaciones”. Se sentó el criterio, de que “la

vigilancia autorizada a través de una interceptación telefónica no debe ser de tipo explicativo y general, exigiéndose razones fundadas y específicas. El rechazo de control clandestino de las comunicaciones se fundó en:

- 1) La existencia de que la vigilancia por parte de autoridades públicas debe responder al principio de necesidad ante un concreto foco de peligro o amenazas para la seguridad pública o la defensa nacional.
- 2) La idea de proporcionalidad, en el sentido de que la interferencia se desarrolle en la medida de lo racionalmente posible, dentro del máximo marco posible de compatibilidad con el pleno ejercicio de los derechos constitucionales.

Acerca de la fundamentación: los jueces deben motivar y fundamentar sus decisiones. Motivación implica explicar como se llegó al juicio de valor de la medida dispuesta y fundamentar, es darle adecuación legal. El Tribunal Supremo español sostuvo que "... motivación suficiente es aquella que permite conocer la razón de decidir, independientemente de la parquedad o extensión del razonamiento" no es preciso hacer una expresa y exhaustiva descripción del proceso intelectual que conduce al juez a tomar la decisión, bastando con que esta responda a una concreta manera de entender qué hechos han quedado evidenciados y como se interpreta la norma jurídica aplicable. Evidentemente, no cabra el término de fórmulas generales, ni autorizaciones genéricas o en blanco, ni completar los blancos de un formulario. Si bien se puede remitir las actuaciones policiales que requieren la medida, lo que no puede dejar de obviar el juez, es la valoración de la proporcionalidad de la misma.

El requisito de motivación satisface distintas funciones, evita la arbitrariedad judicial, permite su control y fortalece el convencimiento social de que los jueces no actúan movidos por criterios arbitrarios, sino sometidos a la Constitución y a las leyes. La orden deberá ser escrita y contener además de la motivación, el objeto sobre el cual recaerá la medida, en caso de ser posible estar

individualizados los sujetos pasivos, el hecho que es objeto del proceso, su modo de ejecución según la finalidad perseguida, escucha, raptó o interrupción, duración en el tiempo las directivas del magistrado para asegurarse el control de la ejecución.

La decisión del juez en base a la proporcionalidad implica un balance entre los derechos e intereses en oposición, para determinar si uno prevalece de manera absoluta sobre el otro, y en casos de que no existan primacías constitucionales, corresponde la ponderación de esos intereses en el caso concreto. Esta se realiza sobre la base de elementos facticos que conoce el juez al momento de dictado de la orden y de criterios empíricos y normativos que justifique que el interés en la persecución penal prevalezca en el caso sobre el secreto y la libertad de las telecomunicaciones. La proporcionalidad implica:

- 1) *Proceso iniciado e indicios de que alguien esta cometiendo o cometió un delito.* Esto actúa contra la vigilancia exploratoria o general, constitucionalmente n9madmisible y a su vez proscrito por el T.E.D.H. en el caso Klass y otros v. Alemania ya citado. Esta exigencia garantiza que ya ha habido una noticia criminis que dio origen a esos actuados y que constituye el objeto del proceso. No bastan las alusiones genéricas respecto de la comisión de un delito y sirven al juez para formarse una sospecha razonable de que una persona aunque no este nominalmente identificada, participa en ese delito y se valdrá de determinada línea telefónica para hacerlo. De esta forma la determinación del grado de imputación permite conocer el hecho punible perseguido y de esta forma evaluar su gravedad.
- 2) *Gravedad del delito:* El T. E.D.H. estableció en el caso Kruslin v. Francia que la ley debía establecer la naturaleza de las infracciones que podían dar lugar a las escuchas.
- 3) *Necesidad e idoneidad de la medida:* Toda vez que las intervenciones telefónicas son una medidas de severa injerencia constitucional deben

ordenarse cuando sean estrictamente necesarias par la obtención del existo de la investigación y sean idóneas para lograr el fin perseguido. El juez evalúa si no existen otros medios menos incisivos que prometen similares resultados. De lo contrario será desproporcionada e irrazonable. Sin embargo si existen otros medios, pero una razón de urgencia, amerita la intervención, esta se encontraría justificada.

- 4) *Duración razonable*: Debe ser estrictamente necesario para conseguir el fin de la medida. El fundamento estriba en que se trata de una injerencia al derecho de intimidad por lo que cualquier exceso constituiría un abuso y una desproporción.
- 5) *Sujetos pasivos de la intervención*: la legislación argentina autoriza la intervención de las comunicaciones del imputado, la ley española del procesado y la alemana del imputado o de aquellas personas respecto de las cuales, sobre la base de elementos de hecho determinados, puede asumirse que reciben o transmiten determinados mensajes para el imputado, o que este utilice su línea. El T.E.D.H. declaro en el caso *Kruslin v. Francia* que la ley debía definir la categoría de personas susceptibles de ser sometidas a proceso.
- 6) **Finalidad**: el fin de las intervenciones telefónicas es mas amplio que el meramente probatorio

*Vinculación con el hecho del investigado*: las escuchas deberán versar sobre los hechos investigados y por los cuales se inicio la causa. Si en virtud de ellas la autoridad toma conocimiento de otro ilícito cometido por el imputado o por terceros, deberá darse inmediata intervención al juez competente. En este sentido puede citarse un fallo francés de donde u juez recibió información sobre un robo agravado y asociación mafiosa y ordeno la intervención y escucha de las comunicaciones de un restaurante. El oficial que escuchaba las ordenes transcribiendo dos conversaciones que no se vinculaban con el hecho investigado y lo comunico al Procurador General que promovi6 actuaciones ante otro juez de instrucción. Este magistrado unos meses mas tarde detuvo a

once personas por diversos motivos. La Corte de Apelaciones de Bastia anuló el procedimiento ya que detectó las siguientes irregularidades: 1) la policía en lugar de dar aviso al juez que ordenó la intervención lo hizo al fiscal 2) la transcripción judicial se hizo varios meses después, no se dejó copia y se impidió el derecho de defensa.

Por imperativo constitucional las interceptaciones telefónicas solo puede ser ordenada por autoridad judicial en la fase de la investigación preliminar, existiendo indicios, graves de culpabilidad. La cuestión se encuentra regulada en los arts. 266 y concordantes del Código Procesal penal, entre otras normas. El tribunal constitucional parece admitir que estas interferencias solo pueden ser ordenadas en un procedimiento penal.

En Francia la anarquía reinante en la materia dio lugar a que el 10 de julio de 1991 se sancionara la ley 91.646, que reformó el Código Procesal Penal. En un título se ocupa de las interceptaciones telefónicas que tienen origen en decisiones judiciales y en otro de las llamadas “de seguridad” autorizadas por la autoridad administrativa. En las primeras, son los jueces quienes pueden ordenar la interceptación, grabación y transcripción de las comunicaciones, cuando la necesidad de la información lo exija, y también pueda serlo a pedido del Procurador General, de una de las partes o de oficio. Estas operaciones deben ser efectuadas bajo su autoridad y control, El delito imputado debe ser grave (delito superior a dos años de prisión). La decisión debe ser escrita y motivada. Debe fijar la duración de la medida, que no podrá exceder de cuatro meses, aunque podrá ser renovada con las mismas condiciones y duración.

Por otro lado, las escuchas administrativas requieren para la ley francesa el cumplimiento de estos requisitos: que sea una decisión escrita y motivada por el Primer Ministro o de una de dos personas en quienes el ha delegado especialmente la función. Debe haber sido dictada a pedido de los Ministerios del Interior, Defensa o de Aduana. La ejecución material debe ser

exclusivamente efectuada bajo las órdenes del Ministerio encargado de las comunicaciones o de la persona a la que él delegó la función. Las escuchas deberán tener por objeto exclusivo encontrar información vinculada con la seguridad nacional, protección de elementos esenciales al potencial científico y económico de Francia, a la prevención del terrorismo, la criminalidad y de la delincuencia organizada. Su duración no puede superar los cuatro meses. Se guardarán los registros estrictamente necesarios y los demás, que hacen a la vida privada, se deberán destruir en diez días. Todo el operativo será controlado por la Comisión Nacional de Control de Interceptaciones de Seguridad. Con fecha 8 de febrero de 1995 se reformó la legislación de forma en su art. 100.7, estableció que para interceptar la línea de un diputado o senador deberá informarse previamente al juez instructor.

En Alemania la ley dictada el 13 de agosto de 1968, reglamenta el art. 10 de La Ley Fundamental y reitera la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones. Señala que las restricciones a este derecho deberán tender a proteger el orden liberal y democrático o la existencia o la seguridad de la Federación o de un Land. Faculta a las autoridades de la Oficina de Protección a la Constitución, de la Oficina de la Oficina de Seguridad del Ejército Federal y del Servicio Federal de Información para escuchar conversaciones y grabarlas. Las personas que escuchan esas grabaciones son funcionarios elegidos por el pueblo (justificación del reemplazo jurisdiccional). La duración puede ser de tres meses prorrogables por otros tres. La orden de intervención puede estar dirigida contra el imputado y contra todas aquellas personas que éste utilice como intermediarios para transmitir o recibir sus comunicaciones, relacionadas con el delito investigado. La jurisprudencia admitió que cuando una intervención es válida, alcanza solo a lo que se registra de una conversación telefónica, pero no a lo grabado en otra oportunidad. Una reciente reforma en la legislación amplió las facultades del servicio Federal de Inteligencia por la vigilancia el registro y la valoración del intercambio de comunicaciones y la necesidad de una sospecha concreta.



### 2.7.2. Intervenciones de origen administrativo.

Estas son necesarias para garantizar la seguridad nacional, respecto de hechos, amenazas, riesgos y conflictos que atenten contra la seguridad externa e interna de la Nación, pero deben efectuarse siempre con autorización judicial, la que debería ser rápida pero efectuada mediante un sopesado análisis respecto de los derechos en conflicto y deberán respetar en la medida en que a ellas se adecuen, también, las pautas de las intervenciones judiciales.

