

del policía de hacer constar el estado de las personas, cosas y lugares, mediante inspección, planos, fotografías, exámenes y demás operaciones técnicas, si existe peligro de que cualquier demora comprometa el éxito de la investigación. El art. 180 CPP también nos sugiere que el momento inicial de aplicación de la cadena de custodia está determinado por la llegada al lugar del delito o a cualquier otro lugar relacionado con la investigación, y continúa con los actos de recogida y conservación de las cosas que resulten pertinentes para la investigación.

Pero además, la cadena de custodia está limitada, en su ámbito de aplicación, a la recogida y conservación de aquellas cosas en las que resida alguna pretensión probatoria; no parece relevante la aplicación de estas reglas a objetos que carecen de ese propósito o que simplemente han de servir a los fines de restitución o embargo, o en términos generales, a satisfacer las responsabilidades civiles derivadas del delito; tampoco han de estar sujetos a estas reglas, los objetos a los que se refiere el párrafo segundo del art. 252 CPP.

3.8.3 Legalidad y valoración.

La autenticidad del objeto incautado está determinada por la posibilidad de haberse mantenido inalterada la cadena de custodia; de tal manera que solo cuando eso es impugnado, la parte procesal que ha ofrecido el objeto o documento como prueba para el juicio, deberá demostrar la integridad de la cadena de custodia.

El juez ha de valorar los efectos de que se haya mantenido o no la cadena de custodia, conforme a las reglas de la sana crítica.

3.9. Diligencias Iniciales de Investigación

3.9.1. Diferencia entre acto de investigación, actos urgentes de comprobación y medios de prueba

El Código Procesal Penal aprobado regula, en nuestra opinión, con mayor claridad lo que constituyen los actos de investigación. Aún cuando no existe una precisión legal sobre el concepto, lo cual resulta innecesario, su sistematización nos permite distinguirlos sin mucha dificultad respecto de aquellos actos procesales que, aunque fueron practicados durante la instrucción, sí asumen la condición de verdaderos elementos probatorios.

Aunque una definición legal de lo que son los actos de investigación resulta innecesaria, sí es conveniente distinguirlos de los actos procesales de verdadera prueba, así como establecer cuál es el propósito que cumplen al interior del proceso penal.

La prueba en estricto sentido solo es aquella que se produce en juicio con todos los ritos legales y con la satisfacción de condiciones que hacen asequible su valoración, por el Tribunal, como la contradicción y la inmediación.

Cualquier acto procesal practicado durante la instrucción que tenga como contenido la recaudación de información, no puede ser estimado como prueba. Así se advierte de lo preceptuado por el art. 276 CPP vigente y en el art. 311 CPP aprobado, cuando indican, el primero, que los actos de la instrucción carecen de valor en juicio, salvo aquellos que se hayan practicado bajo las condiciones de anticipos de prueba que establece el art. 270 CPP vigente, y los que pueden incorporarse por su lectura en juicio; y, el segundo, al decir, que solo los medios de prueba reconocidos por el Código tendrán valor en el juicio, mientras que las demás actuaciones de la instrucción carecerán de todo valor. Lo realizado durante la instrucción, por regla general, no constituye prueba, sino más bien meros actos de investigación. La misma naturaleza, por supuesto, tiene lo que conocemos como diligencias iniciales de investigación.

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha definido en diversas resoluciones lo que puede entenderse como diligencias iniciales de investigación, indicando, que éstas son aquellos actos realizados por la Policía con Dirección Funcional de la Fiscalía con el objeto de recolectar elementos de convicción que permitan sustentar una imputación, a efecto de que la Fiscalía pueda promover la acción penal a través del respectivo requerimiento, agregando que por su naturaleza y finalidad, las mismas no requieren para su práctica, la presencia de un defensor ni la notificación al sospechoso (Sentencia número SHC 211-2002, de fecha 5 de marzo de 2003). Entonces, advertimos que no es posible confundir actos de prueba con diligencias de investigación, en tanto que los mismos tienen una naturaleza procesal distinta y además se realizan por sujetos procesales igualmente distintos.

