

**UNIVERSIDAD DE SANCTI SPÍRITUS JOSÉ MARTÍ
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES
DEPARTAMENTO DE DERECHO.**



Trabajo de Diploma

**LA INTERCEPTACIÓN TELEFÓNICA COMO
MEDIDA DE INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO
PENAL. JUSTIFICACIÓN Y LÍMITES.**

Autor: Angel Cándido Morales Rodríguez.

**Tutor: Lic. Dayan G. LÓPEZ ROJAS.
Profesor Auxiliar de Derecho Procesal Penal.
Departamento de Derecho. Universidad de
Matanzas.**

Sancti Spíritus, 2016.

Pensamiento.

“Los derechos justos, pedidos inteligentemente, tendrán sin necesidad de violencia, que vencer, que el único modo eficaz de mejorar los males sociales presentes, por medios naturales y efectivos, es el perfeccionamiento de la educación y la defensa ardiente de los derechos ennoblecedores y vitales que van envueltos en el nombre de la libertad.”

José Martí

Dedicatoria.

El presente trabajo de diploma es resultado de cinco años de entrega y sacrificios donde se cierra una puerta de mi vida, la de estudiante, y se abre con el primer paso mi inclusión en el universo laboral como todo un profesional, por ello dedico mi investigación a mis padres que con su perseverancia y amor en el día a día supieron guiarme por los caminos del bien, a mis abuelos que siempre han creído en mí sin la menor duda y a toda mi familia y amigos por su apoyo incondicional.

Agradecimientos.

- A mis padres por haberme motivado en cada instante de mi vida.
- A mi tutor Dayan por su apoyo incondicional en los momentos que más lo necesitaba.
- A mis abuelos que siempre tienen buena cara para apoyarme en cada uno de los retos que me propongo.
- A mi novia que es fuente de mi amor y mi felicidad.
- A todos los profesores de la universidad José Martí que con su tiempo y dedicación me inculcaron conocimientos y valores que tributarán a convertirme en un profesional de bien.
- A todos mis compañeros de aula que se mostraron como familia en esta etapa de mi vida en especial a Elizabeth, Alexei y Sheyla.
- A todas las personas, sin excepción de ninguna, que de una forma u otra pusieron su grano de arena para hacer posible este sueño de convertirme en un profesional.

Resumen.

El término “intervención en las comunicaciones” suele definirse como aquellas medidas instrumentales restrictivas del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas, ordenadas y ejecutadas en la fase instructora de un proceso penal bajo la autoridad del órgano jurisdiccional competente frente a un imputado u otros sujetos de los que éste se sirva para comunicarse, con el fin de, a través de la captación del contenido de lo comunicado o de otros aspectos del proceso de comunicación, investigar determinados delitos, y, en su caso, aportar al juicio oral determinados medios de prueba. Sin embargo la intervención de las comunicaciones representa un instrumento útil en la investigación de ciertos delitos que, dadas sus particularidades, resultan de muy difícil esclarecimiento a través de otros medios más convencionales; a pesar de que constituyen típicos actos de coerción procesal en tanto se trate de autorizaciones legales utilizadas en el proceso penal para limitar o restringir derechos, generalmente del imputado, con el único objetivo de garantizar el descubrimiento de la verdad real y la actuación de la ley penal en el caso concreto.

Índice.

Introducción.....	1
Capítulo I: El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. Manifestaciones en sede penal.....	7
1.1. Proceso penal y búsqueda de la verdad. Perfiles actuales en el contexto de la sociedad de riesgo.....	7
1.2. Hacia una delimitación teórica del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones.....	11
1.2.1. Titulares del derecho.....	144
1.2.1.1. Las personas físicas.....	14
1.2.1.1.a) Los menores.....	14
1.2.1.1.b) Los extranjeros.....	14
1.2.1.2. Las personas jurídicas.....	15
1.2.2. La relevancia del consentimiento de cara a la eventual vulneración del derecho.....	16
1.3. El derecho al secreto de las comunicaciones frente a los intereses en juego dentro del proceso penal. Alcances y límites.....	18
Capítulo II: La interceptación telefónica como acto de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la realidad constitucional y procesal cubana.....	2020
2.1. Las intervenciones telefónicas. Elementos para un concepto.....	20
2.1.1. El concepto de «comunicación».....	22
2.1.2. El concepto de «secreto».....	23
2.1.3. El concepto de «intervención telefónica».....	24
2.2. Las intervenciones telefónicas en el derecho comparado. Presupuestos legales comunes.....	25
2.2.1. Legalidad.....	33
2.2.2. Jurisdiccionalidad.....	33
2.2.3. Proporcionalidad.....	33
2.2.4. Deber de motivación.....	344
2.3. La irregularidad de la intervención telefónica. Consecuencias procesales.....	35
2.4. El secreto de las comunicaciones en el ordenamiento jurídico cubano. Panorámica constitucional y procesal.....	38
2.5. Valoraciones en torno a la eficacia probatoria de las certificaciones sobre los registros de llamadas emitidas por ETECSA.....	39
2.6. A propósito de una regulación efectiva de la interceptación telefónica como acto de investigación en el proceso penal cubano. Propuestas de <i>lege ferenda</i>	42
Conclusiones.....	44
Recomendaciones.....	46
Bibliografía.....	47

Introducción.

Ante el incremento cuantitativo y cualitativo que opera el fenómeno de la criminalidad en nuestros días, es absolutamente comprensible que las agencias de control del delito se preocupen por alcanzar estándares de eficiencia en la administración de justicia.

Sin embargo, los instrumentos que están al servicio de estas autoridades con el fin de alcanzar el descubrimiento de la verdad real, encuentran un límite en el respeto a los derechos y garantías que la Constitución reconoce a todo individuo sometido a proceso penal. Como pone de manifiesto HUERTAS MARTÍN, el proceso penal es campo singular donde unos derechos específicos resultan susceptibles de ser violados y cuyas garantías han de estar precisamente determinadas, sin lugar a subterfugios, particularmente para hacer más difícil su lesión.¹

Las manifestaciones de la delincuencia organizada, el perfeccionamiento cada vez mayor de la «industria del crimen», entre otros fenómenos inherentes a la contemporaneidad globalizada, han provocado un clima de inseguridad ciudadana tal que en la política criminal de los Estados ha operado un endurecimiento, en el sentido de permitir determinado margen de permeabilidad en la esfera íntima de los ciudadanos, consintiendo intromisiones excepcionales que, por tal razón, no pueden rebasar jamás los límites impuestos por la Constitución; de tal modo que si bien es cierto que en la realidad mundial la concepción de lo íntimo va experimentando cambios, no es posible perder de vista que resultan inadmisibles aquellas intromisiones en la esfera personal que sobrepasen las injerencias legalmente permitidas.²

Si bien es cierto que el derecho al secreto de las comunicaciones, aunque con distintos matices, aparece consagrado en la mayoría de los textos constitucionales de nuestro entorno jurídico; una mirada alrededor de las legislaciones foráneas

¹ *Apud.* HUERTAS MARTÍN, María I.; *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1999, p. 166.

² *Cfr.* LÓPEZ ROJAS, Dayán G.; “¿La verdad a toda costa? A propósito de la eficacia probatoria de los registros de llamadas expedidos por la Empresa de Telecomunicaciones de Cuba, S.A. (ETECSA)”, en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Cuaderno No. 2, 2013, Tomo XXV, p. 210.

pone de manifiesto cómo, ante los embates de la evolucionada criminalidad no convencional, los códigos procesales de los distintos países –en armonía con las limitaciones declaradas constitucionalmente al derecho de la inviolabilidad de las comunicaciones– se han visto urgidos de establecer una pormenorizada regulación del instituto de las intervenciones telefónicas cual instrumento eficaz para la investigación y persecución de aquellos hechos.³

La interceptación telefónica constituye uno de los actos de investigación que más polémica ha generado en los últimos tiempos dentro de la doctrina procesal, y también constitucional, toda vez que su empleo compromete sensiblemente el derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones. Sin embargo, la problemática objeto de investigación no resulta ser un tema pacífico ni en el terreno de la doctrina ni en el escenario normativo, pues en su esencia descansa la tensión entre finalidades básicas del enjuiciamiento penal: de un lado, la necesidad de esclarecer los hechos delictivos, y, de otro, el respeto a los derechos garantías fundamentales de los ciudadanos.

Una mirada al contexto cubano pone en evidencia las necesidades de reformar algunos aspectos medulares del diseño que actualmente rige el enjuiciamiento penal en Cuba. La investigación preparatoria es una de las aristas que exigen actualizaciones.

El catálogo de actos de investigación que reconoce la Ley de Procedimiento Penal en uso constituye la herencia que nos legó la decimonónica norma procesal española, que rigió en Cuba desde la época de la colonia hasta el año 1974⁴. Ante esta situación no resulta difícil comprender que, ante el avance y perfección de la criminalidad de nuestros días, se hace necesario el reconocimiento normativo de medios de investigación más eficaces, atemperados a las nuevas realidades.

³*Idem.*

⁴La Ley de Enjuiciamiento Criminal Española, de 14 de septiembre de 1882 (LECrim), comenzó a regir los destinos del proceso penal en la Isla a partir del 1º de enero de 1889 –por imperio del Real Decreto de 19 de octubre de 1888–. Esta monumental obra jurídica, avanzada y revolucionaria para su época, estuvo vigente en Cuba hasta el año 1974; pero sus postulados e instituciones esenciales han pervivido en las posteriores normas procesales.

No obstante, para enfrentar la reforma, es conveniente no soslayar las advertencias formuladas por el Dr. Juan MENDOZA DÍAZ, Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de La Habana y Presidente de la Sociedad Cubana de Derecho Procesal, quien sostiene que cualquier propuesta de modificación e introducción de figuras jurídicas propias de la contemporaneidad debe asumirse bajo la premisa de rehuir de todo tipo de mimetismos respecto a modelos foráneos que –sin poner en dudas su refinamiento técnico– resulten inconciliables con los valores y principios irrenunciables de nuestra cultura y sistema político-social. Para enfrentar las reformas necesarias habrá de asumirse como paradigma eso que él denomina como “proceso de asimilación responsable de lo más actual del pensamiento procesal contemporáneo”.⁵

Ante esta panorámica, y desde una perspectiva reflexiva sobre las cuestiones apuntadas, se definió como **problema científico de la investigación** el siguiente: *La ausencia de regulación normativa en la Ley de Procedimiento Penal cubana respecto a las interceptaciones telefónicas compromete la eficacia probatoria de tal diligencia.*

El **objetivo general** que guía la pesquisa investigativa se concreta en: *Fundamentar la necesidad de establecer principios esenciales informadores de un régimen normativo en el proceso penal cubano que habilite la práctica de las interceptaciones telefónicas como acto de investigación;* y en congruencia con ello se diseñaron los siguientes **objetivos específicos**:

- *Sistematizar las posiciones doctrinales en torno al derecho de la inviolabilidad de las comunicaciones, y a las interceptaciones telefónicas como acto de investigación.*
- *Analizar los elementos esenciales que configuran normativamente las interceptaciones telefónicas en el derecho comparado, y las consecuencias procesales derivadas de la práctica irregular de esta diligencia.*

⁵Cfr. MENDOZA DÍAZ, Juan; “El Derecho Procesal cubano en la encrucijada entre la modernidad y la tradición”, en MANTECÓN RAMOS, Ariel (Dir.); *Abogacía y Derecho: Gestión de conflictos jurídicos*, I Parte –Derecho y litigios penales–, Ediciones ONBC, La Habana, 2012, p. 16. Al respecto sostiene el profesor Juan MENDOZA que “nuestro modelo procesal está requerido de reformas, pero la premisa (...) de incorporar aquellas instituciones que logren un adecuado calado en nuestra realidad social y económica actual, y que se correspondan con nuestra cultura jurídica”.

- *Valorar críticamente el empleo de este acto de investigación en Cuba, en congruencia con el diseño normativo constitucional y procesal.*

Los **métodos** a emplear en la investigación se enmarcan dentro de los teóricos, y fueron seleccionados sobre la base de la experiencia del método materialista dialéctico, que incluye el **análisis histórico**, a través del cual se podrán conocer los orígenes y la evolución experimentada por la institución que se estudia, en estrecha vinculación con las características económicas, políticas y sociales de cada momento histórico, de lo que se deduce en definitiva su sentido y alcance actual; **el teórico-jurídico**, en virtud del cual se podrá establecer el basamento teórico-conceptual de la investigación, analizando la literatura especializada nacional y foránea que constituirá la base para sistematizar y enriquecer la información científica contenida en el estudio doctrinal realizado; **el jurídico-comparado**, que permitirá, a través de un cotejo de legislaciones, obtener una generalización sobre la temática tratada, llegándose a determinar por el diplomante similitudes y diferencias existentes entre la reglamentación patria y los códigos procesales de España, Alemania, Argentina, Guatemala, Nicaragua y Colombia, todo cuanto permitirá evaluar la regulación de la institución analizada; **el método de análisis y síntesis**, por medio del cual se podrán establecer los elementos teóricos esenciales del tema y definir su integración con el objetivo planteado, permitiendo la asimilación e integración de todo el material bibliográfico consultado; y **el exegetico-analítico**, con apoyo del cual se determinará la correlación existente entre las normas jurídicas analizadas y los supuestos fácticos en que puede presentarse el objeto de estudio, revistiendo ello utilidad en cuanto a la interpretación del sentido y alcance de las normas analizadas.