Por lo que respecta a la intervención de las comunicaciones la regulación que permite el artículo 55. 2 de la Constitución española se recoge en el artículo 579.4 LECrim. :

*“4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el núm. 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación. (Redactado conforme a la LO 4/1988 de 25 de mayo).*

La fórmula a la que finalmente se ha llegado -tras una regulación anterior que fue declarada inconstitucional (STC 199/1987, de 16 de diciembre)-, como puede apreciarse, consiste en permitir una intervención extraordinaria por parte del ejecutivo que, no obstante, mantiene las garantías de la necesidad de motivación y, más importante, la necesidad de intervención judicial inmediatamente posterior, que podrá confirmar o levantar la medida. En palabras del Tribunal Constitucional “la inexcusable mediación jurisdiccional- se presenta, con claridad plena, como condición de validez de todas y cada una de las medidas concretas

de suspensión de derechos permitidas, a través de esta LO, por la CE (Sentencia 71/1994, de 3 de marzo).

## **2.8. Naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a las escuchas.**

En cuanto a la determinación de que delitos permiten la interceptación según los países varían.

El T.E.D.H. estableció (en el caso “Kruslin v. Francia”) que la ley debía establecer la naturaleza de las infracciones que podían dar lugar a las escuchas. En el derecho comparado se advierte la existencia de tres sistemas, uno que establece un catalogo de delitos taxativamente enumerados, otro que se ajusta a una escala penal con mínimos y máximos y otro mixto. A su vez la doctrina suele presentar como complemento el criterio de “ la importancia del caso ” o la jurisprudencia española de la “ trascendencia social” de allí que se explica la adhesión a uno de estos sistemas de lo contrario se estaría frente a una autorización indiscriminada para cualquier clase de delitos ya que dejaría de ser una excepción a la garantía constitucional al secreto a las comunicaciones.

### **2.8.1. Sistema de delitos taxativamente enunciados.**

Es la fijación de un catalogo taxativos de delitos como el que se da en Alemania

### **2.8.2. Sistema de la escala penal con mínimos y máximos.**

A la gravedad del delito en atención a la pena como el caso de Francia.

En Alemania se estableció un catalogo de delitos graves para autorizar la intervención delitos de traición a la patria, de alta traición, amenazas para el estado democrático de derecho, o a la seguridad exterior, contra la defensa nacional, contra el orden publico, falsificación de monedas o valores; delitos contra la libertad personal: trafico de personas, asesinato, homicidio y genocidio,

hurto en banda robo y chantaje violento, como así también algunos tipos penales de la ley de armas, extranjería y estupefacientes. En el mismo sentido Finlandia (delitos de contrabando, narcotráfico y ala del capítulo 24, sección 3ra. Del C.P.).

### **2.8.3. Sistema mixto.**

Llamado así por atender a la pena y a la tipología (Italia y Portugal) la mencionada regulación procesal italiana dispone de un delito en forma de números clausus que son susceptibles de investigación mediante esta medida para delitos muy graves castigados con penas superiores a cinco años: tráfico de estupefacientes, contrabando, tráfico de armas y explosivos e injurias, amenazas o perturbaciones cometidos por medio del teléfono entre otros.

En España se reconoce de forma genérica para los delitos graves, de lo que parece derivarse de la jurisprudencia que la gravedad se deriva de la pena. No obstante, se señalan algunas matizaciones, así con frecuencia el Tribunal Constitucional además de referirse a “delitos calificables de infracciones punibles graves” se refiere igualmente a “la defensa del orden”, añadiendo que “la gravedad de los hechos no ha de determinarse únicamente por la calificación de la pena legalmente prevista, sino que también han de tenerse en cuenta el bien jurídico protegido y la relevancia social de la actividad” (SSTC 202/2001, de 15 de octubre , y 14/2001, de 29 de enero , en las que se cita una amplia jurisprudencia anterior). Ha señalado, en alguna ocasión la oportunidad de la medida en relación con algún tipo concreto de delitos, como son el supuesto del tráfico de drogas tóxicas a gran escala o delitos contra la salud pública (entre otras, SSTC 37/1989, de 15 de febrero; 32/1994, de 31 de enero; 54/1996, de 26 de marzo; 207/1996, de 16 de diciembre). “El valor constitucional que se invoca frente al secreto de las comunicaciones es el interés público propio de la investigación de un delito que la legislación española considera grave, y, más

concretamente, la determinación de hechos relevantes para la investigación penal del mismo” (STC 49/1999, de 5 de abril).



## CAPÍTULO III

### RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DEL DERECHO A LA PRIVACIDAD Y AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

En el presente capítulo mencionaremos, los documentos internacionales que tutelan la privacidad e intimidad de las personas y la jerarquía normativa que ocupan estos en nuestro país, seguidamente en el ámbito comunitario expondremos las fuentes normativas comunitarias de limitación al “secreto de las comunicaciones” que están constituidas en el CEDH y por las Directivas 97/66/CE, de 15 de diciembre de 1997 y 95/46/CE de 24 de octubre de 1995, del Parlamento Europeo y del Consejo. En el presente apartado nos detendremos particularmente en la relación de complementariedad, que existe entre ambas directivas, y que las mismas se convierten en instrumentos que permiten a los Estados implementar estas limitaciones al derecho del secreto de las comunicaciones.

#### **3. 1. Jerarquía constitucional de los Tratados y Convenios en Bolivia.**

En Bolivia en la Constitución derogada de 1994 no se contaba con una *previsión que faculte al Tribunal Constitucional aplicar, con preferencia las normas de un tratado internacional específico*. En los casos precedentes, o cuando ha sido necesario en otros ha suplido con su facultad interpretativa la ausencia de normas expresas en ese sentido. Es cierto que el art. 1. II de la Ley del Tribunal Constitucional N° 1836 al señalar su finalidad le encomienda el control de constitucionalidad de las convenciones y tratados. Pero esto era solo para que el Poder Legislativo sea quien, en un momento opte por usar la vía de la consulta, pues a dicho poder le estaba encomendada la aprobación de los tratados, concordatos y convenios. Internacionales de acuerdo con el art. 52.12 de la anterior Constitución de lo que se deduce que tampoco se cubre con esa norma ese propósito de dar prioridad a los Tratados Internacionales, en Materia de derechos humanos. En la Ley de Necesidad de reforma a la

Constitución se proponía un texto que permitiría asumir que los derechos y garantías reconocidas por la Constitución se interpretarían de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La fórmula propuesta por el Tribunal Constitucional, a las instancias legislativas, es más efectiva porque a lo anterior añade: “Los tratados y convenios internacionales relativos a los derechos humanos suscritos y ratificados por Bolivia tienen jerarquía constitucional”.

No obstante, el Tribunal ha venido invocando como fundamento de algunas de sus resoluciones, cuando han sido pertinentes, La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, instrumento ratificado por Ley de la República Nro. 1430 de 11 de febrero de 1993. “De conformidad con el artículo 59, atribución 12ª de la anterior Constitución Política del Estado expresa en su art. 1 esta ley, se aprueba y ratifica la Convención Americana sobre Derechos humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, el 22 de noviembre de 1969. En los dos artículos siguientes de esta ley, se reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, conforme a lo establecido en el art. 45 de la Convención, así como la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en forma obligatoria, de pleno derecho, incondicionalmente y por plazo indefinido, conforme el art. 62 de la Convención.

Podemos afirmar que este tratado internacional ha cobrado vigencia y efectividad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Bolivia, además de que la ley ratificatoria hace que el Pacto de San José de Costa Rica forme parte del derecho positivo boliviano en materia de derechos humanos.

Hace más de cincuenta años, la Novena Conferencia Internacional Americana de Bogotá, Colombia, aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, sentando, entre otras cosas el principio de protección internacional de los derechos humanos como guía principalísima de evolución del derecho americano.. Este documento en alguna medida, también a servido

a nuestro Tribunal par la adopción de sus resoluciones para hacer efectiva la protección de los derechos humanos.

En lo que toca a los instrumentos legales por los cuales nuestro país ratifica varios tratado sobre derechos humanos. Mediante Decreto Supremo Nro. 18950, de 17 de mayo de 1982 mediante el que se disponía la adhesión de la República de Bolivia al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus 53 artículos y al Protocolo de Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, en sus 14 artículos.

En la actualidad la Nueva Constitución Política del Estado en el Titulo II EL Titulo de Derechos Fundamentales Y Garantías, Capitulo Primero, art. 13 parágrafos IV expresa *“Los tratados y convenios internacionales ratificados por la asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretaran de conformidad con los Tratados Internacionales de derechos Humanos ratificados por Bolivia”*.

El art 158 numeral 14 prevé: Ratificar los Tratados Internacionales, celebrados por el ejecutivo, en las formas establecidas por esta Constitución.

En cuanto a la jerarquía normativa el art. 410, parágrafo II de la Nueva Constitución Política del Estado expresa: La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico Boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de Constitucionalidad esta integrado por los Tratados y Convenios Internacionales, en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo las competencias de las entidades territoriales:

1. Constitución Política del Estado.

2. Los Tratados Internacionales.
3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena
4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes.”

Como hemos detallado líneas arriba en Bolivia se cuenta con normas constitucionales que prevé los tratados y convenios ratificados por Bolivia se mantienen en el orden interno y los derechos y garantías se interpretaran de acuerdo a los documentos internacionales y según su jerarquía en el derecho interno se aplicara en primer lugar la Constitución Política del Estado. Damos así un detalle resumido de aquellos tratados y convenios en relación al derecho a la intimidad no sin antes dejar de citar textualmente las disposiciones contenidas en los siguientes tratados y convenios internacionales:

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos , de 10 de diciembre de 1948 ,adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU ,que en su artículo 12 expone : "*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia ,su domicilio o su correspondencia , ni ataques a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias o ataques*".
- El artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , aprobado por resolución de fecha 16 de diciembre de 1966 "*Nadie será 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*".
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) , firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 , que en su artículo 8 dice textualmente "*Derecho al respeto a la vida privada y familiar : 1. Toda persona tiene derecho al respeto de*



*su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho , sino en tanto en cuanto esta injerencia éste prevista por la ley y constituya una medida que , en una sociedad democrática , sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito , la protección de la salud o de la moral , o la protección de los derechos y las libertades de los demás ".*

A pesar de que en ninguno de los textos internacionales referidos se hace la mas mínima alusión a la expresión “comunicaciones telefónicas” desde las primeras resoluciones del TEDH se deja perfectamente sentado de que el hecho de que dicho concepto, debía ser incluida como una simple variante del derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones.

