

# Problemática en torno a la restricción del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados dentro de los procesos penales

*Issues regarding the restriction of the right to secret and inviolability of private communications and documents within criminal procedures*

367

 BIANCA ALEXANDRA ZUÑIGA SIGUAS\*

## **Resumen**

El Código Procesal Penal contempla en su título III la posibilidad de obtener pruebas dentro de un proceso penal mediante restricción de derechos. Sin embargo, esta circunstancia puede dar pie a una vulneración de derechos en perjuicio de los procesados cuando no se apliquen los mecanismos necesarios para poder evitar dichas restricciones fundamentadas en motivos específicos, que convertiría a dicha restricción en una intervención inconstitucional en determinados derechos. Particularmente importante resulta analizar la restricción del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados al ser una herramienta mayoritariamente aplicada en el marco de los procesos

---

\* Egresada de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Coordinadora general del Círculo de Derechos Humanos (CDDHH). Coordinadora del Área de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentarios de Amachaq Escuela Jurídica. Ganadora de la Séptima Edición de la Competencia Internacional de Derechos Humanos CUYUM de la Universidad Nacional del Cuyo, Argentina. Ganadora del «I Concurso de Investigación en Derecho Constitucional “Manuel Aguirre Roca”». Correo electrónico: bianca.zuniga@unmsm.edu.pe

penales, por lo cual se considera importante evidenciar en qué circunstancias la restricción legítima pasaría a ser una intervención inconstitucional en el citado derecho. Dichas circunstancias son analizadas e identificadas en el presente ensayo, considerando la importancia de su delimitación a efectos de que las medidas que restringen derechos dentro de un proceso penal se encuentren en concordancia con la protección de los derechos fundamentales del procesado y con los fines del proceso penal.

**Palabras clave**

Inviolabilidad de las comunicaciones, restricción de derechos, procesos penales, intervención inconstitucional

**Abstract**

*The Criminal Procedure Code contemplates in its title III the possibility of obtaining evidence within a criminal process through restriction of rights, a circumstance that may give rise to a violation of rights to the detriment of the defendants when the necessary mechanisms are not applied to prevent said restrictions based on specific reasons, which would turn said restriction into an unconstitutional intervention in certain rights. It is particularly important to analyze the restriction of the right to secrecy and inviolability of private communications and documents as it is a tool mostly applied within the framework of criminal proceedings, which is why it is considered important to show under what circumstances the legitimate restriction would become an intervention. unconstitutional in the aforementioned right. These circumstances will be analyzed and identified in this essay, considering the importance of their delimitation so that the measures that restrict rights within a criminal process are in accordance with the protection of the fundamental rights of the accused and with the purposes of the process penal.*

368

**Keywords**

*Inviolability of communications, restriction of rights, criminal proceedings, unconstitutional intervention*

**Sumario**

---

**I. INTRODUCCIÓN. II. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA PARA EL ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA EN TORNO AL DERECHO AL SECRETO E INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES Y DOCUMENTOS PRIVADOS. III. CIRCUNSTANCIAS EN LAS CUALES LA RESTRICCIÓN DEL DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE DOCUMENTOS Y COMUNICACIONES DEVIENE EN INCONSTITUCIONAL. IV. NECESIDAD DE DELIMITAR LAS CIRCUNSTANCIAS QUE DEVIENEN EN INCONSTITUCIONAL A LA RESTRICCIÓN DEL DERECHO AL SECRETO E INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES DENTRO DE LOS PROCESOS PENALES. V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.**

---

## I. INTRODUCCIÓN

El Título III del Código Procesal Penal, el cual se tomará como punto de partida, se denomina *Búsqueda de pruebas con restricción de derechos*. En el artículo 202 de este instrumento se estipula lo siguiente:

«Cuando resulte indispensable restringir un derecho fundamental para lograr los fines de esclarecimiento del proceso, debe procederse conforme a lo dispuesto por la Ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado». (Código Procesal Penal)

En el inciso 1 del artículo 203 del Código Procesal Penal se establece como principal presupuesto para que se pueda efectuar dicha restricción que

«las medidas que disponga la autoridad [...] deben realizarse con arreglo al principio de proporcionalidad y en la medida que existan suficientes elementos de convicción. La resolución que dicte el Juez de la Investigación Preparatoria debe ser motivada, al igual que el requerimiento del Ministerio Público».