La **Técnica** a utilizar es la Revisión de Documentos –o fichaje de contenido y bibliografía–, que supone llevar a cabo una amplia revisión bibliográfica y legislativa cuyas referencias se consignarán en el informe final.

La presente investigación, al constituir un estudio teórico sobre la interceptación telefónica como medida de investigación en el proceso penal, ha de clasificarse atendiendo, según su alcance, como de tipo **explicativa**; de acuerdo a su destino, como **aplicada**; y según el material utilizado como **cualitativa**.

Para el logro de los objetivos trazados, **el trabajo se estructurará en dos capítulos.** El Capítulo Primero, **“El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. Manifestaciones en sede penal”**, versará sobre la sistematización de los elementos que participan de la definición del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones –también denominado «derecho al secreto de las comunicaciones»– y sus manifestaciones en el proceso penal; reconstruyendo el andamiaje teórico previo para comprender el fundamento y alcance de la institución procesal de la interceptación telefónica.

El Capítulo Segundo, **“La interceptación telefónica como acto de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la realidad constitucional y procesal cubana”**, se circunscribe al análisis de la institución investigada desde la perspectiva teórica, complementada por una visión que toma en cuenta su configuración normativa de en ordenamientos procesales extranjeros, tanto europeos como americanos. Asimismo, contiene algunas opiniones relativas al estudio y valoración crítica en torno al empleo de este acto de investigación en la práctica procesal penal cubana, que culminan con la formulación de algunas propuestas que, de *lege ferenda*, tributarían a una adecuada regulación de este instituto en el ordenamiento procesal patrio.

Se señalan como **etapas en esta investigación**, las siguientes:

- Levantamiento bibliográfico.
- Fichaje de la información relevante.
- Análisis y procesamiento de la información.
- Redacción del Trabajo de Diploma.
- Entrega del informe final.

Los **resultados de la investigación** se materializarán en los siguientes aportes:

Teórico: Estudio teórico en el que se establecerán las cuestiones doctrinales fundamentales que rodean las interceptaciones telefónicas como acto de investigación en el proceso penal, y la problemática que genera su aplicación en el enjuiciamiento penal cubano.

Legislativo: Propuesta de modificaciones normativas a la Ley de Procedimiento Penal en lo que a la institución estudiada respecta.

Didáctico: Material de consulta sobre el temática investigada para la asignatura de Derecho Procesal Penal.

La **novedad científica** de este Trabajo de Diploma viene determinada por la carencia de investigaciones desarrolladas en Cuba sobre la temática investigada, de modo que este estudio aspira a enfocar el asunto desde una perspectiva sistemática y general, para evaluar luego, desde un ángulo crítico, su aplicación en el proceso penal cubano.

Capítulo I: El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. Manifestaciones en sede penal.

1.1. Proceso penal y búsqueda de la verdad. Perfiles actuales en el contexto de la sociedad de riesgo.

Tradicionalmente la finalidad de obtener la verdad material ha constituido un rasgo inherente del enjuiciamiento penal, incluso se ha afirmado que su búsqueda y establecimiento constituye una de las razones estructurales del proceso penal moderno.⁶

Sin embargo, los cánones que han guiado el constante empeño por encontrar la verdad han estado absolutamente permeados por las ideas filosóficas y políticas de cada momento histórico. Así, durante la regencia del modelo inquisitivo clásico de enjuiciamiento, era prioritario para el Inquisidor convencerse a cualquier precio de la realidad de la imputación, la que creía encontrar solamente a través de la confesión que, a la sazón, se erigió en la reina de las pruebas; de tal suerte que para lograrla se instrumentaron cruentos métodos de investigación, absolutamente incompatibles con el respeto a la dignidad humana, cuyo exponente más representativo lo fue el tormento físico en todas sus manifestaciones.

Esta situación generada por la fórmula inquisitorial pura desde el siglo XII, pervivió durante un importante período de la historia de la humanidad y su “defunción oficial” no se produjo hasta la aparición de las ideas iluministas en el siglo XVIII, las que provocaron un restablecimiento del respeto por la dignidad de la persona humana y dieron a luz al sistema mixto de enjuiciamiento⁷, cuyo paradigma de búsqueda de la verdad quedaba limitado a las posibilidades que ofrecía la ley.

⁶ALMAGRO NOSETE, José, et. al; El nuevo proceso penal, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 139. Una exposición detallada, con enfoque epistemológico, sobre la verdad en el proceso penal puede verse en FERRAJOLI, Luigi; Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Editorial Trotta, Madrid, 1995, pp. 45 y ss.

⁷El sistema de enjuiciamiento mixto o acusatorio formal es resultado de las ideas iluministas que tuvieron como corolario político el movimiento revolucionario francés de 1789. Este nuevo modelo de juzgamiento –implementado por el Código de Instrucción Criminal Francés de 1808, obra de Napoleón Bonaparte– combinó las características de los anteriores sistemas, de forma tal que el proceso quedó dividido en dos momentos o fases: una secreta que comprendía la instrucción, y otra pública representada por el juicio. (N. del A.)

Pero aún en nuestros días resulta frecuente escuchar que «la obtención de la verdad es una de las metas o el fin principal del proceso penal», y esta afirmación sí carece de exactitud en el escenario procesal moderno –en el entendido de la desaparición radical del modelo inquisitivo clásico–; pues de asumirse en su estricta dimensión habría que entender que las resoluciones dictadas con apoyo en el principio *in dubio pro reo* suponen un fracaso del proceso como institución, y nada más alejado de la realidad. El proceso penal de hoy, más que una empresa obsesiva e ilimitada de los sujetos procesales tendente a alcanzar la verdad real, en puridad se erige en límite de su búsqueda por cuanto constituye un instrumento dotado de mecanismos que impiden acceder a datos, premisas, lugares o personas a cualquier costo, lo que implica establecer una barrera en la búsqueda de la verdad. Se trata de posibilitar que el tribunal logre un convencimiento fundado y motivado sobre aquella, con respeto de las reglas jurídicas impuestas a tal fin y sobre la base de las pruebas que se aporten⁸. No puede comprobarse cualquier cosa, de cualquier modo, por lo que el trabajo de investigación ha de encaminarse por los carriles de la legalidad.

Actualmente, de cara a la conflictividad social que emerge en el panorama internacional, se renueva la problemática del hallazgo de la verdad mediante el instrumento que representa el proceso penal clásico.

La sociedad de nuestros días es una «sociedad en riesgo», según la terminología acuñada por el sociólogo Ulrich BECK y asumida por algunos autores del Derecho penal. Nos sentimos amenazados por graves peligros: crisis financieras mundiales, migración fuera de control, contaminación ambiental, niveles preocupantes de desempleo, altos índices de violencia, movilidad social en descenso, terrorismo, crimen organizado, guerras, etc. Todos estos fenómenos, al parecer imposibles de

⁸Cfr. CAFFERATA NORES, José I., *et. al; Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Ciencia, Derecho y Sociedad-FDCS-UNC, Córdoba, 2004, p. 62; HASSEMER, Winfried; *Fundamentos del Derecho Penal*, Editorial Bosch, Madrid, 1984, p. 187. Según explica FERRAJOLI, existe una interrelación entre las categorías verdad y validez, pues “no es sólo la verdad la que condiciona la validez, sino que también es la validez la que condiciona la verdad en el proceso en tanto se trata, según este autor, de una verdad normativa toda vez que luego de su comprobación definitiva tiene valor normativo, está convalidada por normas y alcanza esta condición sólo si es buscada y conseguida con el respeto a las normas. Cfr. FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y razón...cit.*, p. 60.

dominar, generan una parálisis en la capacidad de defensa del ser humano y de la sociedad; se producen situaciones de pánico social que ponen en evidencia las necesidades de control; y derivado del temor ante los riesgos y de las necesidades de control emerge un nuevo derecho, denominado por HASSEMER como «derecho de intervención»⁹, que a largo plazo desvincula la relación entre libertad y seguridad, favoreciendo la seguridad.

Esta situación ha tenido innegable influencia en el Derecho penal material. Asociados a estos fenómenos han germinado nuevos tipos penales, –producto del incremento de la delincuencia no convencional–, que suponen una expresión de recrudescimiento de la amenaza punitiva; e igualmente en la actual configuración del Derecho procesal penal se advierten las influjos de la sociedad de riesgo, especialmente en lo relativo a los instrumentos utilizados para la búsqueda de la verdad en la investigación de los hechos delictivos, dentro de los que adquieren especial importancia los actos de injerencia sobre los derechos fundamentales, cada vez más desarrollados gracias a los avances de la tecnología de la información y justificados en razones político-criminales que atienden a la necesidad creciente de controles más severos por parte de la sociedad. Refiriéndose a esta perspectiva del Derecho procesal penal sostiene HASSEMER que “el nuevo derecho procesal penal en esencia constituye un nuevo derecho de la averiguación previa”¹⁰.

Pero la optimización de los medios de investigación orientados a la búsqueda de la verdad no ha traído consigo que correlativamente se optimice el procedimiento penal; por el contrario, al centrarse la atención en la obtención de la verdad – consecuencia de la situación de inseguridad ciudadana ante el delito y las demandas de medidas de control–, se han dejado de lado importantes cuestiones relacionadas con el respeto de los derechos fundamentales.

⁹HASSEMER, Winfried; *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal. La medida de la Constitución*, Editorial Ubijus, México, 2009, p. 8.

¹⁰HASSEMER, Winfried; *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal...cit.*, p. 9.

Frente a este contexto cotidiano de inseguridad, violencia y auge del delito que caracteriza la sociedad contemporánea, ciertamente resulta absolutamente comprensible, y por demás prioritario, que se propongan alternativas y se implementen estrategias que permitan enfrentar con eficacia tales fenómenos, y en especial que las agencias de control del delito se preocupen por alcanzar estándares de eficiencia en la administración de justicia. Sin embargo no es posible perder de vista, en sede de procedimiento penal, que la búsqueda de la verdad a cualquier precio no está permitida¹¹, pues aquel no sólo se encamina a su averiguación sino que además pretende que se respeten y tutelen los derechos y garantías reconocidos por la Constitución y las leyes procesales; de modo que entre los intereses de encontrar la verdad y el respeto de los derechos y garantías de los ciudadanos sujetos a proceso penal existe una relación de tensión que origina la idea de la obtención formalizada de la verdad.

Los instrumentos al servicio de las autoridades con el fin de esclarecer los hechos delictivos encuentran un límite en el respeto a los derechos y garantías que la Constitución reconoce a todo individuo sometido a proceso penal; y ello así porque la experiencia histórica de la inquisición, con sus conocidos ejemplos de pavorosas aberraciones contra la dignidad y los derechos humanos, ha provocado que el Estado de Derecho renuncie a la idea de búsqueda de la verdad a toda costa, por todos los medios imaginables, imponiéndose el razonamiento de que en el actual proceso penal –aun en la sociedad de riesgo– la investigación de la verdad no es un valor absoluto, sino que encuentra límites en los valores éticos y jurídicos que rigen la sociedad civilizada, de modo que el nuevo paradigma es el de la «obtención formalizada de la verdad» que –coincidente o no con la real o material– es la verdad forense que se obtiene por vía formal, al amparo de ciertas reglas de procedimiento¹².

¹¹Según HASSEMER “un procedimiento penal adecuado a un estado de derecho debe lograr una relación bien equilibrada entre el interés en la verdad, por un lado, y la dignidad de los afectados, por el otro; la búsqueda de la verdad no puede ser realizada a cualquier precio”. Cfr. HASSEMER, Winfried; *Crítica al Derecho Penal de hoy*, 2ª Edición, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 87.

¹²Cfr. HASSEMER, Winfried; *Fundamentos del Derecho Penal...cit.*, p. 190; HUERTAS MARTÍN, María I.; *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1999, p. 133; URBANO CASTRILLO, Eduardo; “Prueba ilícita en particular (I)”. En: AAVV; *La prueba en el proceso penal II*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 122 y ss. En sintonía con esta idea explica el profesor argentino Julio MAIER que “...la meta absoluta de obtener la verdad histórica está actualmente subordinada a una serie de valores del

1.2. Hacia una delimitación teórica del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones.

Por regla general, los textos constitucionales de los distintos países del orbe reconocen el derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones; lo que encuentra correlato en la tutela que a este derecho se ofrece en la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo Artículo 12 refrenda que: «*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia...*»¹³.

La Constitución de la República de Cuba¹⁴ reconoce dentro del catálogo de derechos, deberes y garantías fundamentales que aparecen compendiados en capítulo VII, el «derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones», las que –según el tenor literal del Artículo 57 de la Carta Magna– «sólo podrán ser examinadas en los casos previstos por la ley».

El contenido y alcance de este derecho ha sido una cuestión escasamente tratada en la doctrina cubana¹⁵; no obstante, un repaso por la ciencia jurídica extranjera pone de manifiesto sus contornos esenciales.