### **3.2. Las limitaciones al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones:**

#### **Convenio Europeo de Derechos Humanos (C.E.D.H.)**

La posibilidad de establecer limitaciones al “derecho al secreto de las comunicaciones” se encuentra prevista en el propio art. 8 del C.E.D.H, que aparte de establecer, según hemos visto, que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia, lo que implica que no podrá haber injerencia de la autoridad publica en el ejercicio de este derecho, a continuación, permite, sin embargo la posibilidad de acordar injerencias en derecho al secreto de las comunicaciones por parte de la “Autoridad Pública “, siempre que concurren los siguientes presupuestos a saber:

- En primer lugar, que está injerencia este prevista en una disposición legal, dado que esta disposición va a establecer el marco de garantías que

impidan el vaciamiento de contenido del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

- En segundo lugar, que esta injerencia se a una medida necesaria para el cumplimiento de unos fines de interés publico en una sociedad democrática:

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia del *Caso Malone* de 2 de agosto de 1984, reconoce la necesidad de las escuchas telefónicas para investigar y combatir los delitos, sin que por ello sea obstáculo para impedir que el “ejercicio de semejantes facultades crea por su naturaleza secreta, el riesgo de abusos, fáciles de cometer en casos individuales y propios a consecuencias perjudiciales para el conjunto de la sociedad democrática. Por consiguiente la intervención que se produce solo puede considerarse “necesaria” en una “sociedad democrática”, si se rodea el sistema de vigilancia, adopta de garantías suficientes contra los abusos”, lo que se consigue ante todo mediante un vinculo entre calidad de la ley y “previsibilidad”, cuando sea la que la ley debe emplear “ términos lo suficientemente claros para que puedan conocer todos en qué circunstancias y mediante que requisitos permite el Poder Publico hacer uso de esta medida secreta y posiblemente peligrosa”.

Por tal motivo, la doctrina científica española unánimemente dispone la necesidad de “unos principios y requisitos cuya concurrencia conjunta será la única legitimación posible: la existencia de normas expresamente permisivas, la absoluta necesidad de esas injerencias, su proporcionalidad a las circunstancias y al estricto cumplimiento de las formalidades y requisitos previstos para su desarrollo habrían de considerarse escrupulosamente por el Juez- única autoridad pública- que en el caso español puede limitar derechos fundamentales- para que pueda estimarse su constitucionalidad.

Por todo ello, procederemos en síntesis, al estudio de los siguientes aspectos:

a) *Exigencia de ley autorizante de la intervención de las comunicaciones.*

Respecto a la primera de las exigencias que, con arreglo a la jurisprudencia del T.E.D.H., se encuentran contenidas en el art. 8 CEDH, debemos señalar, en primer lugar que la reserva legal a la que encuentra vinculada la posibilidad de adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales y libertades públicas, que deriva, como ha señalado el TC (STC 49/1999, DE 5 de abril, F.J. 4º), por mandato expreso de la Constitución Española precisa una habilitación legal”, cumple una doble función: por u lado cumple con una “legitimación democrática”, pues “ asegura que los derechos que la CE atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes”; y, por otro, contribuye a las exigencias de la “ seguridad jurídica” en un ordenamiento en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos “ únicamente al imperio de la ley “ y no existe en puridad, la vinculación al precedente.

b) *Necesidad y proporcionalidad de las medidas de intervención.* En art. 8 CEDH contempla como presupuesto de cualquier intervención el ámbito de las comunicaciones, además de la oportuna previsión mediante disposición legal, que dicha injerencia se justifique por necesidades de una sociedad democrática que en sentido amplio, podrían centrarse en el en el concepto de “interés público”, entre otras razones de seguridad pública, defensa, seguridad del Estado, incluido el bienestar económico del Estado y la persecución de los delitos.

**3.3. Directiva 97/66/CE de 15 de diciembre de 1997 y Directiva 95/46/CE de 24 de octubre de 1995 del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones.**

En el sector de las telecomunicaciones en consonancia con el art. 8 CEDH, al secreto de las comunicaciones y las limitaciones que legalmente puedan

establecerse, se encuentran expresamente previstas en el art. 5.1 Directiva 97/66/CE, de 15 de diciembre de 1997 lo siguiente “Los Estados miembros garantizaran, mediante normas nacionales la confidencialidad de las comunicaciones realizadas a través de las redes públicas de telecomunicaciones y de los servicios de telecomunicaciones accesibles al público. En particular prohibirán la escucha, grabación, el almacenamiento u otros tipos de interceptación o vigilancia de las comunicaciones por personas distintas de los usuarios, si el consentimiento de los usuarios interesados, salvo cuando este legalmente de conformidad apartado 1 del art. 14” (seguridad nacional, defensa, seguridad pública).

El art. 5.1 Directiva 97/66/CE, de 15 de diciembre de 1997, expresa “Confidencialidad de las comunicaciones. Los Estados miembros garantizaran, mediante normas nacionales, la confidencialidad de las comunicaciones realizadas a través de las redes públicas de telecomunicación y de los servicios de telecomunicación accesibles al público. En particular, prohibirán la escucha, la grabación, el almacenamiento u otros tipos de interceptación o vigilancia de las comunicaciones por personas distintas de los usuarios, sin el consentimiento de los usuarios interesados, salvo cuando estén autorizadas legalmente, de conformidad con el apartado 1 del artículo 14” consagra por un lado, la necesidad de que los Estados miembros de la Unión Europea garanticen la “confidencialidad de las comunicaciones realizadas a través de las redes públicas de telecomunicaciones y de los servicios de Telecomunicaciones” pero, por otro lado, en atención al interés público, prevé la posibilidad de que legalmente los ordenamientos jurídicos puedan establecerse limitaciones a dicha “confidencialidad”, como también se refleja en la normativa relativa a la protección de los datos de carácter personal, por ejemplo, en su art. 1.3 de esta misma Directiva 97/66/CE, disponiendo que “Objeto y ámbito de aplicación. La presente Directiva no se aplicará a las actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitarios, como las previstas por las disposiciones

de los títulos V y VI del Tratado de la Unión Europea y, en cualquier caso, a las actividades que tengan por objeto la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado ( incluido el bienestar económico del Estado cuando dichas actividades estén relacionadas con la Seguridad del Estado ) y a las actividades del estado en materia penal.” disponiendo que la presente directiva no se aplicara “no se aplicara (...), en cualquier caso, a las actividades que tengan por objeto la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado incluido el bienestar económico del Estado cuando dichas actividades estén relacionadas con la Seguridad del Estado” constituyendo una excepción que la Recomendación R (95) 4 ha referido expresamente al secreto de las telecomunicaciones (apartado 2.4) y que a su vez concuerda con el art. 13 de la Directiva 95/46/CE, que permite a los estados limitar legalmente alcance de las obligaciones y derechos (vid., art. 6.1, art. 10, art. 11.1 y arts. 12 y 21), cuando tal limitación constituya un medida necesaria para la salvaguardia de: a) la seguridad del Estado, b) la defensa, c) la seguridad pública, d) la prevención, la investigación, la detección y la represión de infracciones penales o de las infracciones de la deontología en las profesiones reglamentadas.

## CAPÍTULO IV

### LA EFICACIA PROBATORIA DE LAS DISPOSICIONES DE INTERVENCIÓN Y ESCUCHAS TELEFÓNICAS SU REGULACIÓN EN LA SISTEMÁTICA JURÍDICA INTERNACIONAL

#### 4.1. Experiencia en la legislación chilena.

En Chile existen dos vías legales para ordenar interceptaciones y grabaciones telefónicas: cuando un fiscal la solicita a un juez de garantía en el marco de investigaciones por narcotráfico o terrorismo, y cuando son solicitadas a un juez de la Corte de Apelaciones por los organismos de inteligencia estatales aduciendo riesgo para la seguridad nacional.

En cuanto a las leyes nacionales se hacen cargo de la materia la Ley General de Telecomunicaciones N° 18.168 de 2/10/1982 y sus modificaciones contempladas tanto en la ley N° 19.091, de 7/11/1991 como en la ley N° 19.277 de 20/1/1994 y la reciente, ley N°19.302 del 10/03/1997, llamada Ley General de Comunicaciones, el Código Penal Chileno en sus artículos 161-A y 161-B y las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Penal; Existen también disposiciones que regulan la interceptación telefónica en la Ley 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad, y en el art. 33 de la Ley Sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas

El Código de Procedimiento Penal chileno al hacerse cargo de la prueba señala expresamente que “no se dará valor a la confesión extrajudicial obtenida mediante la interceptación de comunicaciones telefónicas privadas, o con el uso oculto o disimulado de micrófonos, grabadoras de voz u otros instrumentos semejantes (art. 484, inc. 3). No tiene el valor probatorio de una confesión, pero esto no significa que no pueda conducir la investigación la búsqueda de otros elementos de prueba o, incluso llegar a servir de base a presunciones cuando no versa sobre comunicaciones de carácter privado.

En cuanto a las exigencias con las que debe cumplir la autorización judicial se aplican, en todo lo que sea compatible, las normas que regulan la

correspondencia postal y telegráfica. Por lo tanto, se decreta por resolución fundada, en la cual se determina con precisión los números telefónicos que serán objeto de esta medida. Es el juez el que sopesa la oportunidad y necesidad, proporcionalidad de la actuación por cuanto, cuenta con los indicios del caso. Durante el curso de la investigación mantiene el material bajo su responsabilidad.