Ahora bien, un ejemplo que resulta importante es la restricción del derecho a la inviolabilidad de documentos y comunicaciones —consagrado en el artículo 2, inciso 10, de la Constitución Política del Perú—, contemplada en los subcapítulos II y III del capítulo VII del Código Procesal Penal.

El derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados ha sido definido por el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el expediente N.º 2863-2002-AA/TC, en la cual ha señalado que este comprende a la comunicación misma, sea cual fuere su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. En esa misma sentencia, el órgano colegiado determinó que se conculca el derecho cuando se produce una interceptación de las comunicaciones, es decir, cuando se aprehende la comunicación dirigida a terceros; y cuando se accede al conocimiento de lo comunicado sin encontrarse autorizado para ello.

Las comunicaciones protegidas por el derecho al que se está haciendo referencia han sido delimitadas por el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el expediente N.º 003-2005-PI/TC, en la cual se precisó que las comunicaciones interpersonales amparadas por el derecho a la inviolabilidad de documentos y comunicaciones no solamente son las estrictamente privadas, sino, en general, todas aquellas mediante las cuales se establezca comunicación entre las personas y cuyo contenido no está destinado a ser difundido a terceros.

No obstante la calidad de derecho fundamental que ostenta el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, el Tribunal Constitucional, en su sentencia recaída en los expedientes N.º 0011-2004-AI/TC, N.º 0012-2004-AI/TC, N.º 0013-2004-AI/TC, N.º 0014-2004-AI/TC, N.º 0015-2004-AI/TC, N.º 0016-2004-AI/TC y N.º 0027-2004-AI/TC (acumulados), ha estipulado lo siguiente:

«Ningún derecho fundamental tiene la condición de absoluto, pues podrá restringirse: a) cuando no se afecte su contenido esencial, esto es, en la medida en que la limitación no haga perder al derecho de toda funcionalidad en el esquema de valores constitucionales; y, b) cuando la limitación del elemento «no esencial» del derecho fundamental tenga por propósito la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y sea idónea y necesaria para conseguir tal objetivo (principio de proporcionalidad)». (Tribunal Constitucional, 2004)

Es en este punto donde se presenta de manera más palpable la problemática que se pretende abordar, ya que es necesario que se establezcan de manera explícita los requisitos necesarios para que la restricción del derecho al secreto e inviolabilidad de los documentos privados que se pueda llevar a cabo dentro de un determinado proceso penal pueda considerarse como legítima y que no devenga en una prueba ilícita.

370

Si bien dentro de los subcapítulos II y III del capítulo VII del Código Procesal Penal se estipulan la forma y los requisitos necesarios para la intervención, grabación o registro de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación y geolocalización de teléfonos móviles, el registro de la intervención de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación, aseguramiento de documentos privados, la incautación de documentos privados, así como el aseguramiento e incautación de documentos contables y administrativos es necesario un análisis de la implicancias y conceptos que se extraen a partir de cada uno de los artículos que regulan las restricciones a las que se está haciendo especial mención.

Ese análisis resulta necesario en tanto que a partir del mismo puede delimitarse la necesaria barrera existente entre las restricciones que gozan de legitimidad y aquellas que no gozan de la misma y que, por ende, devienen en inconstitucionales, desproporcionales e irracionales. Y es que, como señala Salazar (2008), no basta con la sola observancia del principio de proporcionalidad en el marco de las medidas bajo examen, porque dicho principio no justifica una restricción al contenido constitucional de los derechos fundamentales, sino que es un parámetro para delimitar los contornos que definen el contenido constitucional de los referidos

derechos. El autor señala que ello se encuentra en concordancia con el artículo 44 de la Constitución, en el cual considera estipulado que el legislador tiene el deber primordial de favorecer el ejercicio pleno del contenido constitucionalmente protegido por un derecho.

El desarrollo de la problemática también se orientará a la delimitación de los alcances del derecho a la inviolabilidad de documentos y comunicaciones ya que a partir de ese alcance y la determinación del contenido constitucionalmente protegido de este derecho se pueden determinar los espacios del mismo sobre los que no cabe ninguna intervención, la cual —de existir— sería inconstitucional de plano.