Dentro de la doctrina española, sostiene ALBALADEJO que el derecho al secreto de las comunicaciones constituye una manifestación del derecho a la intimidad personal¹⁶, y se traduce en el poder concedido a una persona sobre el conjunto de

individuo, que impiden lograrla a través de ciertos métodos indignos para la persona humana (...). Esta ponderación de valores puede, en ocasiones, impedir la función realizadora del Derecho penal, que cumple el Derecho procesal penal, pues, según se observó, no se trata de alcanzar la verdad a cualquier precio, sino respetando la dignidad de la persona sindicada como autora del comportamiento afirmado como existente, y también la de otras personas que intervienen en el procedimiento o que sufren las consecuencias de los actos procesales...” Cfr. MAIER, Julio B. J.; *Derecho Procesal Penal argentino*, Tomo IB –Fundamentos–, Editorial Hammurabi, S.R.L., Buenos Aires, 1996, p. 218.

¹³Cfr. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.unicef.cu> [Consulta: 7/10/12 2:45 p.m.].

¹⁴Cfr. Constitución de la República de Cuba, de 24 de febrero de 1976, en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Extraordinaria, La Habana, 31 de enero de 2003.

¹⁵Indirectamente la profesora cubana María Milagrosa DÍAZ MAGRANS se refiere a este derecho, evaluándolo como una arista del derecho a la intimidad, y lo califica como inherente a la personalidad por constituir un atributo intrínseco a la naturaleza humana que permite la libre realización del hombre dentro de la colectividad. Cfr. DÍAZ MAGRANS, María Milagrosa; “La persona individual”. En: VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen (Coord.); *Derecho Civil. Parte General*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005, pp. 142-143.

actividades que forman su círculo íntimo que le permite excluir a los extraños de no entrometerse en él¹⁷; de modo que el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones podría entenderse, *grosso modo*, como el derecho a mantener la intimidad del proceso comunicativo.

Sobre el contenido y alcance del derecho al secreto de las comunicaciones se expidió el Tribunal Constitucional Español en un pronunciamiento clarificador, contenido en la Sentencia No. 114 de 1984, en la que sostuvo que "...este derecho, en su vertiente positiva pero implícita, consagra la libertad de las comunicaciones y explícitamente su reserva"; y con él "(...) se pretende garantizar la «impenetrabilidad de la comunicación» por terceros con eficacia *erga omnes*, tanto para los ciudadanos de a pie como para los agentes de los poderes públicos..."¹⁸.

A pesar de la estrecha relación de parentesco que se establece entre el derecho a la intimidad y el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones¹⁹, un sector nada desdeñable la doctrina – en el cual se inscriben MORENO CATENA, LÓPEZ BARJA DE

¹⁶En este sentido se pronunció el Tribunal Constitucional Español, mediante la Sentencia No. 34, de 11 de marzo de 1996, razonando que "el derecho al secreto de las comunicaciones guarda una estrecha conexión o parentesco con el derecho a la intimidad, por considerar que es una manifestación de este último". Citada por MARCO URGELL, Anna; *Análisis jurisprudencial del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 C.E.)*, Trabajo de investigación de doctorado, Departamento de Ciencia Política y de Derecho Público, Universitat Autònoma de Barcelona, Bellaterra, febrero de 2008, p. 107. Esta autora, por su parte, reconoce que "el derecho al secreto de las comunicaciones tiene como referente el derecho a la intimidad, y éste al mismo tiempo tiene una conexión directa con el principio fundamental de la libertad inherente a todo Estado social democrático y de Derecho". Cfr. MARCO URGELL, Anna; *Análisis jurisprudencial...cit.*, p. 104.

¹⁷Cfr. ALBALADEJO, Manuel; *Derecho Civil I –Introducción y Parte General–*, Librería Bosch, Barcelona, 2002, pp. 494-495. Una explícita definición del contenido del derecho a la intimidad la ofreció el Tribunal Constitucional español en la Sentencia No. 134 de 1999, en la que se expone que "lo que tal precepto constitucional garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea el contenido de ese espacio y pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibir su difusión no consentida". Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (Director); *Código Penal comentado y con jurisprudencia*, 3ª Edición, Editorial La Ley, Madrid, 2009, pp. 686-687.

¹⁸Citada por MARCO URGELL, Anna; *Análisis jurisprudencial...cit.*, p. 107.

¹⁹Tradicionalmente el Tribunal Supremo español se ha encargado de ratificar la especial interrelación que se advierte entre ambos derechos, los cual se expresa en los pronunciamientos contenidos en la sentencia acordada en fecha 20 de diciembre de 1996, por la Sala 2ª de dicho órgano, en la cual se razonó 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"; y asimismo en la sentencia dictada por esa propia Sala, de fecha 20 de febrero de 1999, en la cual indicó que "la tutela del secreto de las comunicaciones tiene como finalidad principal, aunque no única, la protección de la intimidad y el respeto de la vida personal y familiar". Citados por MARCO URGELL, Anna; *Análisis jurisprudencial...cit.*, pp. 106-107.

QUIROGA , ASECIO MELLADO y RODRÍGUEZ RUÍZ²⁰, sostiene que se trata de dos derechos autónomos que a pesar de estar relacionados no se confunden.

Esta postura científica encuentra correlato justificativo en una importante labor doctrinal desarrollada por sus defensores, en orden a delimitar los ámbitos de protección propios de cada uno de estos derechos fundamentales. Así, resulta verdaderamente esclarecedor el razonamiento que en este sentido nos brinda la profesora española Blanca RODRÍGUEZ RUÍZ, quien explica que “ambos derechos fundamentales son autónomos si bien el derecho a la intimidad se configura como un telón de fondo en el que se destacan ciertos sub-derechos (secreto de las comunicaciones), los cuales a pesar de definirse como propios o autónomos no lleguen a desvincularse nunca del derecho que existe como telón de fondo (la intimidad)”²¹.

Para esta posición teórica, con la cual simpatiza el autor de este estudio, el derecho a la privacidad de las comunicaciones, en suma, posee una virtualidad rigurosamente formal, a tal punto que resulta indiferente que el contenido de la comunicación merezca la calificación de «íntimo» o no; lo que concede cierta autonomía a este derecho y en consecuencia impide entenderlo como un apartado o especie del derecho a la intimidad. Toda comunicación privada es, pues, secreta, aunque sólo algunas puedan rubricarse como íntimas²².

Ya el Tribunal Constitucional español aclaró este extremo mediante la Sentencia No. 114, de 22 de noviembre de 1984 –en ponencia de Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN–, razonando que: “*el concepto de secreto en el art. 18.3 CE tiene un carácter formal, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual fuere su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de la*

²⁰ Cfr. MORENO CATENA, Víctor; “Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal”. En: *Revista Poder Judicial*, No. Especial II, 1987, p. 155; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Editorial Akal, Madrid, 1989, pp. 153-154; ASECIO MELLADO, José M.; *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Editorial Trivium S.A., Madrid, 1989, p. 103; RODRÍGUEZ RUÍZ, Blanca; *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad, ...cit.*, p. 23.

²¹ RODRÍGUEZ RUÍZ, Blanca; *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad, ...cit.*, p. 23.

²² En este sentido afirma LÓPEZ BARJA DE QUIROGA que “no se dispensa el secreto en virtud del contenido de la comunicación ni tiene nada que ver esta protección con el hecho –jurídicamente indiferente– de que lo comunicado entre o no en el ámbito de la *privacy*”. Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; *Las escuchas telefónicas...cit.*, p. 156.

*persona, lo íntimo o lo reservado, condición formal que se identifica siempre con una presunción 'iuris et de iure' de privacidad*²³.

1.2.1. Titulares del derecho.

Como antes se apuntaba, existe consenso en la doctrina en punto a que, del derecho al secreto de las comunicaciones son titulares las personas físicas y las jurídicas, tanto nacionales como extranjeras, mayores y menores de edad²⁴.

Pese a ello, no parece ocioso analizar el estatuto propio de cada uno de los titulares del derecho, y sus fundamentos, de cara a las regulaciones vigentes en el ordenamiento jurídico cubano.

1.2.1.1. Las personas físicas.

1.2.1.1.a) Los menores.

Por regla general, los menores de edad son titulares de todos los derechos fundamentales, excepto aquellos de naturaleza política; sin que ninguna objeción merezca la afirmación de dicha titularidad en el ámbito del secreto de las comunicaciones.

En apoyo de este criterio se pronuncia RODRÍGUEZ RUÍZ, para quien “el carácter objetivamente secreto de la comunicación debe prevalecer en cualquier caso, incluso en el caso de menores que sin capacidad para querer y controlar sus zonas de secreto entablen una comunicación a distancia”²⁵.

1.2.1.1.b) Los extranjeros.

La mayor parte de los derechos fundamentales se ostentan por el mero hecho de ser persona, con independencia del vínculo socio-político que se tenga con un Estado determinado (el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad de cultos, etc.); mientras que una minoría se reservan a

²³Citada por MARCO URGELL, Anna; *Análisis jurisprudencial...cit.*, p. 110.

²⁴*Apud.* MARCO URGELL, Anna; *Análisis jurisprudencial...cit.*, p. 69.

²⁵RODRÍGUEZ RUÍZ, Blanca; *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad,...cit.*, p. 164.

los ciudadanos en razón de su naturaleza política o social (el derecho al sufragio activo y pasivo, el derecho al trabajo, etc.).

El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones se incardina dentro del primer grupo –cual derecho que pertenece a una persona como tal y no como ciudadano–, por ser imprescindible para la plena realización de la dignidad humana. En consecuencia, la ciudadanía o nacionalidad del titular no influye en lo absoluto respecto a la modulación del ejercicio de este derecho.

En el ordenamiento positivo cubano, por mandato constitucional «los extranjeros residentes se equiparan a los cubanos en el disfrute de los derechos y el cumplimiento de los deberes reconocidos en la Constitución, bajo las condiciones y las limitaciones que la ley fija»; de modo que, desde la óptica de la titularidad del derecho y su consecuente respeto por parte de terceros, no resulta posible un tratamiento desigual entre extranjeros y nacionales.

1.2.1.2. Las personas jurídicas.

Sobre los derechos atribuibles a las personas jurídicas, la doctrina ha establecido delimitaciones a partir de la propia naturaleza del ente creado, que determina lógicamente y jurídicamente en qué relaciones puede estar inmersa en su vida jurídica.

Nadie duda de la aptitud de estos entes colectivos para ostentar derechos de contenido patrimonial; sin embargo, se ha polemizado en cuanto a si le asisten a la persona jurídica derechos de naturaleza personal, incluidos los derechos fundamentales.

La doctrina dominante se ha mostrado a favor de que se reconozcan a las personas jurídicas aquellos derechos fundamentales que compatibilicen con la naturaleza misma de estos entes²⁶; y así lo ha consagrado el Tribunal

²⁶De ello da cuenta, además, el derecho extranjero; pues verdaderamente loable resulta la tutela constitucional que a este aspecto se le dispensa por parte de la Constitución alemana –Ley Fundamental de Bonn–, cuyo Artículo 29.3 refrenda que “Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en tanto en cuanto por su naturaleza sean aplicables a las mismas”.

Constitucional español en constante línea jurisprudencial²⁷, al tiempo que se ha ido encargando de delimitar qué derechos fundamentales podrían reconocérseles²⁸.

Ante esta panorámica, y tomando en consideración la naturaleza del derecho al secreto de las comunicaciones, nada impide que este se sitúe dentro del catálogo de derechos fundamentales atribuidos a las personas jurídicas²⁹.

En apoyo de este criterio se pronuncia RODRÍGUEZ RUÍZ explicando que, “eventualmente, también podrán las personas jurídico-públicas ser titulares del derecho a la intimidad. Lo serán, en todo caso, del derecho al secreto de las comunicaciones. Pues bien puede presumirse que, efectivamente, la persona cuya comunicaciones son interceptadas se sitúa frente al poder público interceptador en una posición de independencia y subordinación”³⁰.

1.2.2. La relevancia del consentimiento de cara a la eventual vulneración del derecho.

Una de los caracteres básicos de los derechos fundamentales es el de la irrenunciabilidad; y es que, dada la importancia de los mismos para que el hombre

²⁷ *Apud.* MARCO URGELL, Anna; *Análisis jurisprudencial...cit.*, p. 95. En este sentido, resulta clásico en la jurisprudencia española el precedente emanado del Tribunal Constitucional de ese país, contenido en la Sentencia No. 64, de 12 de abril de 1988 –ponencia de Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN–, en cuya virtud se estableció “la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas de Derecho privado (...) siempre que se trate, como es obvio, de derechos, que por su naturaleza, puedan ser ejercitados por este tipo de personas”.

²⁸ Así, por ejemplo, el dicho órgano superior reconoció en su Sentencia No. 139, de 26 de septiembre de 1995, que las personas jurídicas son titulares del derecho al honor, declarando al respecto que “el significado del derecho al honor, ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas”, razonamiento reiterado en las Sentencia No. 183, de 11 de diciembre de 1995; mientras que el derecho a la inviolabilidad del domicilio fue reconocido por la Sentencia No. 137, de 17 de octubre de 1985, bajo el argumento de que “(...) nuestro Texto Constitucional, al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas, del mismo modo que este Tribunal ha tenido ya ocasión de pronunciarse respecto de otros derechos fundamentales...”. En la doctrina cubana, la profesora Marta FERNÁNDEZ MARTÍNEZ se pronuncia en el sentido de admitir la protección de la imagen y la intimidad de las personas jurídicas. *Cfr.* FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Marta; “La persona jurídica”. En: VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen (Coord.); *Derecho Civil. Parte General*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005, pp. 168-169.