#### **4.2. Experiencia en la legislación Argentina.**

En la República Argentina la Ley Nacional 19.798 “Ley nacional de Telecomunicaciones” y la Ley nacional 25.520 “ley de Inteligencia Nacional “ se ocupan de tutelar la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas siendo que las leyes procesales locales las que instrumentan y operativizan la injerencia estatal la privacidad. La Ley 25.520 que en su art. 18 y siguientes regula la interceptación y captación de comunicaciones privadas de cualquier tipo en el desarrollo de actividades de inteligencia y contra inteligencia, estableciendo que la Secretaria de Inteligencia deberá solicitar la pertinente orden al juez federal penal con competencia jurisdiccional y la resolución denegatoria apelable ante la Cámara Federal respectiva. Dicha solicitud, será formulada por escrita deberá ser fundada. La autorización no podrá extenderse por más de sesenta días y caducara automáticamente a menos que mediare formal pedido y no podrá superar otros sesenta días.

En este sentido, en el ámbito Federal el código procesal Penal de la nación en su art. 236 se encarga de explicar cuáles son los requisitos legales para proceder a una intervención telefónica y de sindicar el órgano competente para dictarla: siempre el juez, salvos en los casos previstos en el párrafo tercero del citado artículo donde lo ordena el Ministerio Publico fiscal con posterior convalidación del juez.

En el orden local de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a la luz del art. 117 del CPPCABA se establece que la petición fundada la debe efectuar el Ministerio Público fiscal ante el Juez quien deberá resolver por auto.

Estos requisitos se pueden resumir en: a) una necesaria intervención; b) una fundamentación de la orden por auto; c) el objeto material de la orden puede recaer en intervenciones de comunicaciones telefónicas o cualquier otro medio de comunicación; c) que la finalidad pueda consistir en impedir o conocer las comunicaciones y e) que se trate de las comunicaciones del imputado.

#### **4.3. Experiencia en la legislación de Guatemala y demás países.**

Guatemala en su lucha para combatir la delincuencia común, el crimen o delincuencia organizada siendo el narcotráfico uno de los delitos de alto impacto social, ha implementado nuevas leyes, como la Ley aprobada mediante Decreto 21-2006 Ley Contra la delincuencia organizada que en su art. 48 permite las interceptaciones telefónicas y de otros medios de comunicación que utilizan el espectro electromagnético aduciendo que el objeto de esta disposición es la prevención, interrupción y combate del crimen organizado. El Decreto establece tres necesidades prioritarias enmarcadas para posibilitar las escuchas telefónicas o interceptaciones contenidas en tres tipos de acciones diferentes: evitar, interrumpir o investigar la comisión de delitos.

Estableciendo que las escuchas telefónicas se ejecutaran en casos específicos que incluyan la comisión de determinados delitos que se encuentran enunciados en la ley y estos son Delitos contenidos en la Ley Contra la Narcoactividad, Decreto 48-92 del Congreso de la República de Guatemala (Transito Internacional, Siembra y Cultivo, Fabricación o Transformación, Comercio, Trafico o almacenamiento ilícito, Promoción y Fomento, etc.); Delitos contenidos en la Ley contra el Lavado de Dinero u otros activos, Decreto 67-2001 (Lavado de dinero u otros activos); Delitos contenidos en la Ley de Migración, Decreto 95-98 (Ingreso Ilegal de Personas, Transito Ilegal de Personas y Transporte de Ilegales); Delitos contenidos en la Ley para Prevenir y reprimir el Financiamiento



del Terrorismo, Decreto 58-2005 (Financiamiento del terrorismo y trasiego de dinero); Delitos contenidos en el Código Penal, Decreto 17-73 (Peculado, Malversación, Concusión, etc.); Delitos contenidos en la Ley Contra la Delincuencia organizada, Decreto 21-2006 (Conspiración, Asociación ilegal de gente armada entre otros).

En todo caso estas medidas y su autorización esta en manos del J uez de Primera Instancia del Ramo Penal a solicitud de la Fiscalía y cuando la Policía tenga conocimiento de la comisión o planificación de delitos debe dirigirse a la investigación de uno de los delitos contenidos en la Ley, y a personas determinadas no producto de situaciones casuales.

Siendo el órgano jurisdiccional quien ejerce el control de la coacción estatal mediante la aplicación de estas medidas.

**El Salvador** cuenta con una “Ley Especial de Intervenciones Telefónicas” aprobada mediante D.L. Nro. 285, de fecha 18 de febrero. La Fiscalía General de la República (FGR) esta a cargo del centro de intervenciones telefónicas y podrá pedir ayuda a la Policía Nacional Civil (PNC) de quienes se sospechen que cometen delitos. Lo que quiere decir que ambas instituciones operaran conjuntamente.

La ley Especial para la intervención de las Telecomunicaciones, en el art. 1 hace hincapié a esa prohibición de injerencia a la privacidad de los individuos, lo cual procederá de conformidad con los presupuestos de ser: judicial, escrita, motivada, excepcional, temporal, que la medida sea necesaria, proporcional, que exista reserva y confidencialidad, y que la medida recaiga sobre las telecomunicaciones y medio de soporte de las personas presuntamente involucradas en los delitos, ya sean sus titulares o usuarios habituales o eventuales, directa o indirectamente, incluidas las telecomunicaciones por interconexión. La intervención también puede recaer sobre aparatos de telecomunicaciones y otros medios de soporte abiertos al público.

La procedencia de la medida debe de estar concedida por autorización judicial, para ello es necesaria previamente la petición de la Fiscalía General de la República, única facultada para presentar la solicitud ante el juez competente (art. 7 Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones). El art. 8 de la Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones, indica que la medida "...será autorizada por cualquiera de los jueces de instrucción con sede en San Salvador". Ello implica que tanto jueces de instrucción en materia de delitos comunes, como especializados en el ámbito de crimen organizado y delitos de realización compleja, son los competentes para otorgar la autorización de la intervención de las telecomunicaciones.

En cuanto a los presupuestos de procedencia de la medida esta el de la existencia de una investigación y procedimiento previo ( la Fiscalía tiene el deber de proporcionar elementos suficientes que permitan al juez competente tomar la decisión, esta investigación no es pre delictual, sino producto de una investigación ya iniciada y que además se haya agotado otros medios de investigación); el segundo supuesto que fija la ley es el de la Concreción del Hecho Delictivo ( es necesario que la Fiscalía indique el hecho delictivo en investigación pues la medida no procede para todos los delitos).

Así la Ley Especial en la materia del país salvadoreño en su art. 5 establece los delitos por los cuales procede dicha medida: Homicidio y su forma agravada; Privación de Libertad, Secuestro y Atentados contra Libertad; Pornografía, Utilización de personas menores de dieciocho años de edad e incapaces o deficientes mentales en pornografía Posesión de Pornografía; Extorsión; Concusión; Negociaciones ilícitas; Cohecho propio, Impropio y activo; Agrupaciones ilícitas; Comercio de Personas, Tráfico Ilegal de Personas; Trata de personas y su forma agravada; Organizaciones internacionales delictivas; Los delitos previstos en la ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas; los delitos previstos en la Ley contra Actos de Terrorismo; Los delitos previstos

en la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos; los delitos conexos con cualquiera de las anteriores.

Asimismo en su Art. 10 señala que la autoridad competente para otorgar o denegar la medida el juez debe dictar una resolución escrita donde motive las razones de la procedencia. La decisión denegatoria podrá ser susceptible de aplicar el decurso de apelación. Esta medida solo podrá proceder cuando sea necesaria y excepcional.

La finalidad probatoria solicitada por el ente investigador Fiscalía debe conllevar a demostrar conjuntamente con otros medios de prueba y no el único., la existencia de un delito así como de los partícipes.

En cuanto a la limitación temporal el art. 12 de la Ley ordena como un plazo de tres meses, susceptible de prórroga.

#### **4.4. La escucha telefónica como prueba documental.**

Son más frecuentes de lo que parecen las denominadas escuchas telefónicas, unas veces por la policía, otras, por particulares. Pero todas tendientes a hacerlas valer en juicio. Sin embargo, en averiguación de delitos es necesario para la policía realizar escuchas telefónicas, y como único medio lícito de obtenerlas para hacerlas valer en juicio, es solicitar autorización judicial, siendo el Juez quien en resolución motivada la acordará.

Es conocido el caso “Kruslin” por el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 24 de abril de 1990, resolvió en el sentido de que la jurisdicción francesa había vulnerado el art. 8 del Convenio de Derechos Humanos. Los hechos en síntesis consistieron en que el Sr. Jean Kruslin hablaba por teléfono con una persona sobre un homicidio diferente al investigado por orden judicial. Esta conversación grabada sirvió para que la policía de Toulouse la utilizara en el caso que casualmente había descubierto.

La restricción de un derecho fundamental como es el secreto a las comunicaciones debe ir presidida por el principio de mínima intervención, cuando no sea susceptible de obtener pruebas por otros medios, principio de proporcionalidad entre la medida adoptada y la necesidad de su práctica, teniendo en cuenta su utilidad en el caso concreto, la gravedad del delito investigado. Por tanto, cuando en el curso de una investigación para una determinada persona y delito se tiene conocimiento de otro hecho delictivo para el que no se tenía autorización, ha de ser la policía, de no tratarse de un delito conexo, la que tiene obligación de comenzar una nueva causa criminal, ponerlo en conocimiento del Juez, que en virtud de esa nueva causa podrá acordarla. Pero la grabación obtenida casualmente de otro delito que no se investigaba no puede ni debe ser válida, así es conocida la célebre Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos. Cuando las escuchas telefónicas son obtenidas de forma irregular se produce lo que se ha venido en denominar la “teoría de los frutos del árbol envenenado”. Pero el tema no es que afecte a la prueba sólo así obtenida, sino a todo lo de ella derivado directa o indirectamente. Así, el Auto de la Audiencia Provincial de Almería, de 10 de diciembre de 1992 dice: *“Dada la nulidad de las grabaciones y, como efectivamente éstas son nulas, la pericia sobre las cintas debe presumirse, y lo mismo cabe decir de la audición de las cintas, que había sido solicitada por las acusaciones particulares que, asimismo, ha de ser dejada sin efecto”* *“En cuanto al material probatorio cuantitativamente abundante para unas y otras partes, ajeno a las escuchas telefónicas y no derivado ni directa ni indirectamente de ellas, pero también es claro que ni es admisible que en la práctica de la prueba se haga uso de las escuchas o de sus resultados ni pueda basarse la acusación en las unas ni en los otros (...), aplicándose así la doctrina de los frutos del árbol envenenado, prohibitiva del efecto contaminador de las pruebas nulas sobre el resto de la actividad probatoria”*. En el mismo sentido se introduce en todas las legislaciones la doctrina de las frutas del árbol caído. En su virtud, todo lo que surja del tronco de una prueba ilícita, es ilícito, y no puede tener efecto probatorio

Toda grabación que se haga a través de los filtros judiciales establecidos será considerada en los tribunales a como una prueba documental



## CAPÍTULO V

### LEGITIMIDAD DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA DE LAS INTERCEPTACIONES EN CONSONANCIA CON LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL.