Así, la problemática del presente trabajo consiste en identificar las circunstancias que justifican la obtención de pruebas dentro de un proceso penal mediante la intervención de las comunicaciones y telecomunicaciones y mediante el aseguramiento e incautación de documentos privados respecto de los implicados en el mismo. Asimismo, se pretende determinar el momento en que estas medidas se vuelven irracionales.

## **II. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA PARA EL ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA EN TORNO AL DERECHO AL SECRETO E INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES Y DOCUMENTOS PRIVADOS**

371

### **1. Restricción de Derechos Fundamentales**

Debe señalarse en primer lugar que, de acuerdo con Cabezudo (2010), la conceptualización del término *restricción de Derechos Fundamentales* se configura mediante la interrelación de tres elementos: una actuación estatal que incida sobre el ámbito de protección del derecho; en segundo lugar, que dicha actuación, estatal constituya una intromisión eventualmente vulneradora; y, en tercer lugar, que la mencionada intromisión sobre el ámbito de protección del derecho, se justifique, de conformidad con un límite y, en última instancia, con el principio de proporcionalidad. Los mencionados requisitos de las restricciones de los derechos fundamentales, junto con el cumplimiento de dos presupuestos adicionales: el relativo al principio de legalidad y el hecho de que persigan fines constitucionalmente legítimos permite verificar la constitucionalidad de las restricciones.

A lo previamente adicionado debe añadirse lo precisado por Casal (2020) en cuanto a la base constitucional que deben tener las limitaciones o restricciones a derechos fundamentales, lo cual resulta sumamente relevante. Y es que tomando en

cuenta el rango constitucional de los derechos sobre los cuales dichas limitaciones recaen, no puede admitirse una restricción de su disfrute o ejercicio en función de normas subalternas, como las de la legislación. La supremacía y fuerza normativa de la Constitución se opondrían a una tal relativización o reducción de las libertades reconocidas como derechos fundamentales.

Se tiene entonces que la restricción de derechos fundamentales debe tener fundamento constitucional y por ende perseguir fines constitucionalmente legítimos, así como cumplir con el requisito de legalidad. Ahora bien, teniendo en cuenta de que dentro de un proceso penal puede requerirse la restricción de derechos fundamentales para la obtención de pruebas resulta necesario que las condiciones y presupuestos mencionados anteriormente también sean cumplidos, más aun teniendo en cuenta que de no respetarse los mismos toda la investigación que pueda realizarse mediante la restricción inconstitucional de los derechos puede terminar resultando inútil así como todo el esfuerzo desplegado, lo cual deviene en un perjuicio irreparable para todo el proceso.

En esa línea, el Código Procesal Penal establece en su artículo 202 el principio de legalidad procesal como precepto general para que se lleve a cabo la búsqueda de pruebas con restricción de derechos, de manera que cuando resulte indispensable restringir un derecho fundamental para lograr los fines de esclarecimiento del proceso, debe procederse conforme a lo dispuesto por la Ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado.

Asimismo, el Código señala en su artículo 203 que las medidas que disponga la autoridad deben realizarse con arreglo al principio de proporcionalidad y en la medida que existan suficientes elementos de convicción. La resolución que dicte el Juez de la Investigación Preparatoria debe ser motivada, al igual que el requerimiento del Ministerio Público.

## **2. Principio de Proporcionalidad**

Si bien no hay una definición unívoca del principio de proporcionalidad, puede partirse de lo señalado por Burga (2014), que entiende al principio de proporcionalidad como un principio general del Derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del Derecho. En tanto principio, el ámbito de proyección de la proporcionalidad no se circunscribe solo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, sino que sirve también para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Este principio

se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el uso de las facultades discrecionales, y exige que las decisiones que se toman en ese contexto respondan a criterios de racionalidad, y que no sean arbitrarias; constituyéndose de esta manera en un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando afectan el ejercicio de los derechos fundamentales.

Ahora bien, de acuerdo con Pulido (2007), el principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales. Dicho procedimiento resulta vinculante para el legislador y para la fundamentación del contenido de los derechos en el marco del control de constitucionalidad de las leyes. De este modo, este principio opera como un criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al Legislador las disposiciones de los derechos fundamentales tipificadas en la Constitución. El significado de esta función solo puede comprenderse cabalmente sobre la base del entendimiento previo de la estructura de los derechos fundamentales y de la estructura del control de constitucionalidad de las leyes.