²⁹ De esta opinión, en la doctrina española, MARCO URGELL, Anna; *Análisis jurisprudencial...cit.*, p. 101; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio; *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, Editorial Civitas, Madrid, 2004, p. 93 p. 93; RODRÍGUEZ RUÍZ, Blanca; *El secreto de las comunicaciones...cit.*; p. 170.

³⁰ RODRÍGUEZ RUÍZ, Blanca; *El secreto de las comunicaciones...cit.*; p. 170.

mantenga la condición de persona y realice una vida plena; la autonomía de la voluntad debe ceder ante intereses superiores como los públicos y sociales.

Sin embargo, tanto en sede de derecho a la intimidad como en lo que respecta al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, la doctrina ha venido admitiendo la posibilidad de renunciar a su protección, lo cual debe entenderse –según MARTÍN MORALES– “como una autodelimitación del contenido del contenido del referido derecho”³¹.

El consentimiento, por tanto, puede habilitar el sacrificio del derecho al secreto de las comunicaciones; pero siempre bajo condiciones que tiendan a amplificar su vigencia.

Así, atendida la especial naturaleza de los derechos fundamentales, el consentimiento deberá otorgarlo de modo expreso el titular del derecho³², sin que en ningún caso pueda presumirse; y además deberá ser interpretado de forma restrictiva, por lo que consentir respecto de una forma de comunicación no faculta para interceptar cualquiera de ellas.

Se ha discutido con mucha fuerza cuál sería el alcance del consentimiento de uno de los interlocutores en el proceso comunicativo, en aquellos supuestos en que hay varios y uno de ellos consiente en la escucha o grabación por un tercero ajeno a la conversación mientras que los otros lo ignoran. En tales casos cabe plantearse si el consentimiento de uno de los interlocutores actuaría o no como causa de justificación.

Tal cuestión no tiene una respuesta pacífica en la doctrina. Mientras un sector doctrinal considera que no es ilícita la conducta aquel titular del derecho

³¹Cfr. MARTÍN MORALES, Ricardo; *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Civitas Ediciones, Madrid, 1995, p. 82.

³²Aclara MARCO URGELL que “si el proceso comunicativo tuviera lugar entre varias personas, sería necesario el consentimiento de todas y cada una de ellas”. MARCO URGELL, Anna; *Análisis jurisprudencial...cit.*, p. 102.

que autoriza la grabación de la conversación, ni la posterior divulgación del secreto; otros autores³³, a los que nos adscribimos, entienden que el consentimiento de uno de los interlocutores para la grabación no justificaría el hecho de que posteriormente se divulgara dicha información ante terceros.

El hecho de que en el curso de una conversación se hagan comentarios relativos a la intimidad de uno de los sujetos no faculta a que uno de ellos lo grabe para su posterior divulgación a un tercero, ni que autorice a un tercero para ello; y ello así porque ciertamente el titular del bien jurídico es quien único puede decidir sobre la difusión o no de tal información.

1.3. El derecho al secreto de las comunicaciones frente a los intereses en juego dentro del proceso penal. Alcances y límites.

Si bien es cierto que la idea sobre la obtención formalizada de la verdad constituye el paradigma básico del modelo procesal penal de la modernidad, no hay que olvidar que el proceso penal es campo singular donde unos derechos específicos resultan susceptibles de ser violados y cuyas garantías han de estar precisamente determinadas, sin lugar a subterfugios, particularmente para hacer más difícil su lesión.³⁴

El secreto de las comunicaciones telefónicas es entendido como un derecho subjetivo público cuya titularidad la ostentan tanto las personas jurídicas como

³³De esta opinión: Muñoz Conde, Francisco; *Derecho Penal, Parte Especial*, 12ª Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 248; REBOLLO VARGAS, Rafael; "Título X: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio", en CÓRDOBA RODA, Juan y Mercedes GARCÍA ARÁN; *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2004, p. 461.

³⁴HUERTAS MARTÍN, María I.; *El sujeto pasivo del proceso penal...cit.*, p. 166. En un intento de compendiar los derechos fundamentales especialmente implicados tanto en la investigación como en el curso del proceso penal, la profesora de la Universidad de Salamanca –si bien centrándose en el escenario positivo español– alude al derecho a la integridad física y moral, con la prohibición de tortura o de tratos inhumanos o degradantes; a la libertad ambulatoria y su restricciones mediante la detención y la prisión provisional, con sus respectivos requisitos habilitantes; el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; la inviolabilidad del domicilio; el secreto de las comunicaciones; el derecho de defensa y a la asistencia de letrado; el derecho a ser informado de la acusación formulada; el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías; el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa; el derecho al silencio –a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable– y el derecho a la presunción de inocencia.

físicas, incluyéndose en este último caso a los nacionales, extranjeros y menores de edad³⁵, y visto desde la óptica del proceso penal, ARMENTA DEU le atribuye contenido material, limitativo de la actuación del Estado en la obtención de las fuentes de prueba durante el desarrollo de la investigación para la obtención de medios de prueba³⁶.

No se trata, sin embargo, de un derecho absoluto; su eficacia se ve limitada ante determinados supuestos en los que se protegen intereses de suprema relevancia social. Al igual que sucede con otros derechos fundamentales, el secreto de las comunicaciones puede sufrir restricciones, excepciones o injerencias legítimas cuando prime un interés estatal, a condición de que se cumplan con ciertos requisitos que operan como garantías ante esa intromisión necesaria³⁷.

No obstante, es indudable que –necesarias o no, autorizadas o no–; las intervenciones telefónicas implican un grave atentado contra este derecho fundamental que se erige en pilar imprescindible del sistema de libertades democráticas.

³⁵ Cfr. FERNÁNDEZ-ESPINAR, Gonzalo; “El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal”. En: *Revista del Poder Judicial*, No. 32, 1993, p. 20.

³⁶ ARMENTA DEU, Teresa; “La verdad en el filo de la navaja (Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)”. En: *Revista Ius et Praxis*, Año 13, No. 2, p. 348.

³⁷ Vid. GULLOCK VARGAS, Rafael; *Las intervenciones telefónicas –Con jurisprudencia de la Sala Constitucional, Sala Tercera, Tribunal de Casación Penal, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo Español, y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos–*, Escuela Judicial San Joaquín de Flores, Heredia, 2008, p. 11.

Capítulo II: La interceptación telefónica como acto de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la realidad constitucional y procesal cubana.

2.1. Las intervenciones telefónicas. Elementos para un concepto.

La intervención de las comunicaciones representa un instrumento útil en la investigación de ciertos delitos que, dadas sus particularidades, resultan de muy difícil esclarecimiento a través de otros medios más convencionales; y constituyen típicos actos de coerción procesal en tanto se trate de autorizaciones legales utilizadas en el proceso penal para limitar o restringir derechos, generalmente del imputado, con el único objetivo de garantizar el descubrimiento de la verdad real y la actuación de la ley penal en el caso concreto³⁸.

Particularmente sencilla y generalizadora es la definición que ofrece LÓPEZ-FRAGOSO respecto a lo que debe entenderse por intervención telefónica. Según este autor se trata de una “medida instrumental restrictiva del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas, ordenada y ejecutada en la fase instructoria de un proceso penal bajo la autoridad del órgano jurisdiccional competente frente a un imputado –u otros sujetos de los que éste se sirva para comunicarse–, con el fin de, a través de la captación del contenido de lo comunicado o de otros aspectos del proceso de comunicación, investigar determinados delitos, averiguar el delincuente y, en su caso, aportar al juicio oral determinados elementos probatorios”³⁹.

Doctrinal y jurisprudencialmente, la noción de interceptación telefónica incluye dos variantes, a saber: la denominada «*escucha telefónica o intervención propiamente dicha*», que consiste en la captación del contenido de las conversaciones mediante instrumentos tecnológicos; y la «*observación o rastreo telefónico*», que es el

³⁸Sobre el significado de la coerción procesal como concepto puede verse VÉLEZ MARICONDE, Alfredo; *Derecho procesal penal*, Tomo I, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1982, p. 476.

³⁹LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás; *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Editorial Colex, Madrid, 1991, p. 12.

procedimiento mediante el cual se aprecian los destinos de las llamadas, su duración, etc.

Con precisión aclara LÓPEZ BARJA DE QUIROGA que: "...«la intervención» supone apoderarse del contenido de las conversaciones telefónicas, poder llegar a conocerlas, mientras que por su parte el término «observación» ha de reducirse a poder tomar conocimiento del destino de la comunicación, la identidad subjetiva del receptor de la comunicación, al menos del titular, pero no permite el conocimiento del contenido, que debe permanecer secreto"⁴⁰.

La interrelación entre el derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones –o derecho al secreto de las comunicaciones– y las intervenciones telefónicas ha sido analizada por el Tribunal Constitucional español en la Sentencia No. 123 del 2002, verdadera pieza de buena doctrina en tanto aporta elementos para el mejor entendimiento de sus contornos:

"...sobre el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, este derecho garantiza a los interlocutores o comunicantes la confidencialidad de la comunicación telefónica que comprende el secreto de la comunicación misma y el contenido de lo comunicado, así como la confidencialidad de las circunstancias o datos externos de la conexión telefónica: su momento, duración y destino; y ello con independencia del carácter público o privado de la red de transmisión de la comunicación y del medio de transmisión –electrónico, electromagnético u óptico–. Por ello, la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas requiere la interferencia directa en el proceso de comunicación (*mutatis mutandis* respecto de las comunicaciones postales STC70/2002) mediante el empleo de cualquier artificio técnico de captación, sintonización o desvío y recepción de la señal telefónica como forma de acceso a los datos confidenciales de la comunicación: su existencia, contenido y las circunstancias externas del proceso de comunicación antes mencionadas. De modo que la difusión sin consentimiento de los titulares del teléfono o sin autorización judicial de los

⁴⁰LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; *Las escuchas telefónicas...cit.*, p. 194.

datos de esta forma captados, supone la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones.”

2.1.1. El concepto de «comunicación».

Según la doctrina mayoritaria⁴¹, dentro del concepto de «comunicación» deben entenderse incluidos todos los medios modernos de comunicación que existen actualmente y que pueden ir apareciendo en el futuro, atendida la revolución tecnológica. Piénsese, a modo de ejemplo, en las comunicaciones efectuadas a través de teléfonos móviles o convencionales, los sonidos o señales emitidos en la transmisión de los faxes, teletipos o videoconferencias, o en el correo electrónico de Internet.

Como criterio unánime se exige, para que haya «comunicación», que exista una infraestructura o artificio comunicativo -que no tiene que ser sofisticado-, y una distancia real entre los comunicantes. Asimismo, para que opere el derecho al secreto de las comunicaciones, también constituye una exigencia que la comunicación se realice por canal cerrado, puesto que si la transmisión de la información o mensaje no se hace por canal cerrado, en modo alguno hay que considerar que estemos ante la posibilidad de aplicar el derecho al secreto de las comunicaciones ya que no habrá expectativa de secreto.

Hay comunicaciones que se realizan por canal abierto (piénsese en la radio o la televisión) que precisamente tienen por objeto obtener la máxima difusión de la información y no precisamente la expectativa de secreto. El emisor que usa un canal cerrado pretende que su mensaje llegue a una determinada persona, y este canal cerrado es el que justifica la presencia de una expectativa de secreto. Considero muy clara la afirmación de MARTÍN MORALES en el sentido que: “(...) la comunicación, cuya interceptación prohíbe la Constitución, es la realizada sin publicidad, la no susceptible, por su propia naturaleza, de ser conocida por terceros”⁴².

⁴¹Cfr. MARTÍN MORALES, Ricardo; *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Editorial Civitas, Madrid, 1995, p. 44.

⁴²Cfr. MARTÍN MORALES, Ricardo; *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones...cit.*, p. 46.

La exigencia de canal cerrado tiene una considerable relevancia respecto de los usuarios de las formas comunicativas no telefónicas de reciente implantación, a las que antes hemos hecho referencia, puesto que estos usuarios también tienen una expectativa de que se garantice el secreto de sus comunicaciones. Así, por ejemplo, el derecho al secreto de las comunicaciones se aplicará al correo electrónico, a las videoconferencias, al envío de mensajes a través de Internet, al uso del chat cuando se emplea la opción que limita la comunicación a dos interlocutores (*vis-à-vis*) o a las comunicaciones telefónicas que tienen lugar en la Red, mientras que a otras formas de comunicación que se realicen por canal abierto en Internet (tales como radio o chat entre varios interlocutores) no les será de aplicación la protección dispensada al derecho al secreto de las comunicaciones⁴³.

2.1.2. El concepto de «secreto».

El concepto de «secreto», al que ya se ha hecho referencia al tratar sobre la noción de comunicación, ha sido objeto de numerosos estudios tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial en el ámbito de las comunicaciones telefónicas⁴⁴.