#### 5.1. El llamado control judicial.

Sobre ello implica que el ente investigador debe aportar la información que arroje la investigación procedente de la interceptación o intervención de las comunicaciones. El primer control que se presenta es al momento de conceder la medida, al considerar la fundamentación de la solicitud y ver su procedencia, luego si se solicita prorroga para la misma, y cuando se presente la información recolectada.

#### 5.2. Discrecionalidad del juez.

Para llevar adelante este extremo se deben dar las condiciones de modo, tiempo y lugar que por si demuestren la necesidad de la adopción de la medida a los fines investigativos de la comisión u omisión de un potencial delito. Aquí comienza a reflejarse un limite muy endeble entre la facultad discrecional que le asiste al órgano jurisdiccional con todos los elementos valorativos estudiados para tal contenido.

La Sala II de la Cámara de Casación Penal en la causa N° 894/1997 caratulada "URQUIA, JUSTO RAMON Y OTRO sostuvo que: "...los motivos y razones que dan sustento al auto fundado, podrán surgir: a) del propio decisorio, si el magistrado desarrolla en el mismo decreto la argumentación sobre el cual reposa la medida; b) de otra pieza procesal a la cual el auto se remite n forma inequívoca, y d la cual surjan con claridad los fundamentos que lo avalan y c) de las incontrovertibles constancias arrimadas al proceso con anterioridad al dictado del auto, surja de forma indubitable la necesidad de proceder, o en otra

palabras que esta sea una consecuencia lógica de pruebas colectadas con antelación, en lo que constituya un ejercicio racional y mesurado de poder que no afecten disposiciones de rango constitucional que protegen el ámbito privado” Por lo expuesto, el exceso de lo antes expresado constituiría una violación a los derechos y garantías de raigambre constitucional y por defecto, de no considerarse el auto ordenatorio de la media lo suficientemente motivado o sea “que se baste a si mismo” caería el Juez en su decreto resolutivo con una evidente inmotivación que acarrearía la nulidad de todo el proceso.

Por lo tanto los verdaderos elementos valorativos para motivar la adopción la adopción de la escucha telefónica deberán ser estrictamente conducentes para lograr descubrir la verdadera realidad en el caso concreto. Con este previo análisis surge el primer límite que le es impuesto al órgano jurisdiccional y que recae en la convicción en lo que a fundamentos de refiere, a fin de motivar el acto resolutivo.

Esa convicción ya no va a surgir de la sola facultad discrecional valorada “ex ante” por el Juez sino amén de ello debe coexistir con la existencia de elementos concretos que de modo razonable justifique la medida que se adopta ya que lo contrario importaría entrometerse en el ámbito privado y reservado de cada persona.

Ergo la motivación fundada en elementos convictivos, hechos concretos y condiciones de tiempo, espacio y lugar es la estructura necesaria y suficiente que ha de imperar en el juzgador, desechando y erradicando por completo que esto tenga su origen o sea producto de la voluntad subjetiva del último.

Por lo tanto los únicos fundamentos con que se guíara al órgano jurisdiccional serán los elementos que sean los elementos formadores de su “íntima convicción” y no en la regla de la sana crítica racional que en contrario resultaría una suerte de “libre convicción”.

Se desprende de lo antedicho que existe un precipicio que será la valoración subjetiva del magistrado los elementos objetivos que motivaran el auto en que se adoptara la medida.

Como consecuencia de ello deviene un estrecho margen entre la valoración por parte del Juez de los elementos objetivos a tener en cuenta para el dictado de la eventual medida y como se representan éstos en la faz subjetiva del magistrado, comenzando aquí a evidenciarse una multiplicidad de criterios a adoptar que pueden estar interactuando en el plano volitivo en el objetivo o en ambos.

Si como fin de la motivación se entiende la necesidad de controlar la coacción estatal y evitar la arbitrariedad de controlar la coacción estatal y evitar la arbitrariedad de sus órganos por medio del control judicial, es este quien debe basar su fundamento que originaria tamaña decisión a adoptar en reglas claras y concretas entendidas éstas las que emana de un plexo normativo con más la apoyatura de diversos elementos que se fueron incorporando con anterioridad a su dictado de un modo razonado ya que de lo contrario, no estaría resguardada las garantías de intimidad y de inviolabilidad de las comunicaciones consagrada en la Nueva Constitución Política del Estado y demás documentos internacionales.

### **5.3. Principios doctrinarios y procesales que informan el auto que autoriza las interceptaciones o escuchas telefónicas.**

#### **5.3.1. Principio de legalidad.**

Cualquier injerencia en un derecho fundamental, en este caso, el derecho fundamental a la vida privada debe estar avalado por una norma constitucional o legal que adquiera validez probatoria dentro del proceso penal.

#### **5.3.2. Principio de motivación o fundamentación.**



Que es un derecho complejo en virtud de que incluye o asimila a otros como el libre acceso a los tribunales, el derecho a obtener una resolución con motivación suficiente para garantizar a su vez el derecho de defensa.

La exigencia legal implica que las resoluciones especifiquen de forma suficiente las razones fácticas y jurídicas de lo que acuerdan, o sea que estén motivadas lo suficiente de manera que se ponga de manifiesto el proceso lógico y jurídico que ha conducido al fallo, esta fundamentación de medida cumple una doble función de proporcionalidad y de motivación pues implica la necesidad de que exista proporción entre la injerencia en la vida privada que esa clase de mecanismos supone y la finalidad que se pretende con ella.

Motivar o fundamentar implica por escrito las razones que justifican el juicio lógico que ellas contienen, determinando a la vez las causas que fundan el decisorio exponiendo los fundamentos facticos y jurídicos que lo sustentan, siendo que la ley procesal establece el deber judicial de motivar las sentencias y demás resoluciones como garantía esencial de justiciable, vinculada con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, lo que hace factible que se planteen el conjunto permitidos por la ley, con el objetivos de que los tribunales superiores puedan conocer las razones que han tenido los inferiores para dictar las resoluciones sometidas a la impugnación.

Las funciones de la motivación del auto son evidenciar si la adopción de la medida de interceptación guarda proporcionalidad con el fin perseguido, lo que implica el desarrollo lógico de un juicio de proporciones que oscilan entre la conculcación del derecho y el fin investigador que se pretende.

Al hablar de la de la discrecionalidad del juez, se alude a la facultad de decidir si se autoriza o no la medida solicitada. Debiendo para el efecto considerar si en el caso específico no existen otros medios alternativos de investigación y descartándola cuando sea previsible su escaso existo, porque en la ejecución de las interceptaciones se desvirtúa la presunción de inocencia, ante la expectativa de las llamadas pruebas indiciarias.

En las autorizaciones judiciales de las interceptaciones telefónicas, la motivación fáctica tiene muy relativo, dado el momento procesal en que se producen, ya que como se entenderá hasta ese momento solo existen sospechas, aunque fundadas, de que se esta cometiendo un delito o se esta conspirando para cometerlo.

El juez que recibe de interceptar u teléfono o cualquier otro medio de comunicaciones que utilice el espectro electromagnético, luego de analizando detalladamente en un alcance, en ejercicio de su competencia, puede aceptarla o rechazarla. Si la acepta no deberá repetir en su resolución los razonamientos facticos que los fiscales que los fiscales del Ministerio Publico, como requirentes le expongan sino referirse a ellos en forma general de manera que exista congruencia entre la solicitud y el auto que la resuelva..

Las aseveraciones fácticas deben ser tales que puedan ser valorarlas por el Juez para determinar la razonabilidad y proporción de la medida solicitada.

### **5.3.3. Principio de necesidad.**

El principio de necesidad de la medida, exige que la medida de injerencia debe ser imprescindible para conseguir el objeto fijado, de tal modo que si hay diversas medidas aptas para el fin pretendido habrá que recoger aquélla que suponga una menor intromisión en los derechos fundamentales. Por lo tanto si hay otros medios para conseguir la finalidad buscada, la injerencia ya no sería necesaria, y en consecuencia no deberá autorizarse la medida de intervención telefónica. Las medidas especiales, únicamente pueden aceptarse como fuente de pruebas, cuando resulta materialmente imposible obtener la prueba por otro mecanismo menos lesivo de los derechos de la persona.

### **5.3.4. El principio de idoneidad.**

Dicho principio es entendido como o pronostico de que la intervención pueden deducirse datos relevantes para las resultas de la investigación ya abierta o incipiente. Por tanto el indicado principio exige que la medida de

intervención sea la adecuada para la finalidad perseguida, o dicho de otro modo, que la injerencia en las comunicaciones sea apta para lograr el fin perseguido. Por consiguiente, si hay otros medios menos gravosos y también idóneos para conseguir la finalidad perseguida aparte de la intervención de las comunicaciones, habrá que decidir por uno de ellos, precisamente el menos restrictivo puesto que si existieran otras medidas, la injerencia ya no sería necesaria y por lo tanto, no debería ser autorizada.

#### **5.3.5. Principio de subsidiaridad.**

El principio de subsidiariedad, que se traduce en la improcedencia de toda intervención telefónica cuando existen otros medios de investigación alternativos que eviten la lesión del derecho fundamental.