Finalmente, debe precisarse que en la STC Exp. N.º 579-2008-PA/TC el Tribunal Constitucional precisó que el test de proporcionalidad incluye, a su vez, tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. En esa línea, la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone, como hemos señalado, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de *relación medio-medio*, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los subexámenes previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. (Tribunal Constitucional, 2009).

Todos los pasos descritos en el marco del principio de proporcionalidad deben seguirse de manera insoslayable al momento de imponer las medidas restrictivas del secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.

### 3. Principio de Legalidad

En primer lugar debe señalarse que, partiendo de lo señalado por Gómez (2004), en función del principio de legalidad se exige que el delito se encuentre expresamente previsto en una ley formal, previa, descrito con contornos precisos de manera de garantizar la seguridad del ciudadano, quien debe saber exactamente cuál es la conducta prohibida, y, asimismo, cuáles son las consecuencias de la trasgresión o las penalidades que siguen a su conducta lesiva a los bienes protegidos por la norma penal. Asimismo, el principio de la legalidad excluye el recurso de la analogía en orden a la creación de delitos y penas o de cualquier forma de incriminación penalística.

En la STC Exp. N.º 00197-2010-PA/TC el Tribunal Constitucional señala que el principio de legalidad constituye una garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos, consagrado por la Constitución en su artículo 2º, inciso 24, literal d), con el siguiente tenor: «Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley» (Tribunal Constitucional, 2010).

374

Ahora bien, este principio impone tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*).

Cuando se hace referencia al principio de legalidad a efectos de la aplicación de medidas de restricción de derechos para la obtención de pruebas implica que la medida debe estar contemplada en la ley para poder ser solicitada, y que para que sea otorgada deben cumplirse con los requisitos que la ley establezca a esos efectos.

### 4. Elementos de convicción

Otro requisito que se exige para la búsqueda de pruebas con restricción de derechos es la existencia de elementos de convicción para que puedan ser dictadas medidas como la intervención de las comunicaciones y telecomunicaciones y el aseguramiento e incautación de documentos privado.

Ahora bien, de acuerdo con Campos (2018), los elementos de convicción son aquellas sospechas, indicios, huellas, pesquisas y actos de investigación que realiza el Ministerio Público en la etapa Preliminar e investigación preparatoria formalizada, para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.



En esa línea, los elementos de convicción están compuestos por las evidencias en la fase de la investigación preliminar o de investigación preparatoria, que vinculan de manera fundada y grave al imputado con la comisión de un delito. (Campos, 2018)

Debe destacarse lo precisado en el Acuerdo Plenario N.º 01-2019/C1J-116, en el cual se precisó que toda medida limitativa de derechos debe implementarse bajo las pautas y principios señalados en el artículo VI del Título Preliminar del CPP, que entre otros presupuestos exigen suficiencia de elementos de convicción (principio de intervención indiciaria) y respeto al principio de proporcionalidad, principio aplicable en todos los ámbitos según la sentencia del Tribunal Constitucional 02748-2010-PHC/TC-Lima, caso Mosquera Izquierdo. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2019)

### **III. CIRCUNSTANCIAS EN LAS CUALES LA RESTRICCIÓN DEL DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE DOCUMENTOS Y COMUNICACIONES DEVIENE EN INCONSTITUCIONAL**

Habiendo dejado sentada la problemática que se aborda en el presente ensayo, respecto al momento en el cual la restricción del derecho a la inviolabilidad de documentos y comunicaciones mediante la aplicación de medidas como la intervención de las comunicaciones y telecomunicaciones y el aseguramiento e incautación de documentos privados deviene en inconstitucional, procederemos en esta sección a realizar un análisis del mismo.

375

Para iniciar con el análisis pertinente es importante acudir a los antecedentes que se han ido presentando en la normativa peruana, siendo destacable la Ley N.º 27697, «Ley que otorga facultad al fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en caso excepcional», mediante la cual se otorgó al Juez la facultad de conocer y controlar las comunicaciones de las personas investigadas en el marco de delitos específicos. Esos delitos eran el secuestro, trata de personas, pornografía infantil, robo agravado, extorsión, tráfico ilícito de drogas, tráfico ilícito de migrantes, delitos contra la humanidad, atentados contra la seguridad y traición a la patria, peculado, corrupción de funcionarios, terrorismo, delitos tributarios y aduaneros, lavado de activos y delitos informáticos.