También es posible diferenciar su finalidad, pues la prueba servirá, en su caso, para sustentar una Sentencia definitiva; si es condenatoria, aquella prueba habrá tenido la capacidad de enervar la presunción de inocencia. Obviamente la finalidad de los actos de investigación no es destruir aquella presunción y tampoco sustentar una sentencia definitiva, sino simplemente llevar el conocimiento necesario al Juez de Paz o al de instrucción, para verificar la presencia, o no, de elementos de convicción suficientes y razonables, para constatar dos circunstancias: la existencia del delito y la probable (y solo probable) autoría o participación del imputado en ese delito.

Ahora, en lo que concierne a los actos urgentes de comprobación, debemos reconocer que siempre resulta difícil poder definir un concepto en el que se contienen a su vez una diversidad importante de otros conceptos o, como en este caso, actuaciones procesales distintas. Lo que sí podemos anunciar, es que con la designación de “actos urgentes de comprobación”, se ha querido agrupar y sistematizar toda una gama de actuaciones procesales en las que coinciden unas cualidades comunes. Entonces, más que hacer un esfuerzo de definición, podemos ahora tratar de identificar esos signos comunes a cada uno de los actos procesales regulados en el capítulo II, título V del libro primero del Código Procesal Penal aprobado.

En primer lugar, todos ellos constituyen unos actos procesales de recogida de información que puede resultar valiosa no solo para la investigación del delito en estricto sentido, sino además para el descubrimiento de la verdad; por otro lado, muchos de estos actos procesales de recogida de información, se realizan de manera inmediata a la noticia del delito, pues su demora puede provocar la pérdida de esa información o cuando menos su inexactitud. De la realización de muchos de estos actos urgentes, además, ha de resultar una posible restricción de derechos fundamentales, lo cual hará ineludible una previa autorización judicial; hay que tener presente que la actividad judicial, en estos supuestos, se limita a la emisión de una autorización debidamente fundamentada, pero no a una participación directa en la realización misma del acto autorizado. Esto último diferencia notablemente a los actos urgentes de comprobación respecto de los anticipos de prueba, que ahora se circunscriben a la prueba testimonial, porque en este último caso, la presencia del juez resulta obligatoria.

Decíamos que los actos urgentes de comprobación son valiosos no solo para la investigación del delito en estricto sentido, pues se realizan durante las diligencias iniciales de investigación o en la instrucción formal misma, sino que además muestran su valor para el descubrimiento de la verdad; porque constituyen verdaderos elementos de prueba, cuya incorporación al juicio se ha de verificar a través de la lectura del acta en la que se hayan documentado; así lo ha previsto el art. 372.1 CPP aprobado. De tal manera que los actos urgentes de comprobación aún cuando pueden llegar a realizarse dentro de los límites temporales de las diligencias iniciales de investigación o durante la instrucción, no constituyen meras diligencias de investigación, sino que son más bien unos verdaderos elementos de prueba, que en todo caso solo podrían mostrar una diferencia de calidad con relación

a otros medios de prueba; respecto de algunos de los actos urgentes de comprobación habrá de ser necesaria prueba complementaria sobre el asunto de que tratan. Pero esto, obviamente, habrá de estar vinculado a la labor de valoración que el tribunal sentenciador lleve a cabo.

3.9.2. Análisis de diligencias de investigación específicas:

*** Secreto bancario y tributario e inmovilización de cuentas**

Si bien el art. 232 de la Ley de Bancos, establece el secreto bancario como garantía y la imposibilidad de acceder a información relativa a los depósitos y captaciones que recibe el banco de parte de los particulares, salvo por su propio titular o por la Dirección General de Impuestos internos en procesos de fiscalización, esa misma disposición legal establece que el secreto bancario de ninguna manera ha de representar un obstáculo en la investigación de los delitos; de tal manera que esto resulta en armonía con la previsión del art. 277 CPP., lo que a su vez ha de permitir una eventual inmovilización de cuentas bancarias sujetas a investigación, diligencia regulada como acto de investigación, pero que posee las características de una verdadera medida cautelar. La posible afectación de derechos patrimoniales que surja de esta actividad, hace que sea necesario la previa autorización judicial, salvo en casos urgentes en los que podrá ser adoptada por el fiscal, pero sometida a un control judicial inmediato.