#### **5.3.6. Principio de proporcionalidad.**

Que requiere una correlación entre la gravedad que supone esta medida restrictiva de derechos fundamentales y la entidad de los hechos que se investigan. En este sentido, la jurisprudencia exige para la licitud de una intervención telefónica que se esté investigando un delito grave. Es decir, no se puede acordar una medida tan gravosa como ésta para investigar, por ejemplo, un delito de hurto.

De acuerdo al principio de proporcionalidad que debe evaluarse la gravedad del delito investigado, el grado de seriedad y fundamentar en la noticia del delito que es transmitido al Ministerio Público, pues este al momento de contar con la noticia criminis ya sea por medio de la Policía, suficiente que coadyuven al juzgador a considerar la utilización de las medidas oportunas o improcedentes.

En determinados casos el juez previo a denegar la solicitud de las medidas especiales, por considerar que lo expuesto por los fiscales no es válido, puede requerir al Ministerio Público la ampliación de los motivos de la solicitud a través

de la indicación de las fallas o deficiencias contenidas en la misma, lo cual deberá enmendarse en un plazo de veinticuatro horas con la debida fundamentación.

Cualquier informe policial deberá ser atendido y evaluado previo a considerar si del mismo se desprende la necesidad de utilización de las medidas. Siendo que las mismas servirán para comprobar la certeza de los indicios o sospechas racionales del delito que se investiga, como mínimo debe existir una línea de investigación entre la comisión de hechos delictivos y además datos objetivos y serios ya que las medidas representan injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del sujeto que hasta este momento no es ni sindicado, ni acusado.

#### **5.3.7. Principio de especialidad.**

El T.E.D.H. También ha incluido el principio de especialidad entre los requisitos que deben concurrir en todo acto de injerencia del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Así entre sus más recientes pronunciamientos sobre la materia, se hallan las sentencias de 25.03.1998, caso *Koop*; de 30.07.1998 caso *Valenzuela Contreras* y de 30.07.1998, caso *Lambert* exigiendo todas ellas que la autorización judicial de intervención de las comunicaciones telefónicas se adopte con una finalidad específica, esto es concreta ya que el Alto Tribunal estima esencial especificar la finalidad perseguida con la medida toda vez que es precisamente la concreta determinación del hecho objeto de la investigación la que permite realizar el juicio de ponderación entre el sacrificio que supone la medida para el sujeto investigado y el fin legítimo perseguido con la injerencia.

No pueden decretarse las interceptaciones para tratar de descubrir de manera general e indiscriminada todos los actos delictivos, únicamente es aplicable en aquellas indicados por la Ley, los que constituyen hechos verdaderamente

graves, o que corresponden a las actividades de grupos u organizaciones criminales.

#### **5.3.8. Principio de exclusividad jurisdiccional.**

Corresponde únicamente a la autorización judicial la facultad de establecer restricciones al derecho de las comunicaciones telefónicas y de otros medios de comunicación que utilicen el espectro electromagnético.

#### **5.3.9. Principio de exclusividad probatoria.**

El objetivo único de las interceptaciones es establecer la existencia del delito y el descubrimiento de sus autores, lo que implica que las informaciones adicionales obtenidas por medio de las interceptaciones y que no se refieran a hechos delictivos, no pueden utilizarse, publicarse o difundirse por ningún medio y deben mantenerse en total secreto.

#### **5.3.10. Principio de excepcionabilidad.**

Las interceptaciones como medidas especiales solo podrán adoptarse cuando no exista otro medio de investigación del delito, que sea de menor incidencia y causa de daños sobre los derechos y libertades fundamentales del individuo que los que inciden sobre la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones.

#### **5.3.11. Principio de limitación temporal.**

Este principio señala que la autorización de las medidas debe conferirse por tiempo limitado. es decir que el presupuesto debe entenderse por el tiempo estrictamente indispensable para el buen resultado de la investigación, ya que, en caso contrario, la medida devendría desproporcionada e ilegal.

#### **5.3.12. Principio de limitación subjetiva.**

La medida recaerá únicamente sobre los teléfonos fijos o móviles, de las personas que de acuerdo a los indicios se encuentran implicados o sean utilizados en la comisión de delitos ya sea por los titulares de los teléfonos o sus usuarios habituales.

Debe originarse el número o, los números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser interceptadas, reproducidas y grabadas. Lo particular de las medidas especiales, es que pueden afectar a personas sobre las que existen indicios de responsabilidad criminal, aunque no se encuentren procesadas o inculpadas especiales, es que pueden afectar a personas sobre las que existen indicios de responsabilidad criminal, aunque no se encuentren procesadas o inculpadas de ningún delito.

#### **5.3.13. Principio de limitación objetiva.**

Se centra en que existan indicios racionales de que se ha cometido, o se va a cometer, ese delito grave del que ya se tiene conocimiento. No bastan, por tanto, las meras sospechas o apreciaciones subjetivas del investigador para pinchar un teléfono: es necesaria la existencia de indicios objetivos previos basados en hechos reales y contrastados. En palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2002: “las sospechas precisan, para que puedan entenderse fundadas, hallarse apoyadas en datos objetivos”. Por tanto, están prohibidas las intervenciones telefónicas prospectivas, es decir, las que se realicen de modo preventivo, por si suena la falta y se descubre algo. Como recordó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 253/2006, “el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos, o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en la mente de los encargados de la investigación penal, por más legítima que sea esa aspiración, pues de otro modo se desvanecería la garantía constitucional”.

Este principio dispone la previa existencia de indicios de la comisión de delito, lo que difiere de las simples sospechas o conjeturas, ya que debe existir elementos de convicción o la noticia racional del hecho que se quiera comprobar y de la probabilidad de su existencia y de cómo llegar por medio de las interceptaciones al conocimiento de los autores del ilícito, pudiendo ser esos indicios los que facilita la policía, con la pertinencia ampliación de los motivos que el juez estime conveniente. Presupone un juicio de ponderación de la medida restrictiva del derecho fundamental cuya limitación se autoriza.

Las exigencias necesarias para que pueda reconocerse la legitimidad y validez de las interceptaciones o escuchas telefónicas requiere la existencia previa de indicios racionales de la comisión de un delito o para su descubrimiento, ya que su contestación se efectúa en la fase preparatoria o de investigación anterior al juicio oral. No puede exigirse la certeza en la comisión del delito o de la intervención de determinada persona porque en tal caso no serían tales medidas.

#### **5.3.14. Principio de procedibilidad.**

Es necesaria la existencia previa de un procedimiento de investigación penal que conlleve a la solicitud y autorización de las interceptaciones de las comunicaciones, es decir que no podrán autorizarse en forma inversa las intervenciones de los medios de comunicación sin que exista proceso alguno de investigación. De manera que las interceptaciones no pueden incluirse dentro de las diligencias indeterminadas ya que lo esencial y decisivo es que haya una motivación suficiente que justifique la medida adoptada por juez competente.

#### **5.3.15. Principio de control judicial.**

El control judicial es la facultad de autorizar las escuchas telefónicas, con la obligación de verificar el desarrollo de las mismas con apego irrestricto a las normas y la determinación del cese de la medida de

interceptación. De lo que se infiere que el control judicial no se limita al momento de ordenar la medida, debe mantenerse rigurosamente durante su desarrollo en garantía de los derechos constitucionales, del afectado quien desconoce la medida adoptada contra el, y no puede impugnarla.

Tiene una doble función, la verificación de las acciones realizadas por los agentes que ejecutan las interceptaciones, quienes deben dar a cuenta al Juez de cualquier incidencia acaecida durante la aplicación de la medida, especialmente en el caso de los hallazgos casuales y que los autos judiciales habilitantes deben establecer los mecanismos de control convenientes y adecuados, tanto respecto del tiempo de duración de la medida, forma de realización y fraccionamiento de actas que contengan informes de los actuado. Los agentes que ejecuten las interceptaciones deben remitir al juez en su totalidad los originales de las cintas grabadas, documentos reproducidos u otros, pues no les compete seleccionar a desechar conversaciones, ya que esto se constituiría en alteración de la prueba y conllevaría a su nulidad.

La doctrina procesal penal señala la inoperatividad de utilizar determinados formalismos para fundamentar una resolución, es decir que existe un rigor procedimental. Pero no basta con llenar los presupuestos formales se deben además valorar las cuestiones de fondo.

En su resolución el juez determinara la procedencia de la medida, por resolución fundada y señalara en forma expresa.



## CAPÍTULO VI

### LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES EN BOLIVIA

#### Antecedentes:

#### 6.1. Ley General de Telecomunicaciones Nro. 1632 de fecha 5 de julio de 1995.

En Bolivia la Ley general de Telecomunicaciones N° 1632 de fecha 5 de julio de 1995 (derogada) se establecía una salvedad de poder interceptar, interferir, etc. comunicaciones al margen de la CPE en el "Artículo 37°.- *INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES.- Los servicios de telecomunicaciones son declarados de utilidad pública. Salvo disposición judicial en favor de autoridad competente, queda terminantemente prohibido interceptar, interferir, obstruir, alterar, desviar, utilizar, publicar o divulgar el contenido de las telecomunicaciones*"

#### 6.2. El derecho fundamental: La sentencia 004/99 del Tribunal Constitucional. Las comunicaciones privadas son inviolables.

En nuestro ámbito territorial podemos citar como precedente en lo que respecta a la interpretación de la normativa sobre las comunicaciones privadas la SC N° 004/99.

Esta sentencia es consecuencia del recurso Directo o Abstracto de inconstitucionalidad prevista en el capítulo II, art. 54 de la Ley del Tribunal Constitucional Ley No. 1818 de 1 de abril de 1998 que a la letra expresa: "...*El recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad procederá contra toda ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial, contraria a la Constitución Política del Estado como acción no vinculada a un caso concreto*".

El Tribunal Constitucional declaró en 1999, mediante la sentencia, inconstitucional la frase "*salvo disposición judicial a favor de autoridad competente*" contenida en el Art. 37 de la ley 1632 de 5 de julio de 1995, en

la que se incluyó la posibilidad de poder interceptar, interferir y desviar comunicaciones privadas con “esa excepción”.