Según el significado común de la palabra, por «secreto» se entiende aquello que se tiene reservado y oculto. Dentro del ámbito jurídico-penal, parece que la reserva a un determinado número de personas y el ocultamiento a otro, es la característica esencial del secreto que, por demás, presenta una naturaleza formal al estar vinculado únicamente a la idea de comunicación y desvinculado de cualquier tipo

⁴³En la jurisprudencia española, el Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre algunos de estos nuevos medios comunicativos. A modo de ejemplo, cabe citar la Sentencia de 8 de febrero de 1999, en la que los agentes de la policía judicial utilizaron un aparato técnico de interceptación de las comunicaciones (un "scanner") para intervenir las conversaciones mantenidas a través de un teléfono móvil de titularidad particular, sin que para ello se hubiera obtenido la preceptiva autorización judicial, lo que permitió desbaratar una operación de tráfico de drogas. El máximo órgano judicial anuló la resolución dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, que estimó válida la prueba por tratarse de acceder a un medio de comunicación libre, toda vez que consideró nula la intervención por vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, por lo que negó valor probatorio al resultado de la interceptación de las conversaciones así como a todas las demás diligencias practicadas a raíz de esa intervención ilegal. Citada por MARCO URGELL, Anna; *Análisis jurisprudencial...cit.*, pp. 106-107.

⁴⁴El concepto de secreto es verdaderamente amplio puesto que cabría distinguir entre secreto público, privado y profesional, con sus respectivos contenidos, alcances y sujetos afectados. Es por ello, por lo que en el presente trabajo hemos considerado oportuno centrarnos únicamente en el concepto de secreto en el contexto de las comunicaciones telefónicas.

de contenido de la misma⁴⁵. De todo ello se deduce que no toda comunicación es necesariamente íntima pero sí secreta, y que la protección se extiende al propio proceso de comunicación.

Respecto de si hay o no secreto entre el emisor y el receptor, sin perjuicio de que esta cuestión será objeto de análisis más adelante, procede indicar que entre ambos no hay secreto, puesto que de lo que se trata de no permitir la entrada o acceso de un tercero en dicho proceso comunicativo.

Así, al no existir entre las partes un deber de reserva de lo comunicado, nada impide que uno de los interlocutores pueda retener (grabar) el contenido de una conversación, e incluso mostrarla a un tercero; y ello así porque, en puridad, el derecho al secreto de las comunicaciones protege la comunicación mientras dure el proceso comunicativo, puesto que una vez finalizado éste, la protección constitucional de lo comunicado o de lo recibido es objeto de protección por el derecho a la intimidad⁴⁶.

2.1.3. El concepto de «intervención telefónica».

Tanto la doctrina como la jurisprudencia extranjeras han realizado una intensa labor en punto a ofrecer un concepto de intervención telefónica; destacándose, en sede académica, la que sentó el profesor español LÓPEZ-FRAGOSO que, por su rigor y exactitud, ha sido acogida por otros autores⁴⁷, quienes matizan las propias opiniones con ligeras variantes de estilo.

⁴⁵Precisamente en este sentido se pronunció el Tribunal Constitucional español, mediante la importante Sentencia No. 114, de 29 de noviembre de 1984, en ponencia del Sr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, en la cual se dispuso que el secreto “se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado”. Citada por MARCO URGELL, Anna; *Análisis jurisprudencial...cit.*, p. 56.

⁴⁶De esta opinión, MARCO URGELL, Anna; *Análisis jurisprudencial...cit.*, p. 60.

⁴⁷Cfr., por sólo citar algunas, las obras siguientes: FERNÁNDEZ ESPINAR, Gonzalo; “El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal”, en *Revista del Poder Judicial*, No. 32, diciembre 1993, p. 19; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio; “Escuchas telefónicas: alcance constitucional y procesal”, en *Revista de Ministerio Fiscal*, No. 1, enero-junio de 1995, p. 115.

Según este autor, las intervenciones telefónicas pueden definirse “(...) como aquellas medidas instrumentales restrictivas del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas, ordenadas y ejecutadas en la fase instructoria de un proceso penal bajo la autoridad del órgano jurisdiccional competente frente a un imputado –u otros sujetos de los que éste se sirva para comunicarse–, con el fin de, a través de la captación del contenido de lo comunicado o de otros aspectos del proceso de comunicación, investigar determinados delitos, averiguar el delincuente y, en su caso, aportar al juicio oral determinados elementos probatorios”⁴⁸.

Respecto a la naturaleza jurídica de las medidas de intervención telefónica, es de destacar que tanto la doctrina⁴⁹ como la jurisprudencia pronto fijaron una clara distinción entre las dos funciones que las referidas medidas cumplen, en el sentido de que por un lado desempeñan una importante función investigadora (medio lícito de investigación), de recabo de elementos de convicción, y por otro lado, pueden ser entendidas como medio de prueba en sí (actualmente equiparada como prueba documental).

2.2. Las intervenciones telefónicas en el derecho comparado. Presupuestos legales comunes.

Las manifestaciones de la delincuencia organizada, el perfeccionamiento cada vez mayor de la «industria del crimen», entre otros fenómenos inherentes a la contemporaneidad globalizada, han provocado un clima de inseguridad ciudadana tal que en la política criminal de los Estados ha operado un endurecimiento, en el sentido de permitir determinado margen de permeabilidad en la esfera íntima de los ciudadanos, consintiendo intromisiones excepcionales que, por tal razón, no pueden rebasar jamás los límites impuestos por la Constitución; de tal modo que si bien es cierto que en la realidad mundial la concepción de lo íntimo va

⁴⁸LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás; *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal...cit.*, p. 12.

⁴⁹Es de destacar las consideraciones que ofrece LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ sobre la naturaleza jurídica de esta medida de restricción o limitación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Según este autor, para delimitar su naturaleza jurídica hemos de atender a su propio contenido así como a sus funciones, concluyendo dicho autor que la medida de intervención telefónica cumple: “(...) dos funciones principales, por un lado, desempeña una función probatoria, no es en sí misma un medio de prueba, sino una fuente de prueba (...) y cumple también una importante función investigadora”. *Cfr.* LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás; *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal...cit.*, pp. 14-20.

experimentando cambios, no es posible perder de vista que resultan inadmisibles desde todo punto de vista aquellas intromisiones en la esfera personal que sobrepasen las injerencias legalmente permitidas.

Si bien es cierto que el derecho al secreto de las comunicaciones, aunque con distintos matices, aparece consagrado en la mayoría de los textos constitucionales de nuestro entorno jurídico; una mirada alrededor de las legislaciones foráneas pone de manifiesto cómo, ante los embates de la evolucionada criminalidad no convencional, los códigos procesales de los distintos países –en armonía con las limitaciones declaradas constitucionalmente al derecho de la inviolabilidad de las comunicaciones– se han visto urgidos de establecer una pormenorizada regulación del instituto de las intervenciones telefónicas cual instrumento eficaz para la investigación y persecución de aquellos hechos.

Dentro de los países europeos, el panorama de la regulación de las interceptaciones telefónicas sigue, en esencia, el modelo que se observa en el ordenamiento alemán.⁵⁰ El Artículo 10 de la Ley Fundamental de Bonn refrenda que: *«son inviolables el secreto de la correspondencia, así como el de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones»*; así como que *«las restricciones correspondientes no podrán disponerse más que en virtud de una ley. En el caso de que la restricción tenga como fin proteger el régimen fundamental de libertad y democracia o la existencia o seguridad de la Federación o de un Estado, la ley podrá determinar que la restricción no se comunique al afectado y que la vía judicial sea sustituida por un control a cargo»*.

Como correlato a esta regulación constitucional, la Ordenanza Procesal Penal alemana (*StPO*) establece en el parágrafo 100 (a y b) que el control y grabación de las conversaciones telefónicas puede adoptarse tanto por el Juez como, en caso de retraso, por el Fiscal (aunque supeditado a la ulterior aprobación judicial en el plazo de tres días). Los presupuestos exigidos para que pueda ordenarse esta diligencia son: a) sospecha fundada de que se ha participado en alguno de los delitos muy

⁵⁰ Siguiendo la postura legislativa asumida por Alemania respecto a este particular, se enrumba igualmente Italia (*cf.* Artículo 15 de la Constitución italiana en relación con los Artículos 266-271 del Código de Procedimiento Penal Italiano); y asimismo Holanda, Bélgica y Portugal.

graves taxativamente definidos en el § 100. a) –hechos punibles contra la defensa del Estado, orden público, falsificación de moneda, contra la vida, la libertad personal o robo, entre otros–; y b) la indispensabilidad de la medida, esto es, que dicha medida tendrá carácter subsidiario de tal manera que no podrá ser utilizada si existen otros medios de investigación alternativos para llegar al descubrimiento del hecho delictivo.

Asimismo se dispone cuál ha de ser el contenido de la autorización, debiéndose describir los datos identificativos de la persona contra la que se dirija, la clase, extensión y duración de la medida (con un plazo máximo de tres meses, susceptible de prórroga por semejante período); debiendo cesar de inmediato la intervención cuando dejen de existir los presupuestos que determinaron su adopción.

Curiosamente no existe un espacio normativo que regule lo que tiene que ver con la incorporación al proceso del material obtenido mediante las intervenciones telefónicas; y ha sido la jurisprudencia de ese país la que ha establecido que, o bien se reproduce la cinta magnetofónica ante el Juez, o bien se transcribe su contenido y se introduce como prueba documental.

El ordenamiento jurídico español, por su parte, tutela constitucionalmente el derecho al secreto de las comunicaciones en el Artículo 18.3, cuyo tenor expresa que “se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”. La Ley de Enjuiciamiento Criminal –modificada en virtud de la L.O. 4/1988, de 25 de mayo– regula lo relativo a las intervenciones telefónicas como acto de investigación en el Artículo 579⁵¹:

- 1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.*

⁵¹ MONTERO AROCA, Juan y Juan L. GÓMEZ COLOMER; *Leyes Procesales Penales*, 4ª Edición anotada y concordada, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 165.

2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.

4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 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.

La protección de este derecho en sede sustantiva se advierte a través de la tipificación del delito de *Descubrimiento y Revelación de Secretos* en el Código Penal español (*cfr.* Artículo 197), al cual se reconducen aquellas conductas que lesionen el derecho a la intimidad, concretamente en la esfera del derecho al secreto de las comunicaciones, cuando se produzcan «interceptaciones de telecomunicaciones o se utilicen artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación»; cuyo marco sancionador discurre entre uno y cuatro años de prisión.

En el contexto latinoamericano, cuyas normas de proceder se han perfeccionado al ritmo de las reformas procesales que han tenido lugar en la región desde finales del pasado siglo; también se evidencia una regulación de la temática en comentario,

como parte de la obligada habilitación legal que exige toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales. En este escenario se advierten dos modelos principales, diferenciados entre sí, esencialmente, por la autoridad que dispone la realización del acto de injerencia.

Mientras algunas legislaciones –siguiendo como referente al Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica– concentran la facultad de autorizar la intervención en el órgano jurisdiccional, como lo hacen los códigos procesales de Nicaragua y Guatemala⁵², y asimismo el Código Procesal Penal de la Nación argentina⁵³; otros, entre los que figura el Código de Procedimiento Penal de Colombia, atribuyen al Ministerio Público la función de decretar la práctica de este acto coercitivo cuya validez queda sujeta, en todo caso, al control y aprobación jurisdiccional. A modo de ejemplo, veamos cómo se manifiesta la regulación normativa en países que asumen uno y otro modelo.

El Código Procesal Penal de Nicaragua, promulgado en el año 2001⁵⁴, reconoce la intervención telefónica como acto de investigación, y dedica el Artículo 213 a regular ante qué casos procede y el modo en que deberá practicarse.

Artículo 213. *Intervenciones telefónicas. Procederá la interceptación de comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicaciones, cuando se trate de:*

⁵²Los Artículos 203 y 205 del Código Procesal Penal de Guatemala permiten la interceptación de las telecomunicaciones cuando resulten útiles para la averiguación, la que será ordenada fundadamente por un juez; salvo en los casos de flagrancia, en los que el Ministerio Público podrá ordenarla, pero sujeta a ratificación jurisdiccional dentro de los tres días posteriores. *Cfr.* Código Procesal Penal. Congreso de la República. Decreto No. 51-92 de 7 de diciembre de 1992.

⁵³El Código Procesal Penal de la Nación argentina reconoce la posibilidad de interceptación de comunicaciones telefónicas como acto de investigación en el Artículo 236, estableciendo que «el juez podrá ordenar, mediante auto fundado, la intervención de comunicaciones telefónicas o cualquier otro medio de comunicación del imputado, para impedir las o conocerlas» y que «bajo las mismas condiciones, el juez podrá ordenar también la obtención de los registros que hubiere de las comunicaciones del imputado o de quienes se comunicaran con él». Asimismo, y de modo excepcional, se permite que «En las causas en que se investigue alguno de los delitos previstos en los arts. 142 bis y 170, o que tramiten en forma conexas con aquéllas, cuando existiese peligro en la demora, debidamente justificado, dichas facultades podrán ser ejercidas por el representante del Ministerio Público Fiscal, mediante auto fundado, con inmediata comunicación al juez, quien deberá convalidarla en el término improrrogable de veinticuatro horas, bajo pena de nulidad del acto y consecuente ineficacia de la prueba introducida a partir de él». *Cfr.* D'ALBORA, Francisco J.; *Código Procesal Penal de la Nación*, 7ª Edición, Editorial LexisNexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 358.

⁵⁴Ley No. 406, dictada por la Asamblea Nacional de la República de Nicaragua en fecha 13 de noviembre de 2001.