Estas restricciones al secreto bancario y la posibilidad de limitar la realización de operaciones en cuentas bancarias cuyos titulares

se hallan sujetos a una investigación penal, también se encuentra amparada por diversos cuerpos normativos internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que en su art. 31.7 dice en

lo pertinente: “cada Estado parte facultará a sus tribunales u otras autoridades competentes para ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Los Estado parte no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario”.

*** Identificación del imputado**

Reconocimientos por medio de fotografías y video

Esta forma de identificación casi siempre es previa a la detención del posible autor del hecho que se está investigando. La policía la utiliza como un medio de investigación que puede orientar las pesquisas y dirigirse contra una determinada persona como sospechosa de haber cometido el hecho delictivo que se investiga. Como medio de investigación carece, por sí, de valor probatorio debiendo consolidarse la identificación mediante pruebas complementarias que aseguren y depuren su fiabilidad y eficacia. Antes no se ha regulado el tema de la identificación por fotografías realizada en sede policial con fines de identificación de un sospechoso; pero ello no impidió que tal acto policial fuera realizado y además cuestionado como violatorio de garantías procesales fundamentales como la inviolabilidad de la defensa.

Para dar respuesta a este cuestionamiento, podemos partir de unas consideraciones en torno a ese derecho de defensa y especialmente importante resultan las dos premisas que fija Francisco Carrara⁷³ para entender por qué el derecho de defensa es irrenunciable y además incapaz de verse menoscabado sin que ello redunde en efectos procesales negativos o incluso responsabilidades de otras clases para quien restringe ilegítimamente su ejercicio. Estas premisas son la afirmación de que estamos frente a un verdadero derecho fundamental y no frente a un privilegio que pueda otorgarse a unas personas sí, pero a otras no; o solo pueda admitirse de forma parcial frente a situaciones o etapas procesales determinadas; pero además porque la propia sociedad debe tener interés en el reconocimiento de ese derecho del acusado a defenderse, culpables y por ello la defensa constituye una materia de orden público.

73. carrara, francesco. Programa del Curso de Derecho Criminal Vol. II. Ed. De Palma. Pag. 366.

Estas premisas nos llevarían, como ya lo anunciamos, a reconocer el derecho de una persona contra la que recae una imputación a defenderse sin limitaciones determinadas por etapas procesales o por la naturaleza de los actos que se realizan (administrativos o Judiciales). Especialmente importante resulta que pueda defenderse incluso desde actuaciones policiales en las que de ordinario se llevan a cabo actos que son determinantes en la definición posterior, en sede judicial, de la situación jurídico-procesal de la persona imputada. Es decir, muchas de esas actuaciones policiales a menudo le resultan perjudiciales. Por qué, pues, no reconocer la posibilidad de defenderse, sea por propia cuenta o a través de asistencia letrada; hacerlo así es mostrar coherencia con lo preceptuado por el contenido del art. 12 Cn. en el que el Constituyente ha reconocido aquel derecho a contar con defensor desde las diligencias realizadas por los órganos auxiliares de la administración de justicia. Debíamos asimilar este concepto al de diligencias iniciales de investigación, las que podemos definir, sin perjuicio de la definición que ha formulado la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y a la que ya nos hemos referido antes, como todo acto de investigación cuya realización no admite demora, porque no llevarlo a cabo de inmediato supondría la pérdida de los elementos de convicción, que el mismo pueda representar. También quedan comprendidas dentro de esas diligencias aquellas que permitirían sustentar la primera pretensión fiscal plasmada en el requerimiento. Es desde las diligencias policiales que tienen esas características, que la Constitución exige que el inculpado se encuentre ya en condiciones que le lleven a acceder a una defensa eficaz.