Ahora bien, dicha normativa primigenia fue modificada a partir del nuevo Código Procesal Constitucional, en atención que el derecho al secreto de las comunicaciones puede ser objeto de determinadas medidas restrictivas, que se podrán adoptar únicamente en el marco de una investigación penal con la finalidad de averiguar o comprobar la perpetración de las infracciones punibles. (Cubas, 2009)

En esa línea, —como bien señala Segura (2013)— la afectación a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, será excepcional y procederá solo cuando sea indispensable para la investigación de delitos graves de gran incidencia en la creación de inseguridad personal y colectiva; por lo que debe tenerse en cuenta que el recurso a estas medidas gravosas de afectación al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados tiene carácter subsidiario.

Ahora bien, en lo que respecta a la intervención de comunicaciones, la citada autora precisa también que dicha medida resulta más gravosa que la simple intervención de comunicaciones postales o de documentos privados. Y es que en el marco de dicha intervención el fiscal o la policía especializada están facultados para grabar el contenido de las conversaciones emitidas en medios radiales, audiovisuales, telefónicos o vía internet. (Segura, 2013)

En el marco del análisis de las medidas restrictivas del derecho al secreto e inviolabilidad de comunicaciones no puede soslayarse que —como precisa la 5<sup>o</sup> Sala contenciosa administrativa de la Corte Superior de Lima de Perú— la función tutelar del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones no alcanza a quien siendo parte de dicha comunicación autoriza de manera voluntaria y expresa a un tercero para que acceda a la comunicación. En esa línea, no se vulnera el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones cuando los mismos intervinientes en el proceso comunicativo permiten o autorizan el acceso al contenido de la comunicación a un tercero ajeno a la comunicación misma, como ocurrió en el presente caso. Muy distinta resulta la intervención en la comunicación de un tercero que no tiene autorización de los agentes de la propia comunicación o de la autoridad judicial, pues en este escenario sí es posible alegar vulneración a la inviolabilidad de las comunicaciones. (Corte Superior de Justicia de Lima, 2021)

Para analizar la legalidad de la intervención de las comunicaciones es importante hacer referencia a la Resolución de la Fiscalía de la Nación 4933-2014-MP-FN, puesto que dentro de dicho instrumento se establece el protocolo de actuación conjunta a seguir por la Policía Nacional del Perú, el Ministerio Público y los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, a partir de un tratamiento legal conjunto en la lucha eficaz contra la delincuencia y el crimen organizado. Asimismo, se establecen los pasos específicos para llevar a cabo la intervención o grabación de registro de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación, los cuales son la emisión del informe policial, la realización de la solicitud o requerimiento fiscal, la resolución judicial, la notificación de la resolución de ejecución de la medida, la transcripción de las grabaciones y el control o reexamen de la medida impuesta.

Un aspecto adicional que corresponde ser analizado es el uso que se le da a los datos obtenidos como parte de la intervención de las comunicaciones y telecomunicaciones y el aseguramiento e incautación de documentos privados, para lo cual puede acudirse al Decreto Legislativo N.º 1182, Decreto Legislativo que regula el uso de los datos derivados de las telecomunicaciones para la identificación, localización y geolocalización de equipos de comunicación, en la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado.

Dentro de dicho instrumento se estipula que la unidad a cargo de la investigación policial tendrá la posibilidad de solicitar a la unidad especializada el acceso inmediato a los datos de localización o geolocalización de teléfonos móviles o dispositivos electrónicos de naturaleza similar cuando se trate de flagrante delito, cuando el delito investigado sea sancionado con pena superior a los cuatro años de privación de libertad y cuando el acceso a los datos constituya un medio necesario para la investigación. Los tres presupuestos deben concurrir en el mismo caso para que la solicitud sea atendida.