- 1. Terrorismo;*
- 2. Secuestro extorsivo;*
- 3. Tráfico de órganos y de personas con propósitos sexuales;*
- 4. Delitos relacionados con estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias controladas*
- 5. Legitimación de capitales o lavado de dinero y activos; y,*
- 6. Tráfico internacional de armas, explosivos y vehículos robados.*

Es prohibida la interceptación de cualquier comunicación entre el acusado y su defensor.

La interceptación de telecomunicaciones sólo procede a solicitud expresa y fundada del Fiscal General de la República o del Director General de la Policía Nacional, quienes deben hacer constar que han valorado los antecedentes y que la intervención se justifica en su criterio, e indicarán también la duración por la que solicita la medida, así como las personas que tendrán acceso a las comunicaciones.

El juez determinará la procedencia de la medida, por resolución fundada, y señalará en forma expresa la fecha en que debe cesar la interceptación, la cual no puede durar más de treinta días, los que se podrán prorrogar por una sola vez por un plazo igual.

Al proceso solo se introducirán las grabaciones de aquellas conversaciones o parte de ellas, que, a solicitud del Fiscal, se estimen útiles para el descubrimiento de la verdad.

No obstante el acusado podrá solicitar que se incluyan otras conversaciones u otras partes que han sido excluidas, cuando lo considere apropiado para su defensa. El juez ordenará la destrucción de las secciones no pertinentes al proceso.

Salvo su uso para los fines del proceso, todas las personas que tengan acceso a las conversaciones deberán guardar absoluta reserva de su contenido. Los funcionarios públicos que violaren esta disposición podrán ser destituidos de sus cargos, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que correspondan.

El Código de Procedimiento Penal de Colombia del año 2004⁵⁵ reconoce igualmente la interceptación de comunicaciones telefónicas y similares en el Artículo 235:

El fiscal podrá ordenar, con el objeto de buscar elementos materiales probatorios, evidencia física, búsqueda y ubicación de imputados o indiciados, que se intercepten mediante grabación magnetofónica o similares las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares que utilicen el espectro electromagnético, cuya información tengan interés para los fines de la actuación. En este sentido, las entidades encargadas de la operación técnica de la respectiva interceptación tienen la obligación de realizarla inmediatamente después de la notificación de la orden.

En todo caso, deberá fundamentarse por escrito. Las personas que participen en estas diligencias se obligan a guardar la debida reserva. Por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor.

La orden tendrá una vigencia máxima de tres (3) meses, pero podrá prorrogarse hasta por otro tanto si, a juicio del fiscal, subsisten los motivos fundados que la originaron.

Con posterioridad a la ejecución de este acto de investigación la ley ordena la celebración de una audiencia de control ante el órgano jurisdiccional encargado de velar por el cumplimiento de las garantías a los efectos de evaluar la legalidad de la medida, lo que aparece regulado en el Artículo 237:

⁵⁵BERDUGO SAUCEDO, Pedro D.; *Código de Procedimiento Penal de Colombia*, Publicado por el Proyecto de Fortalecimiento del sector justicia para la reducción de la impunidad en Colombia, Bogotá, 2008, p. 213-214.

Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al cumplimiento de las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios similares, el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías, para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado, incluida la orden.

Durante el trámite de la audiencia sólo podrán asistir, además del fiscal, los funcionarios de la policía judicial y los testigos o peritos que prestaron declaraciones juradas con el fin de obtener la orden respectiva, o que intervinieron en la diligencia.

El juez podrá, si lo estima conveniente, interrogar directamente a los comparecientes y, después de escuchar los argumentos del fiscal, decidirá de plano sobre la validez del procedimiento.

Si el cumplimiento de la orden ocurrió luego de formulada la imputación, se deberá citar a la audiencia de control de legalidad al imputado y a su defensor para que, si lo desean, puedan realizar el contradictorio. En este último evento, se aplicarán analógicamente, de acuerdo con la naturaleza del acto, las reglas previstas para la audiencia preliminar.

La decisión que en este sentido adopte el juez de control de garantías es susceptible de impugnación, de conformidad con lo previsto en el Artículo 238 de este propio cuerpo procesal.

Luego de observar la manera en la que los distintos códigos de procederes reglamentan la diligencia de interceptación de las comunicaciones, es posible discernir notas comunes a la regulación de esta forma de coerción procesal, que se concretan a exigir ciertos requisitos básicos para su materialización, de los que dependerá en última instancia su licitud y posterior eficacia procesal, a saber: legalidad, jurisdiccionalidad y proporcionalidad.

2.2.1. Legalidad.

En materia de afectación de derechos fundamentales rige de forma plena el principio de reserva de ley, como derivación del principio de legalidad, lo que implica que toda injerencia de la autoridad pública en la esfera privada ha de estar prevista por la ley. En este sentido explica GIMENO SENDRA que “un presupuesto común para todo acto procesal limitativo de algún derecho fundamental lo constituye el principio procesal de legalidad”.⁵⁶

2.2.2. Jurisdiccionalidad.

Por afectar un derecho ínsito al *status libertatis*, la realización de esta diligencia procesal está absolutamente regida por el principio de exclusividad jurisdiccional; de modo que se exige un control judicial estricto y efectivo sobre la medida a los efectos de no dejar desprotegido al sujeto pasivo. Ello implica que la realización de tales actos de coerción requieren la aprobación de una autoridad jurisdicente –ya sea previo a la ejecución o *a posteriori*– la que, por demás, debe estar adecuadamente motivada en relación con el fin que se busca, de modo tal que permita comprender si realmente concurre la debida proporcionalidad entre la afectación del derecho fundamental y la finalidad perseguida.⁵⁷

2.2.3. Proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad opera como un baremo que debe guiar la actuación de quien decide sobre la procedencia de medidas restrictivas, y se traduce en la búsqueda de un imprescindible equilibrio entre el *ius puniendi* estatal y el *ius libertatis* individual, en el marco del inevitable conflicto de intereses públicos y privados. Las intervenciones telefónicas se justifican únicamente cuando resulten útiles y necesarias para la consecución del fin para el que han sido concebidas,

⁵⁶GIMENO SENDRA, Vicente; “La intervención de las comunicaciones telefónicas y electrónicas”. En: *El Notario del siglo XXI*, Revista on line del Colegio Notarial de Madrid, No. 39, septiembre-octubre, 2011.

⁵⁷ Apartado E, referido a los medios coercitivos,

siempre que aquel no pueda alcanzarse por otra vía igualmente eficaz que no suponga restricción a derechos fundamentales.⁵⁸

Las notas de proporcionalidad y jurisdiccionalidad encuentran consagración en el Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia Penal –Reglas de Mallorca–⁵⁹, instrumento internacional de suma importancia en tanto proclama postulados básicos que intentan armonizar las exigencias de una justicia penal eficaz con el debido respeto de las garantías de las personas cuyos derechos resultan afectados por el proceso penal. Así, se expresa en las reglas décimo séptima y décimo octava, respectivamente, referidas a los medios coercitivos en el procedimiento, que “*En relación con las medidas limitativas de derechos, regirá el principio de proporcionalidad, considerando, en especial, la gravedad del hecho imputado, la sanción penal y las consecuencias del medio coercitivo adoptado*”; y asimismo que “*Sólo una autoridad judicial ajena a la investigación podrá dictar medidas procesales que impliquen una limitación de los derechos de la persona. Si este no es el caso, se preverá un recurso de rápida tramitación ante un tribunal superior*”.

2.2.4. Deber de motivación.

Especial relevancia posee el requisito de la motivación de la resolución judicial que acuerde la intervención de las comunicaciones telefónicas, en tanto permite el conocimiento y control de los presupuestos necesarios para su adopción.

⁵⁸La doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional español ha configurado el principio de proporcionalidad en sentido amplio, comprensivo de un catálogo de reglas que deben informar toda limitación de derechos fundamentales, dentro de las que se incluyen incluso las notas de legalidad y jurisdiccionalidad explicadas. Tal delimitación del indicado principio puede encontrarse en las Sentencias No. 54 de 1996 y 184 del 2003, dictadas ambas por el Tribunal Constitucional español en las que se reseñan, las siguientes reglas informadoras del principio de proporcionalidad: 1) previsión legal de la medida; 2) idoneidad de la medida para la consecución de los fines que la justifican; 3) necesidad de la misma en cuanto la evidencia no se pueda obtener por medio de otros medios con menor carga; 4) que entre la lesión del derecho fundamental y la finalidad perseguida exista una justificación del sacrificio seria; y finalmente, 5) que la medida ordenada por la autoridad judicial se base en buenas razones justificativas y exteriorizadas que pongan de relieve la concurrencia de los anteriores presupuestos. Vid. ARMENTA DEU, Teresa; *La verdad en el filo de la navaja...cit.*, p. 348.

⁵⁹Las Reglas de Mallorca son expresión de sucesivas sesiones de trabajo desarrolladas en Palma de Mallorca por un grupo de expertos entre los años 1990 y 1992, bajo el auspicio de la Sub-división de Prevención del Delito y Justicia Penal de la Oficina de las Naciones Unidas en Viena, y el Gobierno Balear; y constituye el referente universal de un sistema procesal penal expresivo de un Estado de Derecho. Disponible en: www.cidh.oas.org/PRIVADAS/reglasdemallorca.html [Consulta: 9/11/12 12:45 p.m.].

Esta decisión que ordene la procedencia de llevar a cabo el estudiado acto de coerción procesal debe reflejar, expresamente, los fines a los que se dirige la medida, los indicios que la justifican, así como las razones que demuestran su necesidad e idoneidad. En definitiva, la motivación significa la exteriorización de las razones por las cuales se adopta la autorización de la injerencia, lo que es fundamental para que el sujeto afectado pueda posteriormente impugnar tal decisión cuando considere que vulnera sus derechos legítimos.

La autorización judicial de injerencia debe hacer constar expresamente el delito perseguido, el sujeto objeto de la medida, la duración por la que se acuerda la medida, los teléfonos a intervenir, la forma de ejecución y su duración.

2.3. La irregularidad de la intervención telefónica. Consecuencias procesales.

La vulneración de los requisitos que rigen la intervención telefónica abre paso al debate en torno al complejo capítulo de las ilicitudes probatorias que, según KAI AMBOS, constituye uno de los temas de más actualidad y que más preocupación genera; y asimismo pone en evidencia la tensa relación entre el interés por una administración de justicia funcional y eficaz en que se cumpla el fin de esclarecer hechos delictivos, de un lado, y la garantía de los derechos fundamentales del imputado, de otro; que raras veces dejan completamente satisfechas a ambas partes –a la persecución penal y a la defensa–⁶⁰.

El concepto de prueba ilícita tiene una configuración variable. Buena parte de la doctrina distingue entre una *concepción restringida* de prueba ilícita, que engloba únicamente los supuestos en que aquella es obtenida o practicada con vulneración de derechos fundamentales; y una *concepción amplia* que, amparada en el ideal del debido proceso, entiende que toda infracción de normas relativas a fuentes o medios de prueba penales (cuya finalidad es proteger el derecho de defensa)

⁶⁰ *Apud.* KAI AMBOS; “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán”. En: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (Coordinador); *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 327.

debe estimarse como prueba ilícita en tanto vulnera el ideal de debido proceso⁶¹.

En la ciencia procesal española esta distinción se materializa en las nociones de «prueba prohibida», entendida como la que se obtiene o practica con infracción de derechos fundamentales, u obtenida mediante métodos expresamente prohibidos por la ley; y «prueba irregular», esto es, generada con violación de los requisitos procesales exigidos por la ley, o en contra de los principios que rigen la actividad probatoria (contradicción, intermediación, publicidad, oralidad); siempre que además hubieran provocado efectiva indefensión⁶².

Tomando en cuenta la raigambre constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones, habrá que entender, por regla general, que las diligencias investigativas que lo lesionen deberán reputarse prueba prohibida y, consecuentemente, no podrá ser valorada para fundamentar una sentencia de condena.

Sin embargo, ante la resolución de eventuales conflictos de intereses, habrá que atender al principio de proporcionalidad⁶³, que impone a la autoridad encargada de permitir la intromisión en la esfera privada que tome en cuenta, de un lado, la gravedad del acto de coerción que autoriza y, de otro, su idoneidad e imprescindibilidad para asegurar la defensa del interés público. Así se deduce del pronunciamiento contenido en la Sentencia No. 202, de 21 de noviembre de 2001, dictada por el Tribunal Constitucional español, que en lo atinente aclaró que *“la intervención de las comunicaciones telefónicas sólo puede entenderse constitucionalmente legítima si está legalmente prevista con suficiente precisión, si se autoriza por la autoridad judicial en el curso de un proceso y si se ejecuta con*

⁶¹ Siguen esta línea de pensamiento LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; *Las escuchas telefónicas...cit.*, p. 83; DEVIS ECHANDÍA, Hernando; *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, 5ª Edición, Víctor P. de Zabalía Editores, Buenos Aires, 1981, p. 539.

⁶² Cfr. ARMENTA DEU, Teresa; *La verdad en el filo de la navaja...cit.*, pp. 355-356; HUERTAS MARTÍN, María I.; *El sujeto pasivo del proceso penal...cit.*, p. 133.