Siempre ha existido una tendencia en nuestra jurisprudencia a fijar momentos a partir de los cuales algunos derechos (y principios han dicho unos) cobran una plena vigencia, sin que por esto no se les reconozca y admita en todo el proceso, pero resaltando su completa eficacia en determinadas etapas del mismo.⁷⁴ A esto respondería Carrara diciendo: “Pero si el derecho de defensa ha sido ya reconocido como sagrado y como perteneciente al orden público, no puede haber distinción de tiempo. Desde el primer momento en que la justicia ha

74. Por ejemplo la sentencia pronunciada por el Tribunal de Sentencia de Ahuachapán, el día siete de enero del dos mil en la causa Número 101- AP-4-99 en la que se dijo “...los suscritos jueces son del criterio que si en audiencia inicial se hubiese impuesto alguna medida cautelar aunque no fuera la detención provisional, si estaríamos en presencia de violaciones a los dos derechos antes mencionados; así mismo, que hasta el momento de la acusación, es cuando existe una imputación formal y es cuando cobra vigencia en todo su esplendor el derecho de defensa...”

puesto la mano sobre un ciudadano, pretendiendo que es culpable de un delito y teniendo por ello la intención de hacer recaer la pena sobre él, desde este momento, tiene derecho de que se le abran las vías útiles de la defensa, ya que también esos comienzos son agresivos de su derecho individual, que él tiene razón de defender, y que le producen grandes molestias y, con demasiada frecuencia, irreparables daños...” 75.

Ciertamente lo relevante no ha de ser fijar momentos procesales en los que pueda hacerse uso del Derecho de Defensa y los momentos en los que tal derecho resulte casi prescindible, sino que es necesario reconocer que si bien este derecho impregna a todo el proceso, el mismo, como todos los demás derechos fundamentales, no tiene un carácter absoluto e irreductible; este derecho puede verse comprimido para asegurar la indemnidad de otros derechos fundamentales o intereses públicos que en un momento determinado resulten prioritarios y frente a lo cual, aquel derecho deba ceder una porción de su ámbito de aplicación; pero por supuesto que sin anularlo completamente. Esta parece la orientación del Tribunal de Sentencia de Chalatenango, cuando en la sentencia de fecha 24 de junio de 2004, pronunciada en el expediente 17-02-2004, ha dicho: “.... Conceder la oportunidad de contradicción y control a las partes en la realización de un acto urgente de investigación, desnaturalizaría su propósito de preservar la evidencia. Se admite que los derechos no son absolutos y no permiten ese control de las partes en la realización de una pericia ordenada como acto urgente de investigación, es una excepción al derecho de defensa, de lo contrario se abriría la brecha hacia un garantismo absoluto que lleva a la impunidad...”.

Por otro lado, también se reconoce que no toda infracción de actos procesales ha de llevar ineludiblemente hacia la generación de indefensión en el imputado; para asegurar tal cosa, es necesario que el acto realizado provoque materialmente una situación en la que ninguna posibilidad de defenderse haya tenido el titular de ese derecho.

Ahora, llevando los conceptos antes indicados, (que de alguna manera fijan unas líneas importantes del derecho de defensa) al acto procesal de reconocimiento por fotografías o video, con finalidad de identificación de una persona, surge inicialmente la pregunta de si el acto policial de exhibir tales fotografías o videos a testigos o víctimas para

que éstos los identifiquen tiene alguna relevancia con relación al derecho de defensa y si tal acto ha de tener o no alguna eficacia al interior de un proceso penal.