Como bien señala Guerrero (2019), el principal problema que rodea a la intervención en las comunicaciones es que estas pueden afectar no solo el derecho al secreto de las comunicaciones, sino también el derecho al debido proceso pues, pese a que la norma permite comunicar a los investigados con posterioridad sobre la intervención de sus comunicaciones, si estas no resultan en la apertura de un proceso penal, esta situación no se les comunica, impidiendo ejercer acciones de fiscalización para evidenciar un mal uso. De hecho, el numeral 3 del artículo 231 del Código Procesal Penal estipula que la notificación al afectado por las medidas limitativas del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones solo va a ser posible si el objeto de la investigación lo permitiere y en tanto no pusiere en peligro la vida o la integridad corporal de terceras personas.

Un criterio adicional que debe tomarse en cuenta al momento de analizar la constitucionalidad de las medidas de intervención de comunicaciones y telecomunicaciones es la temporalidad de dichas medidas. De acuerdo con el numeral 6 del artículo 230 del Código Procesal Penal, dicha interceptación no puede durar más de sesenta días. Excepcionalmente podrá prorrogarse por plazos sucesivos, previo requerimiento sustentado del fiscal y decisión motivada del Juez de la Investigación Preparatoria. Este criterio también debe ser tomado en cuenta al momento de analizar la imposición de medidas de este tipo. Esta exigencia en cuanto a temporalidad también es aplicable respecto a la medida de aseguramiento de documentos privados.

En adición a todo lo desarrollado debe tenerse en cuenta que la constitucionalidad de una medida limitativa de derechos no requiere únicamente que esta medida se encuentre prevista en la ley, sino que su ejecución y la forma en que esta es llevada a cabo también debe realizarse no solo con sujeción a la decisión judicial que autoriza la interceptación referida, sino también con sujeción al analizado principio de proporcionalidad.

En el marco de ese análisis cabe hacer referencia a Guía de actuación Fiscal en el Código Procesal Penal, dentro de la cual se reafirma que el objetivo de la intervención, grabación o registro de comunicaciones telefónicas, radiales y otros es intervenir y grabar las comunicaciones del investigado o tercero, relacionado a un delito penado mayor a cuatro años de privación de libertad, siempre que la intervención sea absolutamente necesaria. (Escuela del Ministerio Público – Fiscalía de la Nación, 2013)

En esa línea, se establece que el Fiscal debe requerir al Juez de la Investigación Preparatoria la orden de intervención indicando de manera concreta el nombre, dirección del afectado, el medio de comunicación o telecomunicación a intervenir, la forma de intervención, su alcance, duración y autoridad encargada. Luego de ello, el Juez de la Investigación Preparatoria, en caso considerarlo debidamente fundamentado, autoriza con las mismas indicaciones del requerimiento fiscal que dicha intervención se lleve a cabo.

378

Teniendo en cuenta todos los criterios que caracterizan la constitucionalidad y legalidad de la interceptación de comunicaciones y telecomunicaciones, así como la incautación de documentos privados, resultaría importante una modificación en la normativa procesal penal que especifique los criterios que debe cumplir la solicitud fiscal de intervención en el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.

La constitucionalidad de la medida debe ser verificada desde que la misma es impuesta hasta que esta es posteriormente revocada, para lo cual resulta esencial que la misma se encuentre sometida constantemente a control judicial. La importancia de ese control judicial —como bien señala Rebollo (2010)— radica en el hecho de que la intervención de las comunicaciones telefónicas es una limitación del derecho al secreto de las mismas y toda vez que atendida la finalidad de tal medida no es posible el ejercicio del derecho de defensa del investigado en el momento de su adopción al no notificársele la medida hasta su finalización, de manera que resulta importante y necesario su control posterior a fin de garantizar el derecho de defensa del sujeto pasivo de la misma.

En esa línea, resultaría importante una reforma en la normatividad procesal penal que estipule la exigencia de un control judicial de la medida impuesta cuando la misma ya ha culminado, sobre todo para que se pueda llevar a cabo una corroboración de que dicha medida no ha vulnerado los derechos del imputado en el marco del proceso penal, así como para asegurar que los datos obtenidos a partir de dicha intervención sean utilizados de manera legal y constitucional.