⁶³ La doctrina y la jurisprudencia españolas ha entendido que el principio de proporcionalidad, si bien no está reconocido de forma expresa en la Constitución, sí resulta inherente al Estado de Derecho, del valor de la justicia, y del principio de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos. Cfr. MARCO URGELL, Anna; *Análisis jurisprudencial del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 C.E.)*, Trabajo de investigación de doctorado, Departamento de Ciencia Política y de Derecho Público, Universitat Autònoma de Barcelona, Bellaterra, febrero de 2008, p. 128.

observancia del principio de proporcionalidad; es decir, si su autorización se dirige a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como acontece cuando se adopta para la prevención y represión de delitos calificables de infracciones punibles graves y es idónea e imprescindible para la investigación de ellos”, extremos que deberán ponderarse “analizando las circunstancias concurrentes en el momento de su adopción”⁶⁴.

En el caso de los ordenamientos jurídicos que no tengan expresamente regulado este acto de investigación en sus leyes procesales ordinarias, no existe duda alguna de que su aplicación deviene inadmisibile y, de verificarse, constituiría un acto radicalmente nulo generador de prueba prohibida.

Sin embargo, otro sería el razonamiento de cara al escenario legal que regule positivamente este acto de coerción procesal. Y ello así porque habría que determinar, atendiendo al caso particular, si la irregularidad ha afectado la esfera sustantiva del derecho fundamental –su núcleo duro–, o si por el contrario sólo se han quebrantado las formas procesales que disciplinan la manera de ejecutar el acto de investigación; pues en uno y otro caso los efectos serían distintos. Así, la afectación de la faz sustantiva del derecho originaría una ilicitud calificable de *prueba prohibida* –por violentar directamente un derecho fundamental– con efectos reflejos hacia aquellas pruebas que, aunque obtenidas o practicadas de forma lícita, aparecen causalmente relacionadas con esta, acarreando su ineficacia y exclusión de conformidad con la doctrina de los frutos del árbol envenenado (*fruit of the poisonous tree doctrine*)⁶⁵; mientras que si la ilicitud está relacionada con la

⁶⁴Citada por PERALES, Ascensión E.; *Derecho al secreto de las comunicaciones*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, p. 33.

⁶⁵Esta posición –de origen anglosajón–, ha sido asumida como regla general por la jurisprudencia española a partir del contenido del Artículo 11.1 de la Ley de Organización del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, (LOPJ) –«no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales»–, ha sido desarrollada por diferentes pronunciamientos judiciales, dentro de los cuales cabe destacar el que se refleja en la Sentencia del Tribunal Supremo Español de 20 de abril de 1997, en la que se reconoce expresamente que el precepto antes mencionado recoge la prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y su efecto reflejo; la cual tiene como fin “otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, al mismo tiempo, ejercer un efecto disuasor de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal (“Deterrence effect”)”. Sobre el alcance del referido precepto de la LOPJ se aclara en esta misma resolución que “alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior (“directa o indirectamente”), pues sólo de ese modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto

manera de practicar la diligencia, por el incumplimiento de alguno de sus requisitos, sin que ello afecte la esencia del derecho sino solo las formas procesales que ordenan su práctica, valorables a nivel de legalidad ordinaria, se habrá producido una prueba irregular cuyo efecto se circunscribe a provocar solo la nulidad autónoma del acto defectuoso que ni contamina ni vicia el resto de las pruebas⁶⁶.

2.4. El secreto de las comunicaciones en el ordenamiento jurídico cubano. Panorámica constitucional y procesal.

La Constitución de la República de Cuba⁶⁷ reconoce dentro del catálogo de derechos, deberes y garantías fundamentales que aparecen compendiados en capítulo VII, el «derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones», las que –según el tenor literal del Artículo 57 de la Carta Magna– «sólo podrán ser examinadas en los casos previstos por la ley», exigiéndose de este modo un desarrollo legislativo habilitante.

De modo expreso el constituyente reconoce la posibilidad de limitar este derecho fundamental por imperio de la ley; sin embargo, la legislación ordinaria que regula el trámite procesal penal –Ley de Procedimiento Penal–⁶⁸ no desarrolla

alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente surtirían efecto. Los frutos del árbol envenenado deben estar, y están (art. 11.1 de la LOPJ) jurídicamente contaminados. El efecto expansivo prevenido en el art. 11.1 de la LOPJ únicamente faculta para valorar pruebas independientes, es decir que no tengan conexión causal con la ilícitamente practicada, debiéndose poner especial atención en no confundir “prueba diferente” (pero derivada), con “prueba independiente” (sin conexión causal)”. Tomada de HUERTAS MARTÍN, María I.; *El sujeto pasivo del proceso penal...cit.*, p. 159. No obstante, frente a esta doctrina anglosajona de los frutos del árbol envenenado, de naturaleza causalista, se han desarrollado tesis atemperadoras que aconsejan solucionar el caso concreto tomando en cuenta para ello el tipo de prohibición de prueba vulnerado, la naturaleza e importancia del derecho en conflicto, el bien jurídico o interés sacrificado así como el sujeto pasivo de la vulneración; con la finalidad de evitar la aparición de auténticas bolsas de impunidad. Entre estos criterios atemperadores, matizados por la teoría de la imputación objetiva, cabe mencionar: las teorías de la “conexión de antijuricidad”, del “descubrimiento inevitable”, del “nexo causal atenuado”, de la “fuente independiente” y de “la buena fe del transgresor”. Cfr. ARMENTA DEU, Teresa; *La verdad en el filo de la navaja...cit.*, p. 357.

⁶⁶Sobre la inaplicabilidad del efecto reflejo o “efecto dominó” en los supuestos de prueba irregular, cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón; “Validez de la prueba con referencia al atestado, sumario y juicio oral”, en: AA.VV., *Planes Provinciales y Territoriales de Formación año 1992. Recopilación de ponencias y comunicaciones*, Vol. II, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 1196.

⁶⁷Cfr. Constitución de la República de Cuba, de 24 de febrero de 1976, en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Extraordinaria, La Habana, 31 de enero de 2003.

⁶⁸Cfr. Ley No. 5 de 13 de agosto de 1977, Ley de Procedimiento Penal, en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Ordinaria, La Habana, 18 de agosto de 1977.

normativamente, como corresponde a las leyes ordinarias, las limitaciones que pudiera sufrir el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones con motivo del interés en la investigación y persecución de hechos que revistan caracteres de delito; a diferencia de lo que ocurre con otros derechos fundamentales como la inviolabilidad del domicilio o la libertad ambulatoria, por ejemplo, cuyas restricciones sí se plasman con meridiana claridad en nuestro código de procedimiento⁶⁹.

Indudablemente, este escenario de orfandad normativa genera una situación polémica en torno a la licitud de esta diligencia de cara a los principios de legalidad y reserva de ley, que exigen la previsión legal y ulterior desarrollo normativo de toda actividad procesal restrictiva de derechos, más aún si se trata de un derecho con raigambre constitucional como lo es la inviolabilidad de las comunicaciones.

2.5. Valoraciones en torno a la eficacia probatoria de las certificaciones sobre los registros de llamadas emitidas por ETECSA.

Los órganos de la justicia penal tienen el deber de averiguar lo realmente acaecido, y el poder de tomar cuantas medidas conduzcan, con éxito, al logro de tal objetivo. Sin embargo, semejante poder no es ilimitado en tanto no es un principio de nuestra Ley de Procedimiento Penal alcanzar la verdad a cualquier precio.

En la práctica diaria se observa, con relativa frecuencia, que dentro de las diligencias investigativas que se acumulan durante la etapa sumarial con la finalidad de esclarecer el hecho objeto del proceso y la vinculación a él de determinadas personas, se incluyen informes y certificaciones emitidos por funcionarios pertenecientes a la Empresa de Telecomunicaciones de Cuba S.A. (ETECSA) quienes, a partir de la ocupación de un teléfono celular relacionado con el hecho investigado, son requeridos por los órganos encargados de la persecución penal a los efectos de que ofrezcan ciertos datos sobre los procesos comunicativos

⁶⁹ Así, los Artículos 215 al 227 de la Ley de Procedimiento Penal disciplinan el modo de practicar la diligencia de registro domiciliario; de la misma manera que los Artículos 243, 245, 251, 252, 253 y 254 regulan la forma y los casos en que una persona puede ser privada de su libertad con motivo de la tramitación de un proceso penal.

desarrollados a través de ese móvil; lo que efectivamente se produce a partir de los avanzados medios tecnológicos con que cuentan los especialistas de esta entidad. Se documenta entonces, de forma minuciosa, un grupo de informaciones, a saber: fecha, hora y duración de las llamadas realizadas desde ese teléfono; números a los cuales se llamó, definiéndose su titularidad y, consecuentemente, la posible identidad del receptor de la llamada; contenido de los mensajes de texto enviados desde y hacia el móvil ocupado, etc.⁷⁰; todo lo cual ingresa al proceso por los cauces de la prueba pericial o documental, en su caso.

Luego del estudio del contenido y alcance del derecho constitucional a la inviolabilidad de las comunicaciones, así como de los presupuestos y requisitos que deben concurrir para que tenga lugar una limitación legítima a este derecho fundamental; resulta obligado concluir que en tales supuestos se produce una evidente «observación telefónica» que a la luz de nuestra legislación positiva vigente carece de absoluta legitimidad por varias razones.

El primer lugar porque, al constituir esta diligencia de investigación un típico acto de coerción procesal que compromete un derecho fundamental, la misma debe encontrar correlato en la obligada habilitación legal que exige toda injerencia estatal en el ámbito de tales derechos, por imperio de los principios de *legalidad* y *reserva de ley*⁷¹, que suponen que toda actividad procesal restrictiva de derechos ha de estar prevista legalmente.

⁷⁰Sobre este particular hubo de pronunciarse el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 2 de agosto de 1984 (caso Malone); y al respecto razonó que si bien el mecanismo técnico del que se sirven las empresas de comunicación para relacionar las llamadas y facturar a sus clientes (comptage) no implica interceptación de la comunicación; no debe soslayarse que en los listados figuran datos, como los números de los teléfonos de destino, que son parte integrante del proceso de comunicación telefónica, entendiéndose en consecuencia que dicho sistema afecta al Artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, no siendo posible disponer de los mismos sin consentimiento de su titular. *Apud.* BAÑULS GÓMEZ, Francisco A.; “Las intervenciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia más reciente”. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/200702-981932563274752514.html> [Consulta: 4/9/12 8:46 p.m.].

⁷¹Según ZAFFARONI, “la legalidad penal se completa con el llamado principio de reserva”, de modo tal que “legalidad y reserva constituyen dos manifestaciones de la misma garantía de legalidad, que responde a un único requerimiento de racionalidad en el ejercicio del poder, emergente del principio republicano de gobierno”. *Vid.* ZAFFARONI, Eugenio R.; *Derecho Penal, Parte General*, 2ª Edición, Editorial EDIAR S.A., Buenos Aires, 2002, p. 112.

Otras razones, estrechamente vinculadas a la anterior, están relacionadas con el resto de los caracteres habilitantes de este acto de investigación, a saber: la *proporcionalidad* y la *jurisdiccionalidad*.

Comoquiera que el juicio de proporcionalidad implica que estas actuaciones invasivas de derechos fundamentales sólo se justifican ante determinados hechos de especial gravedad, y siempre que el dato que se pretende obtener por esta vía no sea alcanzable por otra menos gravosa; se constata que, ante la ausencia de regulación legal que fije los límites para la práctica de este medio de investigación, las autoridades que tienen a su cargo el esclarecimiento de los hechos ordenan su práctica sin atender a estas pautas.

Asimismo se incumple con el *principio de exclusividad jurisdiccional* que debe informar toda restricción de derechos fundamentales, y que supone que tal diligencia investigativa deba ser dispuesta, o al menos controlada, por una autoridad jurisdicente toda vez que dentro del esquema procesal son los órganos judiciales los únicos que gozan de imparcialidad; de ahí que en la doctrina se critique con fuerza a aquellas legislaciones que dejan en manos del Ministerio Público las facultades de autorizar actos que puedan comprometer derechos fundamentales, porque si bien es cierto que la Fiscalía es una parte pública, es parte al fin y ello le quita –por propia definición– el carácter objetivo y desprejuiciado que sí ha de caracterizar la actuación de los órganos jurisdiccionales⁷². No obstante, algunos modelos procesales admiten que la fiscalía pueda ordenar estos actos de coerción ante supuestos de urgencia, siempre que se constate un *periculum in mora*, los que posteriormente requerirán convalidación judicial.

⁷²La evolución del proceso penal, enrumbo cada vez más por los senderos del modelo acusatorio adversarial, se aleja de la concepción original propia del sistema inquisitivo reformado que, como apunta BOVINO, consolidó un Ministerio Público definido “más que como parte en el procedimiento, como órgano de persecución objetivo e imparcial, a semejanza de los jueces, con una tarea presidida por la misma meta, colaborar en la averiguación de la verdad y actuar el derecho penal material, con la obligación de proceder tanto en contra como a favor del imputado”; de modo que el denominado principio de objetividad fiscal resulta incompatible con un modelo adversarial en el que cada parte representa un interés concreto frente a un tercero imparcial (juez). Cfr. BOVINO, Alberto; *Problemas del Derecho Procesal Penal contemporáneo*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, pp. 29-30; AHUMADA, Carolina; “El fin del principio de objetividad y los nuevos desafíos del Ministerio Público Fiscal”. Ponencia presentada en el XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe, 2011. Disponible en: <http://ebookbrowse.com/carolina1-pdf-d257549637> [Consulta: 6/11/12 10:22 a.m.].