En principio aquella exhibición provoca un señalamiento que podría decirse, no reúne los requisitos de un acto de reconocimiento de personas; pero, es que no encontramos razón alguna para que esa exhibición cumpla los mismos propósitos de los reconocimientos de personas y por tanto, que deban cumplir con las mismas exigencias legales. De hecho, en una posición bastante flexible, el Dr. José María Casado Pérez⁷⁶ ha reconocido la posibilidad de dar valor a los señalamientos inculpativos que se producen de forma espontánea y circunstancial, por tanto, que no reúnen los presupuestos de los reconocimientos de personas.

Decíamos que ni siquiera buscan el mismo propósito, pues para el agente policial, aquella exhibición busca legitimar, entre otras cosas, la captura, no de cualquier persona que se cruce por el camino, sino solo de quien haya sido identificado. El reconocimiento de personas, busca establecer la identidad del imputado o bien asegurarse de que quien le alude efectivamente le conoce o le ha visto. De hecho, dentro del interrogatorio previo al reconocimiento el testigo o víctima está obligado a decir si ha visto con anterioridad o posterioridad al hecho, a la persona que reconoce. Circunstancias que el juez eventualmente ha de valorar en orden a establecer el mérito del reconocimiento de personas, si el mismo fuere positivo, claro está y si le ha precedido un reconocimiento policial por fotografía con fines de identificación del sospechoso. Entonces, en principio, no encontramos que la acción policial se traduzca en una situación de indefensión.

Tomando en cuenta que, como ya lo advertimos, no toda violación a normas procesales provocan necesariamente una indefensión, debíamos preguntarnos, cómo se ejercita la defensa en un acto de reconocimiento, cuando el imputado no asume sino una posición pasiva como objeto de prueba. En todo caso, no toda exhibición deliberada por parte de la policía tiene que terminar en un señalamiento inculpativo.

Con demasiada frecuencia se escuchan en la sede de los juzgados y tribunales, alegatos en contra del inicial reconocimiento policial por fotografías. Se argumenta que la persona que ha realizado un reconocimiento fotográfico está dispuesta a mantener ese

reconocimiento en los sucesivos trámites identificativos, resultando incapaz de sustraerse a ese influjo inicial que vicia las posteriores diligencias.

Creemos que el argumento no es completamente convincente y que existen razones para llegar a conclusiones contrarias. Una persona que realiza la primera identificación por medio de una fotografía policial sólo puede confirmar la consistencia de su percepción visual si se la somete a sucesivas pruebas más complejas que pueden desvanecer la primera impresión recibida. El reconocimiento inicial fotográfico no proporciona la seguridad del descubrimiento. Así el reconocimiento en rueda de personas practicado posteriormente con todas las exigencias legales nos dirá si la inicial revelación era firme y consistente. Las dificultades de reconocer aumentan cuando el sospechoso se mezcla con otros de análoga edad y características físicas y si, en estas condiciones, se vuelve a señalar a la persona inicialmente identificada por fotografía, el valor como elemento probatorio de ese reconocimiento de personas practicado posteriormente, puede verse incrementado.

Finalmente merece la pena que destaquemos cuál ha sido la posición de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el tema de los reconocimientos por fotografías realizados en sede administrativa con fines de identificación.

Como antes lo indicamos, a pesar de la actual falta de regulación de éste como un acto de investigación, los reconocimientos por fotografías en sede policial han sido una constante, sin que ello haya supuesto una alteración del debido proceso o vulneración de garantías procesales. Cuando su legitimidad fue cuestionada a través de procedimientos constitucionales de habeas corpus, por ejemplo, la Sala de lo Constitucional planteó la posibilidad de que tales reconocimientos por fotografías pudieran practicarse como actos de investigación o como anticipos de prueba, guardando en este último caso, todas las formas legales necesarias para que el acto posea valor probatorio.

Así, en sentencia número HS021405.06 de fecha 16 de octubre de 2006, dijo que “La diligencia contenida en la disposición aludida suele realizarse en sede policial o fiscal mediante la presentación de uno o varios álbumes de fotografías de distintas personas entre las que figura la del sospechoso o imputado; no obstante ello, en la fase de instrucción, el reconocimiento por fotografía puede realizarse bajo la modalidad de

prueba anticipada, ya que el paso del tiempo puede convertir la diligencia de reconocimiento en un acto irreproducible en el juicio oral, aparte de que, al consistir el reconocimiento en una declaración testifical, pueden darse circunstancias que obliguen al apersonamiento anticipado del testigo, por existir temor fundado de que se ocultará o ausentará del lugar de residencia”.