#### **IV. NECESIDAD DE DELIMITAR LAS CIRCUNSTANCIAS QUE DEVIENEN EN INCONSTITUCIONAL A LA RESTRICCIÓN DEL DERECHO AL SECRETO E INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES DENTRO DE LOS PROCESOS PENALES**

El análisis de las circunstancias en las cuales la restricción del derecho a la inviolabilidad de documentos y comunicaciones en el marco de un proceso penal deviene en inconstitucional resulta esencial, en tanto que a partir del mismo se pueden identificar los requisitos que deberían cumplir específicamente las solicitudes fiscales de intervención en el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones reconocida en el artículo 2 inciso 10 de la Constitución Política del Perú. Y es que no puede soslayarse que la organización del proceso penal reclama un equilibrio entre la obligación y potestad del Estado de perseguir el delito y sancionar a sus autores y el respeto de los derechos y garantías de los inculcados, por el otro, puesto que, de no asegurarse dicho equilibrio, se generaría arbitrariedad en el marco del desarrollo del proceso penal. (Rodríguez, 2013)

De manera adicional resulta importante el análisis de la constitucionalidad de la medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones puesto que a partir de las modificaciones propuestas en el presente trabajo se podría establecer en la normatividad procesal penal de manera específica los criterios que deberá cumplir dicha medida para considerarse legal.

Asimismo, resultaría importante el establecimiento explícito del control judicial de las medidas de intervención de las comunicaciones y telecomunicaciones y el aseguramiento e incautación de documentos privados tanto de manera previa a la imposición de las mismas, durante su realización y de manera posterior. Todo ello a efectos de que pueda salvaguardarse de mejor manera los derechos del imputado, quien no se entera de la intervención en sus comunicaciones hasta el momento en que la misma ha cesado.

Si se toma en cuenta que el hecho de que el imputado se entere de la intervención en sus comunicaciones se encuentra supeditado aún a la apertura de un

proceso penal, evidencia todavía más la importancia del control judicial sobre las acciones a tomar con la información recabada, para evitar un mal uso de esta.

La problemática analizada tiene mayor relevancia aun en los tiempos actuales en los cuales la comunicación virtual y telefónica es mucho más constante, de manera que la información que se puede obtener a partir de la intervención de las comunicaciones y telecomunicaciones —en la mayoría de los casos— es mucho mayor a la que se podía obtener en tiempos anteriores.

De por si la intervención en derechos fundamentales en el marco de un proceso penal siempre resulta relevante y de cuidado, pero lo es aún más cuando está relacionada al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones por estar relacionado con aspectos tan importantes del individuo como la intimidad y la vida privada.

## V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- La constitucionalidad de una medida limitativa de derechos requiere que la misma se encuentre prevista en la ley y que su ejecución y la forma en que esta es llevada a cabo deba realizarse no solo con sujeción a la decisión judicial que autoriza la interceptación referida, sino también con sujeción al analizado principio de proporcionalidad.
- La restricción del derecho a la inviolabilidad de documentos y comunicaciones mediante la aplicación de medidas como la intervención de las comunicaciones y telecomunicaciones y el aseguramiento e incautación de documentos privados requiere un mandato judicial expreso que debe emitirse cuando existan los suficientes elementos de convicción que permitan colegir que la o las personas sobre las cuales esta es impuesta se encuentran relacionados con el delito que se está investigando. Cuando no se cumplan con dichos requisitos mínimos la intervención deviene en inconstitucional.
- La constitucionalidad de la intervención de las comunicaciones y telecomunicaciones y el aseguramiento e incautación de documentos privados debe evaluarse en función de su concordancia no solo con el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, sino también con el derecho a la defensa del imputado y el derecho al debido proceso.
- La constitucionalidad de la intervención de las comunicaciones y telecomunicaciones y el aseguramiento e incautación de documentos privados no solo debe responder a los principios de legalidad y proporcionalidad, sino

también al de temporalidad, a efectos de que la aplicación de la medida quede determinada no solo en forma sino también en tiempo para una adecuación completa a los derechos del imputado.