De este panorama normativo se colige entonces que tales informaciones obtenidas mediante la *observación o rastreo telefónico* constituyen una auténtica prueba prohibida, con los correspondientes efectos de nulidad radical extensibles incluso hacia aquellas pruebas que, aunque obtenidas o practicadas de forma lícita, se relacionen causalmente con esta.

Sirvan, a modo de conclusión, las palabras de FERNÁNDEZ ENTRALGO, quien resalta la ambivalencia de las normas que regulan la prueba, y nos recuerda que de la misma manera que “sirven a la persecución y castigo del culpable al fijar las condiciones en que puede obtenerse y aportarse el material probatorio, también constituyen una garantía de la observancia de los presupuestos que configuran el arquetipo del proceso debido”⁷³.

2.6. A propósito de una regulación efectiva de la interceptación telefónica como acto de investigación en el proceso penal cubano. Propuestas de *lege ferenda*.

La realidad social cubana se muestra cambiante, en consonancia con los avatares que rigen el mundo de hoy. La influencia de los medios tecnológicos en las nuevas formas de criminalidad resulta innegable, e incluso, se advierte cómo las manifestaciones de tradicionales figuras delictivas también exhiben cierta evolución en sus contornos, con la consecuente especialización, a partir del empleo de dichos medios.

En correspondencia con ello, resulta necesario replantearse todo lo relativo a la investigación de tales conductas, pues el esquema de procedimiento penal tradicional no parece apto para enfrentar con eficiencia estas nuevas realidades.

El procedimiento penal patrio –que exhibe un modelo procesal decimonónico, heredado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882– no resulta apto para hacer frente a la situación descrita, por lo que sería deseable que dentro del

⁷³FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús; “Las reglas del juego. Prohibición de hacer trampas: la prueba ilegítimamente obtenida”, en: AA.VV.; *La prueba en el proceso penal II*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 171.

catálogo de medios de investigación que reconoce la Ley de Procedimiento Penal cubana se incluyera la interceptación telefónica.

Un régimen normativo de esta figura en el contexto procesal penal cubano debería incluir, de *lege ferenda*, los siguientes aspectos:

- a) Definir adecuadamente en qué consiste este acto de coerción procesal, las particularidades referidas al modo de practicarse, así como sus finalidades.
- b) Aclarar en qué supuestos procede su aplicación y frente a cuáles manifestaciones delictivas, todo ello bajo un criterio de excepcionalidad.
- c) Establecer qué autoridad sería la encargada de disponer su práctica. Es este sentido sería deseable que fuera un órgano judicial quien dispusiera su ejecución; no obstante, si se continuara con el criterio legislativo de conferir al instructor y al fiscal la facultad de ordenar la práctica de los actos de investigación, debería aclararse que, en el caso específico de las interceptaciones telefónicas, se requerirá la convalidación del acto por parte del Tribunal habida cuenta de su trascendencia al comprometimiento de derechos fundamentales.

Conclusiones.

PRIMERA: El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones –también denominado derecho al secreto de las comunicaciones–, entendido como el poder concedido a una persona para excluir a los extraños de no entrometerse en el proceso comunicativo (sea la comunicación íntima o no), constituye un derecho subjetivo público cuya titularidad la ostentan las personas físicas y jurídicas, que goza de autonomía frente al derecho a la intimidad; y, en el marco del proceso penal, ostenta un contenido material que opera como límite de la actuación del Estado en la obtención de las fuentes de prueba durante el desarrollo de la investigación.

SEGUNDA: El secreto de las comunicaciones puede sufrir restricciones, excepciones o injerencias legítimas cuando prime un interés estatal, siempre que se cumplan ciertos requisitos que operan como garantías ante esa intromisión necesaria, delineándose de este modo la figura de la interceptación de la telefónica, entendida como aquella medida instrumental restrictiva del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas, ordenada y ejecutada en la fase instructoria de un proceso penal bajo la autoridad del órgano jurisdiccional competente frente a un imputado –u otros sujetos de los que éste se sirva para comunicarse–, con el fin de investigar determinados delitos, averiguar la identidad del delincuente y, en su caso, aportar al juicio oral determinados elementos probatorios, a través de la captación del contenido de lo comunicado o de otros aspectos del proceso de comunicación.

TERCERA: Las interceptaciones telefónicas se configuran normativamente sobre los presupuestos de legalidad, jurisdiccionalidad y proporcionalidad, requisitos todos que garantizan y equilibran la ponderación de intereses en conflicto: protección de derechos fundamentales frente al interés social de esclarecimiento y persecución de hechos delictivos.

CUARTA: La Constitución de la República de Cuba ofrece tutela al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones dentro del catálogo de derechos fundamentales, sin que la Ley de Procedimiento Penal regule, en vía ordinaria, la interceptación telefónica como acto de investigación en el proceso penal; por lo que la práctica de tales diligencias en el contexto procesal cubano actual – tanto la *observación* como el *rastreo telefónico*– constituyen una auténtica prueba prohibida, con los correspondientes efectos de nulidad radical extensibles incluso hacia aquellas pruebas que, aunque obtenidas o practicadas de forma lícita, se relacionen causalmente con esta.

Recomendaciones.

PRIMERA: A la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la Asamblea Nacional del Poder Popular, que valore, de cara a la reforma de la Ley de Procedimiento Penal cubana, la inclusión de la figura de la interceptación telefónica como acto de investigación; siguiendo para ello las directrices siguientes:

a) Definir adecuadamente en qué consiste este acto de coerción procesal, las particularidades referidas al modo de practicarse, así como sus finalidades.

b) Aclarar en qué supuestos procede su aplicación y frente a cuáles manifestaciones delictivas, todo ello bajo un criterio de excepcionalidad.

c) Establecer qué autoridad sería la encargada de disponer su práctica. En este sentido sería deseable que fuera un órgano judicial quien dispusiera su ejecución; no obstante, si se continuara con el criterio legislativo de conferir al instructor y al fiscal la facultad de ordenar la práctica de los actos de investigación, debería aclararse que, en el caso específico de las interceptaciones telefónicas, se requerirá la convalidación del acto por parte del Tribunal habida cuenta de su trascendencia al comprometimiento de derechos fundamentales.

SEGUNDA: A la Sociedad Científica de Derecho Procesal de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, que propicie debates en torno a los resultados de la presente investigación, para su cabal conocimiento y aplicación por parte de los juristas cubanos.

Bibliografía.

FUENTES DOCTRINALES.

AHUMADA, Carolina; “El fin del principio de objetividad y los nuevos desafíos del Ministerio Público Fiscal”. Ponencia presentada en el XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe, 2011. Disponible en: <http://ebookbrowse.com/carolina1-pdf-d257549637> [Consulta: 6/11/12 10:22 a.m.].

ALBALADEJO, Manuel; *Derecho Civil I –Introducción y Parte General–*, Librería Bosch, Barcelona, 2002.

ALMAGRO NOSETE, José, *et. al*; *El nuevo proceso penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

ARMENTA DEU, Teresa; “La verdad en el filo de la navaja (Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)”. En: *Revista Ius et Praxis*, Año 13, No. 2, pp. 345-377.

ASENCIO MELLADO, José M.; *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Editorial Trivium S.A., Madrid, 1989.

BAÑULS GÓMEZ, Francisco A.; “Las intervenciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia más reciente”. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/200702-981932563274752514.html> [Consulta: 4/9/12 8:46 p.m.].

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón; “Validez de la prueba con referencia al atestado, sumario y juicio oral”, en: AA.VV., *Planes Provinciales y Territoriales de Formación año 1992*, Recopilación de ponencias y comunicaciones, Vol. II, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

BERDUGO SAUCEDO, Pedro D.; *Código de Procedimiento Penal de Colombia*, Publicado por el Proyecto de Fortalecimiento del sector justicia para la reducción de la impunidad en Colombia, Bogotá, 2008.

BOVINO, Alberto; *Problemas del Derecho Procesal Penal contemporáneo*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.

CAFFERATA NORES, José I., *et. al*; *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Ciencia, Derecho y Sociedad-FDCS-UNC, Córdoba, 2004.

D´ALBORA, Francisco J.; *Código Procesal Penal de la Nación*, 7ª Edición, Editorial LexisNexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando; *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, 5ª Edición, Víctor P. de Zabalía Editores, Buenos Aires, 1981.

DÍAZ MAGRANS, María Milagrosa; “La persona individual”. En: VALDÉS DÍAZ,

Caridad del Carmen (Coord.); *Derecho Civil. Parte General*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.

- FERRAJOLI**, Luigi; *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO**, Jesús; “Las reglas del juego. Prohibición de hacer trampas: la prueba ilegítimamente obtenida”, en: AA.VV.; *La prueba en el proceso penal II*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
- FERNÁNDEZ-ESPINAR**, Gonzalo; “El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal”. En: *Revista del Poder Judicial*, No. 32, 1993.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ**, José Julio; *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, Editorial Civitas, Madrid, 2004.
- GIMENO SENDRA**, Vicente; “La intervención de las comunicaciones telefónicas y electrónicas”. En: *El Notario del siglo XXI*, Revista on line del Colegio Notarial de Madrid, No. 39, septiembre-octubre, 2011.
- GULLOCK VARGAS**, Rafael; *Las intervenciones telefónicas – Con jurisprudencia de la Sala Constitucional, Sala Tercera, Tribunal de Casación Penal, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo Español, y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos–*, Escuela Judicial San Joaquín de Flores, Heredia, 2008.
- HASSEMER**, Winfried; *Fundamentos del Derecho Penal*, Editorial Bosch, Madrid, 1984.
- _____; *Crítica al Derecho Penal de hoy*, 2ª Edición, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.
- _____; *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal. La medida de la Constitución*, Editorial Ubijus, México, 2009.
- HUERTAS MARTÍN**, María I.; *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1999. **KAI AMBOS**; “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán”. En:
- GÓMEZ COLOMER**, Juan Luis (Coordinador); *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA**, Jacobo; *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Editorial Akal, Madrid, 1989.
- LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ**, Tomás; *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Editorial Colex, Madrid, 1991.
- LÓPEZ ROJAS**, Dayán G.; “¿La verdad a toda costa? A propósito de la eficacia probatoria de los registros de llamadas expedidos por la Empresa de Telecomunicaciones de Cuba, S.A. (ETECSA)”, en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Cuaderno No. 2, Tomo XXV, 2013.
- MAIER**, Julio B. J.; *Derecho Procesal Penal argentino*, Tomo IB – Fundamentos–, Editorial Hammurabi, S.R.L., Buenos Aires, 1996.
- MARCO URGELL**, Anna; Análisis jurisprudencial del derecho al secreto de las

comunicaciones (art. 18.3 C.E.)”, Universitat de Barcelona, Bellaterra, 2008.

MARTÍN MORALES, Ricardo; *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Civitas Ediciones, Madrid, 1995.

MONTERO AROCA, Juan y Juan L. GÓMEZ COLOMER; *Leyes Procesales Penales*, 4ª Edición anotada y concordada, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

MORENO CATENA, Víctor; “Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal”. En: *Revista Poder Judicial*, No. Especial II, 1987.

PERALES, Ascensión E.; *Derecho al secreto de las comunicaciones*, Editorial Iustel, Madrid, 2007.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (Director); *Código Penal comentado y con jurisprudencia*, 3ª Edición, Editorial La Ley, Madrid, 2009.

RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca; *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, Editorial Mc Graw Hill, Madrid, 1998.

URBANO CASTRILLO, Eduardo; “Prueba ilícita en particular (I)”. En: AAVV; *La prueba en el proceso penal II*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo; *Derecho procesal penal*, Tomo I, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1982.

ZAFFARONI, Eugenio R.; *Derecho Penal, Parte General*, 2ª Edición, Editorial EDIAR S.A., Buenos Aires, 2002.

FUENTES LEGALES NACIONALES.

Constitución de la República de Cuba, de 24 de febrero de 1976, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria, La Habana, 31 de enero de 2003.

Ley No. 5 de 13 de agosto de 1977, **Ley de Procedimiento Penal**, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Ordinaria, La Habana, 18 de agosto de 1977.

FUENTES LEGALES ETRANJERAS.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, dictada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia Penal. Reglas de Mallorca. 1990-1992.

Constitución de la República italiana, promulgada el 27 de diciembre de 1947.

Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882; con las modificaciones introducidas por la L.O. 4/1988, de 25 de mayo.

Ordenanza Procesal Penal alemana (StPO), de 1 de febrero de 1877.

Código de Procedimiento Penal italiano de 1988. Ley 81/1987, de 16 de febrero.

Código Procesal Penal de la Nación Argentina. Ley 23.984 del Congreso Nacional, de 21 de agosto de 1991.

Código Procesal Penal de Guatemala. Decreto No. 51-92 del Congreso de la República, de 7 de diciembre de 1992.

Código Procesal Penal de Nicaragua. Ley No. 406, dictada por la Asamblea Nacional de la República de Nicaragua, de 13 de noviembre de 2001.

Código de Procedimiento Penal de Colombia. Ley No. 906, dictada por el Congreso de la República, de 31 de agosto 2004.