Y en su sentencia HS013205.06, de fecha 27 de febrero de 2006, ha sido todavía más precisa, porque nos ofrece unos parámetros conceptuales para entender la naturaleza y finalidad procesal de las diligencias de investigación en general. Nos parece necesario transcribir los segmentos más importantes de esa decisión, para comprender su contenido y alcances, así:

Vistos los pasajes relacionados, es preciso señalar, que antes de iniciarse la fase instructora, generalmente se desarrolla una fase a cargo de la Policía y el Ministerio Fiscal, cuya función primordial es confirmar la noticia criminal y recolectar los elementos necesarios para promover la acción penal, que se ejercita a través del correspondiente requerimiento fiscal, dando lugar así al inicio del proceso penal propiamente dicho.

Las diligencias iniciales de investigación constituyen una fase preprocesal que entra en la esfera de los actos propios de la policía bajo la dirección funcional de la Fiscalía General de la República. Su naturaleza es administrativa, con la única excepción de los supuestos de preconstitución de prueba, en los que será preciso obtener autorización judicial –artículo 270 Pr. Pn.–. En ese sentido y examinados los pasajes del proceso penal, es dable señalar que la diligencia que se objeta no fue realizada bajo los supuestos de un anticipo de prueba, ni mucho menos como un reconocimiento cuya naturaleza requiriese la intervención judicial a que se refieren los artículo 211 y 215 del Código Procesal Penal, pues se trataba de una actividad previa a la instrucción.

De allí que el reconocimiento de fotografía –en los términos en que se produjo en el caso particular– haya tenido la finalidad de obtener los antecedentes para corroborar la noticia del delito y así fundar la acusación, fuera de los supuestos de los artículos referidos.

De lo expuesto, esta Sala determina, que no ha existido vulneración constitucional

al derecho de libertad física del favorecido, pues la diligencia por la cual supone

ha sido vulnerada la categoría constitucional aludida, fue realizada con la finalidad de "identificar" e "individualizar" a uno de los supuestos participantes en el hecho delictivos y no como un acto probatorio que requiriese la intervención judicial en los términos señalados en los artículos 211 y 215 del Código Procesal Penal.

El Tribunal de Justicia constitucional se anticipaba a los tiempos, revelándonos que el propósito procesal del acto de investigación que ahora el Código Procesal Penal aprobado llama reconocimiento por fotografías o videos, no podía ser otro más que la sola identificación del sospechoso. De ahí que insistamos en el limitado valor de ese acto, como elemento de convicción útil durante la instrucción, pero carente de cualquier pretensión probatoria en el juicio. Por eso la exigencia del art. 279 CPP aprobado, de que el juez deba realizar el reconocimiento de personas, según su regulación como acto urgente de comprobación, cuando ya se encuentre disponible la persona de que se trate, porque este acto de reconocimiento judicial, sí que alcanzaría valor en el juicio.

*** Comunicaciones electromagnéticas.**

El art. 281 CPP aprobado, ha regulado como una diligencia inicial de investigación lo que ha dado en llamar “comunicaciones electromagnéticas”; pero en estricto sentido ese acto de investigación se corresponde con la grabación, previa autorización de la víctima, de sus comunicaciones telefónicas o de otra clase, que utilicen el espectro electromagnético.