El recurso directo o abstracto de Inconstitucionalidad planteado por la entonces Defensora del Pueblo Ana María Romero de Campero, en contra de la segunda parte del art. 37 de la Ley 1632 de 5 de julio de 1995, se lo promueve alegando la violación al derecho del derecho de privacidad y al intimidad inherente a la persona humana.

El texto del Art. 37, contenía una permisión legal para que en virtud de una orden judicial otorgada a favor de autoridad competente, se pueda interceptar, interferir, obstruir, alterar, desviar, utilizar publicar, o divulgar el contenido de las telecomunicaciones; alegando la recurrente la vulneración al mandato constitucional contenida en el párrafo II del art. 20 de la constitución Política del Estado que prevé:

*“I. Son inviolables la correspondencia y los papeles privados, los cuales no podrán ser incautados, sino en los casos determinados por ley y en virtud de una orden escrita y motivada de autoridad competente. No producen efecto legal los documentos privados que fueron violados o sustraídos.*

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

Admitido el recurso el Tribunal considera: “que si bien no todos los derechos y garantías consagrados en la constitución Política del Estado son de carácter irrestricto, es el mismo orden constitucional el que se encarga de establecer las limitaciones cuando ellas procedan, como el caso del derecho a la locomoción, (arts. 10 y 11 de la C.P.E.). Lo propio ocurre en el derecho a la libertad (art 9.I C.P.E), lo que no ocurre con la inviolabilidad de las comunicaciones.

De una manera sencilla y rotunda, con nitidez en la exposición, deja claro la propia sentencia que: Consecuentemente, con el reconocimiento constitucional contenido en el art. 20. II citado, se preservan los derechos a la intimidad de todas las personas evitando actos arbitrarios que violen la privacidad y la reserva independiente de que su revelación pueda o no acarrearla perjuicios, sin ninguna excepción, restricción o limitación, por no estar previstas en la propia Constitución Política del Estado. Declarando **inconstitucional** la frase “salvo *autorización judicial a favor de la autoridad*” contenida en la segunda parte del art. 37 con el efecto derogatorio en aplicación del art. 58 párrafo II de la ley del Tribunal Constitucional.

Quedando claro de esta manera la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Muchas cosas se podrían decir analizando esta sentencia, pero a los efectos que perseguimos en este trabajo, es suficiente que: a) la restricción o limitación al derecho fundamental debe de estar prevista claramente en el texto constitucional b) se preserva el derecho de las personas a la intimidad c) se evita la arbitrariedad del poder para la aplicación de esta salvedad.

### **6.3. Ley de Telecomunicaciones, Tecnología de Información y Comunicación Nro. 164 de fecha 8 de agosto de 2011.**

En fecha 8 de agosto de 2011, el gobierno promulgó la “Ley de Telecomunicaciones, Tecnología de Información y Comunicación” N° 164

La Ley parte del principio fundamental, constitucionalmente reconocido, del acceso universal y equitativo a los servicios de telecomunicaciones y Tecnologías de la Información y la Comunicación. Propone garantizar el uso eficiente del espectro electromagnético y proteger a las y los consumidores con criterios de calidad, asequibilidad, protección a la privacidad, eficiencia económica, “neutralidad tecnológica”, entre otros principios.

### 6.3.1. Análisis del art. 111 de la ley de Telecomunicaciones, Tecnología de Información y Comunicación.

En la nueva ley de Telecomunicaciones, Tecnologías de Información y Comunicación en el artículo 111 de la norma en cuestión en el párrafo I prevé que: “*En casos de peligro para la seguridad del Estado, amenaza externa, conmoción interna o desastres, los operadores y proveedores de telecomunicaciones y tecnologías de información y comunicación, estarán obligados a cooperar y poner a disposición de las autoridades públicas legítima y legalmente constituidas, de manera gratuita y oportuna, las redes y servicios, así como la emisión, transmisión y recepción de las telecomunicaciones y tecnologías de información y comunicación que les sean requeridas*”.

Antes de iniciar el análisis del párrafo I contenida en el art. 111 de la ley Nro. 164 creemos oportuno definir algunos términos empleados en la redacción del citado artículo a los efectos que perseguimos en la presente investigación monográfica:

- *Peligro.* La mayor probabilidad de un acontecimiento dañoso; La probabilidad más o menos grande de su producción.
- *Conmoción.* Existencia de hechos que alteran el orden público en contra de la Seguridad del Estado.
- *Seguridad del Estado.* La seguridad es un bien jurídico público y común como margen de protección, a través del cual el Estado boliviano dispone para hacer frente a dimensiones de riesgo de diversos tipos. La Seguridad del Estado tiene dos componentes: La seguridad interna y la seguridad externa.
- *Seguridad externa.* Considerada como la resistencia a las amenazas a través de la anticipación o prevención en su caso la defensa de la patria, son todos aquellos mecanismos con los que nuestro Estado se

protege de agresiones oposiciones o presiones externas. Están a cargo de las Fuerzas Armadas.

- *Seguridad interior.* Son el conjunto de condiciones orientadas a proporcionar las garantías necesarias para el desarrollo de las actividades económicas, políticas y sociales para preservar a la colectividad nacional de los peligros que contradicen su supervivencia, integridad y logro del bienestar general. Están a cargo de la Policía Nacional.
- *Operador.* Es la persona natural o jurídica, pública o privada, cooperativa o comunitaria, que administra, controla, explota una red de telecomunicaciones y tecnologías de información y comunicación con la autorización respectiva.
- *Proveedor de servicios.* Es la persona natural o jurídica, pública o privada, cooperativa o comunitaria, autorizada para prestar servicios de telecomunicaciones y tecnologías de información y comunicación, a las usuarias y usuarios.
- *Red.* Son las instalaciones que en conjunto establecen conexiones o comunicaciones entre dos o más puntos para conducir símbolos, señales, textos, imágenes, voz, sonido, datos, información de cualquier naturaleza u otro tipo de señales electrónicas, mediante líneas físicas, ondas electromagnéticas, medios ópticos u otro tipo de conexión.
- *Servicio de telecomunicaciones.* Son aquellas cuya provisión y prestación el Estado garantiza a los habitantes, para el ejercicio del derecho al acceso universal a las telecomunicaciones y tecnologías de información y comunicación.
- *Tecnologías de Información y Comunicación (TIC).* Comprende al conjunto de recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones, redes y medios, que permiten la compilación, procesamiento, almacenamiento, transmisión y recepción de

información, voz, datos, texto, video e imágenes. Se consideran como sus componentes el hardware, software y los servicios.

- Telecomunicaciones. Comprende la transmisión, emisión y recepción de señales, símbolos, textos, imágenes, videos, sonidos, datos o información de cualquier naturaleza o aplicaciones, que facilitan los mismos, por cable o línea física, radioelectricidad, ondas hertzianas, medios ópticos u otros sistemas radioeléctricos de cualquier índole o especie, a través de una red pública o privada.

Ahora bien retornando al art. 111 en su redacción no hace alusión a los llamados “pinchazos telefónicos”, no define los contornos conceptuales y de aplicación los términos Seguridad del estado, amenaza externa, conmoción interna o desastre. Permitiendo la intervención pública por parte de una autoridad legítima y legalmente constituida por ejemplo el Gobernador, el Alcalde de cualquier departamento, por lo que se infiere que no se necesita la autorización jurisdiccional del órgano judicial ni del Ministerio Público para ingresar al proceso de telecomunicación o más propiamente del proceso de la comunicación: emisión, transmisión y recepción de las telecomunicaciones o sea cuando uno provoca una llamada o recibe una llamada, dichas llamadas podrán ser en voz y también en dato a eso se refiere las tecnologías de la información. Y que a partir de esta disposición la autoridad pública va a poder iniciar un proceso de investigación.

Por lo que se ve que estamos frente a un artículo abierto, genérico, facultativo o discrecional cuya efectivización dependerá de la concurrencia de cualquiera de las circunstancias citadas en el artículo valoradas por el titular de la competencia o facultad en este caso una autoridad legítima y legalmente constituida.

### **6.3.2. Fundamentación para la proyección de la modificación del art. 111, contenida en la Ley de Telecomunicaciones, Tecnologías de Información y Comunicación N° 164.**

La Constitución define el sistema de fuentes formales del derecho; es decir la Constitución es superior a una ley cualquiera debido a que determina la autoridad competente para emitir dicha ley, regula su procedimiento legislativo (competencia formal) y a la vez regula su contenido (aspecto material) determina así su fuerza obligatoria ( art. 108, numeral 1) lo que nos puede ayudar a sostener que en la elaboración de toda norma existe e implica la participación de la comunidad. El concepto de supremacía constitucional al reconocer a la Constitución como la más alta fuente de autoridad normativa busca otorgar coherencia a las diferentes ramas del ordenamiento jurídico. Convirtiéndose en el parámetro más importante para la resolución de conflictos normativos. A partir del principio de la supremacía constitucional se desarrolla el concepto de jerarquía normativa desarrollada por la Constitución cuando en su art. 410, párrafo II establece: “la aplicación de las normas jurídicas se regulan por la siguiente jerarquía normativa...”:

CPE (art. 410 párrafo II de la CPE) que en el contexto (Interpretación Sistemática) del art. 13 párrafos IV que establece “*Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los Derechos Humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno Los derechos y deberes consagrados en esta constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia*” ( lo que implica dotar de jerarquía supra constitucional a tratados y convenios, lo cual sumado al carácter vinculante de la jurisdicción que emerge la aplicación de los tratados y convenios); el art. 256 párrafo II expresa: “*Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando estos prevean normas mas favorables*” debe entenderse como Bloque de Constitucionalidad.

El bloque constitucional en Bolivia conforme al art. 410 parágrafos II de la NCPE está integrado por los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos y las normas del derecho comunitario, el llamado derecho de integración y no así el llamado Derecho de integración indígena originario campesino que tiene un rango diferente y no forma parte del bloque.