- Resulta necesaria la introducción de una modificación dentro de la regulación del Código Procesal Penal que establezca de manera explícita los requisitos que deben cumplir las solicitudes fiscales de intervención en las comunicaciones y telecomunicaciones y la incautación de los documentos privados.
- Resulta necesaria la introducción de una modificación dentro de la regulación del Código Procesal Penal que establezca el control judicial de la medida restrictiva del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones de manera previa a su imposición, durante el desarrollo de la medida impuesta y de manera posterior, más aún cuando el proceso penal no se llega a aperturar.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Bernal, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/carlosbernal.pdf>

Burga, A. (2014). El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *Gaceta Constitucional*, (47), 253-267. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/B01644A8B01411E905257D25007866F1/\\$FILE/Burga\\_Coronel.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B01644A8B01411E905257D25007866F1/$FILE/Burga_Coronel.pdf)

Cabezudo, M. (2009). La restricción de los derechos fundamentales: un concepto en evolución y su fundamento constitucional. *Revista de Derecho Político*, (77), 141-182. <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/9107/8700>

Campos, E. (2018). *Elementos de convicción, por Dr. Edhín Campos Barranzuela*. El Regional Piura. <https://www.elregionalpiura.com.pe/index.php/columnistas/178-edhin-campos-barranzuela/30943-elementos-de-conviccion-por-dr-edhin-campos-barranzuela>

Casal, H. (2020). *Los derechos fundamentales y sus restricciones. Constitucionalismo comparado y jurisprudencia interamericana*. Themis. <https://n9.cl/hd33sf>

Congreso de la República (2002). Ley N.º 27697, Ley que otorga facultad al fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en caso excepcional. <https://n9.cl/18eo6>

- Corte Suprema de Justicia de la República. (2019). XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y especial Acuerdo Plenario N.º 01-2019/C1J-116. <https://n9.cl/1pgj>
- Corte Superior de Justicia de Lima. (2020). Expediente N.º 004855-2018. <http://vlex.com.pe/vid/sentencia-corte-superior-justicia-846212700>.
- Cubas, V. (2009). *El Nuevo Proceso Penal peruano. Teoría y práctica de su implementación*. Palestra. <https://app.vlex.com/#WW/vid/338232426>
- Escuela del Ministerio Público - Fiscalía de la Nación. (2013). Guía de actuación Fiscal en el Código Procesal Penal. [https://www.mpf.n.gob.pe/escuela/contenido/publicaciones/guia\\_actuacion\\_fiscal.pdf](https://www.mpf.n.gob.pe/escuela/contenido/publicaciones/guia_actuacion_fiscal.pdf)
- Fiscalía de la Nación (2014). Resolución de la Fiscalía de la Nación N.º 4933-2014-MP-FN. <https://n9.cl/ffwxi>
- Gómez, N. (2004). Análisis de los principios del derecho penal. *Capítulo criminológico*, 32(1), 89-118. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R06737-4.pdf>
- Guerrero, C. (2019) *Intervención legal de las comunicaciones*. Hiperderecho <https://hiperderecho.org/2019/07/intervencion-legal-de-las-comunicaciones/>
- Poder Ejecutivo. (2015). Decreto Legislativo N.º 1182. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-regula-el-uso-de-los-datos-derivados-decreto-legislativo-n-1182-1268121-1/>
- Rebollo, R. (2010). *La intervención de las comunicaciones y telecomunicaciones: grabación de las conversaciones propias, hallazgos casuales y consecuencias jurídicas derivadas de la ilicitud de la injerencia*. [Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona]. Repositorio institucional de la Universidad Autónoma de Barcelona. <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/32087/amulde1.pdf>
- Salazar, J. (2008). El contenido esencial de los derechos constitucionalmente protegidos. *Foro Jurídico*, (8), 142-152. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18503>
- Rodríguez, M. (2013). La constitucionalización del derecho procesal y su repercusión en la reforma de la normatividad ritual (CPP) y el sistema de justicia penal. *Derecho PUCP*, (71), 341-385. <http://vlex.com.pe/vid/reforma-normatividad-ritual-cpp-sistema-505803838>
- Segura, C. (2013). *Las medidas restrictivas de Derechos en el Código Procesal Penal*. <https://n9.cl/e5qe9>



Tribunal Constitucional. (2009). Expediente N.º 579-2008-PA/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00579-2008-AA.html>

Tribunal Constitucional. (2004). Expedientes N.º 0011-2004-AI/TC, N.º 0012-2004-AI/TC, N.º 0013-2004-AI/TC, N.º 0014-2004-AI/TC, N.º 0015-2004-AI/TC, N.º 0016-2004-AI/TC y N.º 0027-2004-AI/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00004-2004-AI%20Admisibilidad.html>

Tribunal Constitucional. (2010). Expediente N.º 00197-2010-PA/TC. Lima, Sesión de Sala Segunda. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00197-2010-AA.html>