Este permiso legal para la grabación de las comunicaciones de la víctima, de inmediato nos remite a las consideraciones acerca de la conformidad de esa disposición con la prohibición constitucional contenida en el art. 24Cn. Este precepto de la norma fundamental prohíbe la intervención o la interferencia de las comunicaciones telefónicas. Sin embargo, a partir del contenido de la sentencia HS0 14501.02, pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en fecha

11 de febrero de 2002, no podemos reconocer que exista vulneración a la garantía constitucional de inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas, cuando uno de los interlocutores, en este caso la víctima, autoriza a terceros para que graben la conversación, por cuanto lo que se pretende proteger con esa garantía es la facultad de los intervinientes

en la comunicación, de expresar libremente sus pensamientos, y de hacerlo de forma reservada a determinados destinatarios.

Para dejar claro el sentido de la decisión del Tribunal, transcribimos un extracto de la sentencia aludida:

La inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas aparece como una garantía normativa del derecho a la intimidad por cuanto sirve como un instrumento de protección de éste, dicha garantía se encuentra regulada en el Art. 24 de la Constitución de la República, que a la letra establece en su parte final: "*..Se prohíbe la interferencia y la intervención de las comunicaciones telefónicas.*"; al respecto y desde una perspectiva constitucional, no resulta de alto interés establecer delimitaciones precisas de los vocablos "interferencia" e "intervención" por no ser dichos términos taxativos; sino por el contrario, debemos deducir una concepción amplia del secreto de las comunicaciones telefónicas , lo que se traduce en que lo relevante -constitucionalmente hablando- es la injerencia de terceros extraños a la comunicación, independiente de los medios o formas que se utilicen para captar las llamadas telefónicas y es que, lo que se protege en la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas, es la doble facultad que tienen los intervinientes en la comunicación, por un lado, la de comunicar libremente su pensamiento y además, la de hacerlo reservadamente con relación a destinatarios específicos, es decir, sin que otras personas distintas de los comunicantes conozcan el contenido de la comunicación.

De lo anterior se puede deducir, que la garantía a la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas, no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación telefónica protegida, pues lo que se tutela es precisamente la libertad de las comunicaciones, específicamente su secreto, garantizando la norma constitucional, la impenetrabilidad de las comunicaciones por terceros (públicos o privados) ajenos a la comunicación misma, por lo que se afirma, que no constituye contravención alguna a la no interferencia o no intervención telefónica, la conducta del propio interlocutor que graba su conversación o que consiente la grabación de la misma.

*** Incautación, decomiso, secuestro.**

Aún cuando no se ha formulado una definición legal de estos actos procesales, el contexto en el que se encuentran regulados nos permite diferenciarlos y sugerir una definición que esté vinculada a los supuestos en los que cada uno de ellos procede.

Así, la incautación solo ha de ser el acto material de recogida de los objetos; es la manera de hacerse de las cosas que luego podrán estar sometidas al decomiso o al secuestro. Así puede inferirse su significado a partir del párrafo primero del art. 283 CPP aprobado.

El decomiso constituye un acto decisorio del fiscal, posterior a la incautación, que recae sobre una particular clase de objetos, que son los que representan riesgo para la salud de las personas, los que son de tenencia prohibida o peligrosa, los de ilícito comercio o procedencia, y en general aquellos sobre los que no es posible ejercer derechos patrimoniales. Su propósito se encuentra vinculado esencialmente al cumplimiento de las reglas de cadena de custodia prevista en los arts. 250 y siguientes del Código Procesal Penal aprobado.

La incautación, como acto de recogida inicial de las cosas vinculadas con el delito, puede llevar implícita la afectación, o cuando menos la disminución de las posibilidades de ejercicio de un derecho patrimonial, sobre esas cosas incautadas; de tal manera que, tratándose de un derecho fundamental, su reducción solo puede estar avalada por una decisión judicial adecuadamente fundamentada. Esto es lo que constituye el secuestro, la decisión judicial a partir de la cual se autoriza la restricción del derecho fundamental de propiedad o de posesión que podría ejercerse sobre aquellas cosas que fueron previamente incautadas y en las que reside alguna pretensión probatoria o que eventualmente puedan estar sujetas a otras decisiones judiciales, como el comiso o el embargo. Este, entendemos, es el sentido del art. 284 CPP.