Entre los derechos humanos que universalmente protegen los Estados contemporáneos sujetos al Derecho y los Tratados y Convenios mencionados en capítulos anteriores está el derecho a la intimidad o privacidad: facultad de toda persona para MANTENER en reserva determinadas facetas de su personalidad; vinculándose con el valor supremo de libertad individual para decidir y/o elegir, en el contexto del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Así las personas deciden exhibir todo, parte o nada de su cuerpo, eligen vestirse de cierta manera o publicar sus opiniones o reservárselas. Este derecho protege no sólo la imagen de la persona, sino también su domicilio, papeles y comunicaciones privadas, entre otros bienes. Ante la regla de inviolabilidad de ese derecho surgen excepciones que no hacen más que confirmar la regla; ya que para evitar actuaciones invasivas y arbitrarias, se ha reservado para los garantes de nuestros derechos –jueces y tribunales– la facultad de autorizar en algunos casos clara y previamente delimitados, el intervenir temporal, fundada y excepcionalmente sobre ese derecho.

En el Estado Plurinacional de Bolivia, en el art. 21 de la NCPE. Establece textualmente:

*“Las bolivianas y los bolivianos” tienen el derecho “a la privacidad”, a la “intimidad” y “a expresar y difundir libremente pensamientos u opiniones por cualquier medio de comunicación, de forma oral, escrita o visual, individual o colectiva”.*



Asimismo el artículo constitucional número 25 determina que *“Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad de su domicilio y al secreto de las comunicaciones privadas en todas sus formas, salvo autorización judicial”*.

El párrafo II del mismo artículo establece que *“Son inviolables la correspondencia, los papeles privados y las manifestaciones privadas contenidas en cualquier soporte”* y que *“éstos no podrán ser incautados salvo en los casos determinados por la ley para la investigación penal, en virtud de orden escrita y motivada de autoridad judicial competente”*.

El párrafo III aclara que *“Ni la autoridad pública, ni persona u organismo alguno podrán interceptar conversaciones o comunicaciones privadas mediante instalación que las controle o centralice”* y el párrafo IV advierte que *“la información y prueba obtenidas con violación de correspondencia y comunicaciones en cualquiera de sus formas no producirán efecto legal”*.

Ese es el espíritu de la NCPE, cuyo art. 25 proclama la regla y establece también su excepción (toda persona tiene derecho a la inviolabilidad de su domicilio y al secreto de las comunicaciones privadas / son inviolables la correspondencia, papeles privados y manifestaciones privadas contenidas en cualquier soporte/ SALVO autorización JUDICIAL escrita y motivada). Por tanto, “la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano” prohíbe expresamente invadir nuestro derecho de intimidad, reservándole la facultad EXCEPCIONAL de hacerlo, sólo al órgano judicial.

De todas maneras cuando el mundo transita por la constitucionalización de los Derechos Humanos y la globalización, la doctrina de la supremacía constitucional subsiste y la constitución sigue siendo suprema. Y en la presente investigación monográfica cuando el art. 111 párrafo I de la Ley de Telecomunicaciones, Tecnología de Información y Comunicación rompe su relación de coherencia con la fuente primaria genera un defecto inconstitucional.

### 6.3.3. Propuesta.

Por los motivos expuestos líneas arriba se propone la modificación del art. 111 en su primer párrafo de la ley 164 de la siguiente forma:

Art. 111. (Casos de Emergencia y Seguridad del Estado). I. *“En casos de peligro para la seguridad del Estado, amenaza externa, conmoción interna o desastres, los operadores y proveedores de telecomunicaciones y tecnologías de información y comunicación, estarán obligados a cooperar y poner a disposición de la **autoridad judicial**, de manera gratuita y oportuna, las redes y servicios, así como la emisión, transmisión y recepción de las telecomunicaciones y tecnologías de información y comunicación que les sean requeridas”.*

II. *En caso de emergencia declarada, la autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transporte y los operadores y proveedores, realizaran la coordinación en forma oportuna y eficiente con el Sistema Nacional de Reducción de Riesgos y Atención de Desastres y Emergencia-SISRADE”*

## **CONCLUSIONES:**

Universalmente como se ha podido ver aunque con matices esas intervenciones se reservan sólo para INVESTIGACIONES tramitadas con motivo de hechos supuestamente delictivos e incluso no de todos, sino sólo aquellos de suma gravedad como la delincuencia organizada, secuestro y narcotráfico; en cuyo caso la autorización se reserva sólo para los jueces, partiendo del supuesto que son terceros imparciales entre partes interesadas, a pedido expreso de una de ellas –Fiscal por ejemplo– y en el marco de una investigación abierta por un supuesto hecho delictivo. Así por ejemplo, el art. 218 del Código Procesal Penal boliviano permite requerir informes a cualquier persona sobre datos que cursen en sus registros, pero condicionado a indicar el proceso en el que se trata, puesto que una invasión de tal naturaleza sólo debe practicarse dentro de un proceso penal y nunca por acción aislada desvinculada del proceso.

Si bien la Ley N° 164 proclama entre sus principios la inviolabilidad y secreto de las comunicaciones privadas en el marco de lo establecido por la Nueva Constitución Política del Estado, en el art. 111, sitúa a nuestros derechos a merced de una autoridad administrativa y dependiente del Poder ejecutivo, que ante la eventualidad de un conflicto entre el ciudadano y el estado podría responder a los intereses del mandante.

En mi entendimiento el art. 111, adolece de deficiencias que lo toman altamente vulnerable en lo que respecta a su aplicación; Es genérico y al tener esta característica choca en forma incontrastable con la NCPE en lo que a derechos y garantías se refieren, amén de los pactos y convenios internacionales ratificados por Bolivia.

La naturaleza del artículo 111 se ha hecho equivalente al Capítulo Tercero de la NCPE art. 137 “Estados de Excepción” puesto que el legislador permite la intervención pública a “las redes y servicios, así como la emisión, transmisión y recepción de las telecomunicaciones y tecnologías de información y

comunicación con la misma fuerza y oportunidad que la declaratoria de un Estado de Excepción.



### **Recomendaciones y sugerencias.**

La doctrina hace una diferencia conceptual de tres institutos (Estado de emergencia, de excepción, y de sitio) y en la figura de tan solo uno de ellos es estado de excepción el legislador boliviano prevé tres institutos para responderá a tres tipos de emergencia por lo que se recomienda la pronta elaboración del reglamento donde se establezca con claridad bajo que criterios o parámetros o quien va a ser el encargado de determinar a que se denomina casos de peligro para la seguridad del Estado, amenaza externa, conmoción interna o desastres para la aplicación de este tipo de intervenciones.



## BIBLIOGRAFÍA

ARIAS, LOPEZ BORIS WILSON, Teoría Constitucional y Nueva Constitución Política del Estado, La Paz- Bolivia, 2010

BOLIVIA, Nueva Constitución Política del Estado, Versión Oficial, Octubre 2008

BOLIVIA, Ley del Tribunal Constitucional, Nro. 1836 de 1 de abril de 1998

BOLIVIA, Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, N° 027, julio de 2010 (Vigente)

BOLIVIA, Ley de Telecomunicaciones, Tecnología de Información y Comunicación N° 164, agosto de 2011 (Vigente)

DAVARA, RODRIGUEZ MIGUEL ANGEL, La Transposición de la Directiva sobre la Privacidad Y Las Comunicaciones Electrónicas.

GIL DELGADO, MARIA DE LOS REYES, El tratamiento de los Datos de Carácter Personal y la Protección de la Intimidad en el Sector de las Telecomunicaciones, V Edición

HARB, BENJAMIN MIGUEL, Derecho Penal, Tomo II, Delitos en Particular Parte Especial, Editorial Juventud

LOTO DEL RIO JOSE M., Derecho de las Personas

NOVOA, MONREAL EDUARDO, Derecho a la Vida Privada y Libertad de Información, Tercera Edición, Siglo XXI Editores

MAZEAUD, HENRY Y LEON, Lecciones de Derecho Civil, Parte I

POMAREDA DE ROSENAUER, Cecilia: Código de procedimiento Penal.

POR DERECHO, Boletín Trimestral Editado por el Ilustre Colegio de Abogados de Salamanca Nro. 36

RAMOS, M. JUAN, Teoría Constitucional y Constitucionalismo Boliviano, Tomo II, la Paz-Bolivia, 2006

REVISTA DE CS. PENALES DE COSTA RICA, Las Tecnologías de la Información y el Proceso Penal, Análisis de una crisis anunciada, Revista N° 14

YAÑES, CORTEZ ARTURO, La vigencia plena del Nuevo Código de Procedimiento Penal y la Jurisprudencia Constitucional, Primera Edición.

a. Diccionarios jurídicos:

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEGA, tomos I, XXIII

GOLDSTEIN, RAÚL: Derecho penal: Diccionario.

OSSORIO, MANUEL: Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, 26ª. Edición actualizada corregida y aumentada por Cabanellas De Las Cuevas Guillermo, Editorial Eliasta

b. Paginas web

<http://www.uclm.es/aidp/pdf/barbero2/22.pdf>

<http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/escuchas.htm>

[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071800122007000100011&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071800122007000100011&script=sci_arttext)

[http://www.urbeetius.org/newsletters/10/news10\\_echeverria.pdf](http://www.urbeetius.org/newsletters/10/news10_echeverria.pdf)

<http://www.avvdefilippi.com/spanish/html/convenzione.html>

<http://www.elreservado.es/news/view/220-noticias-espias/298-el-espionaje-en-america-latina-es-rutinario>[http://www.telecombol.com/2010\\_10\\_01\\_archive.html](http://www.telecombol.com/2010_10_01_archive.html)

<http://www.google.com.ar/search?q=ANALISIS+JURISPRUDENCIAL++DEL+DERECHO++AL+SECRETO+DE+LAS+COMUNICACIONES&btnG=Buscar&hl=es&aq=f&aql=&aq=&aq=>

<http://elmonticulo.com/wpMontic/2011/07/aplp-la-ley-de-telecomunicaciones-viola-la-constitucion-y-convenios-internacionales/> Según Tomás Cabal, experto periodista: Argentina, Col

<http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/resolucion25>