

UNIVERSIDAD FRANCISCO GAVIDIA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS

LAS INTERVENCIONES TELEFONICAS.

**TRABAJO DE GRADUACION
PARA OBTENER EL GRADO DE
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURIDICAS.**

**PRESENTADO POR:
CAROLINA GERTRUDIS MORÁN.
EDGAR ANTONIO GÓMEZ REYES.**

**ASESOR:
DR. JUAN PORTILLO HIDALGO**

SAN SALVADOR 14 DE JULIO DE 2003.

UNIVERSIDAD FRANCISCO GAVIDIA

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS**

**RECTOR:
ING. MARIO ANTONIO RUIZ RAMIREZ.**

**SECRETARIA GENERAL:
LICDA. TERESA DE JESUS GONZALEZ DE MENDOZA.**

**DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS
SOCIALES:
LICDA. ROSARIO MELGAR DE VARELA.**

**DIRECTOR DE LA ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS:
DR. JORGE EDUARDO TENORIO.**

**ASESOR:
DR. JUAN PORTILLO HIDALGO.**

SAN SALVADOR, JULIO DE 2003.

INDICE.

Introducción.

CAPITULO I.

PLANTIAMIENTO DEL PROBLEMA.

1. ANTECEDENTES.....	2
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	3
3. JUSTIFICACIÓN.....	5
4. OBJETIVOS.....	6
5. ENFOQUE METODOLOGICO.....	6

CAPITULO II.

MARCO DE REFERENCIA.

1. DEFINICIÓN DE INTERVENCIÓN TELEFONICA.....	8
2. OBJETO DE LA INTERVENCIÓN TELEFONICA.....	9
2. MARCO LEGISLATIVO ACTUAL QUE REGULA LA INTERVENCION TELEFONICA.....	11
3. DERECHOS FUNDAMENTALES Y BIENES JURÍDICOS EN CONFLICTO CON LA APLICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA.....	12

4. PROPUESTA LEGISLATIVA QUE PRETENDEN REGULAR LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS.....	13
---	----

CAPITULO III

LEGALIDAD.

1. Legalidad de la Intervención Telefónica.....	18
2. Análisis constitucional de la intervención telefónica.....	21
3. Beneficio y desventajas de la intervención telefónica.....	24
4. Consecuencias de la aplicación de la intervención Telefónica en el procesal penal salvadoreño.....	25

CAPITULO IV.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. CONCLUSIONES.....	29
2. RECOMENDACIONES.....	31

BIBLIOGRAFIA.....	32
--------------------------	-----------

ANEXOS.....	33
--------------------	-----------

INTRODUCCIÓN.

La intervención telefónica es un tema que además de trillado es considerado polémico, por la sencilla razón que la acción de intervenir las escuchas telefónicas es un bien jurídico que aparte de ser protegida su intervención por nuestra constitución, protege de manera automática la estructura de los derechos fundamentales de las personas que se desarrollan en sociedad en su sistema Democrático; criterio que utilizaremos para el desarrollo del presente trabajo monográfico, es decir, nuestro análisis en el presente trabajo irá encaminado a determinar si es prudente que en ciertos casos se autorice intervenir las comunicaciones telefónicas, y si con ello, no se está poniendo en peligro la estructura de Derechos fundamentales anteriormente mencionados. Dentro del desarrollo del tema en comento haremos un recorrido de los antecedentes que dieron origen a tan discutido tema, en otros términos comentaremos con respecto al porqué de nuestra investigación, es decir, cual es el fin teológico del contenido de referido tema, cual es su justificación, importancia, interés y utilidad. Pasando de esta manera a sus objetivos, tanto generales como específicos, luego exploraremos la estrategia metodológica que se utilizó para la realización de las diferentes etapas del presente trabajo, llegando con ello a definir lo que es intervención telefónica, su objeto marco legal, tanto constitucional como legislativo, cual son los derechos o bienes jurídicos protegidos, siendo estas las propuestas legislativas al respecto. Y por último realizaremos un breve análisis con respecto a la legalidad y consecuencias de las intervenciones telefónicas. Así como un análisis constitucional de referido tema, beneficios y desventajas, casos y situaciones susceptibles de intervención telefónica y consecuencias de la aplicación de la intervención telefónica a los principios rectores del Código Procesal Penal Salvadoreño.

CAPITULO I PLANTIAMIENTO DEL PROBLEMA.

1. ANTECEDENTES.

En la constitución de 1983, debido al esfuerzo de su constituyente por sentar las bases para la democracia del país, se introdujeron y reformaron diversas instituciones, así como se consagraron derechos que antes no aparecían en las normas jurídicas, por ejemplo la tutela a la intimidad, derecho fundamental que está estrechamente vinculada con el tema que se pretende investigar, art. 24 Constitución.

El repudio a la intervención de los teléfonos era tan extendida, que cuando se propuso su prohibición en la constituyente, no hubo ninguna oposición.

La constitución de 1824 señala que sólo en los delitos de traición se pueden ocupar los papeles de los habitantes de la República cuando sea indispensable para la averiguación de la verdad. Art. 169.

La constitución de 1898 comprendía que la correspondencia epistolar y telegráfica es inviolable e interceptada no harán fe. Art. 30.

En la carta magna de 1921 declara inviolable la correspondencia epistolar, la telegráfica y los papeles privados, ordenando a las autoridades no sustraer, abrir ni detener la correspondencia epistolar o la telegráfica, las cuales solo podrán ocuparse o inspeccionarse por orden de autoridad competente en los casos determinados por la ley. Arts. 53 y 54.

La Constitución de 1824, contemplaba que la casa de todo ciudadano, sus libros y correspondencias, se elevan a sagrados,

prohibiendo que puedan registrarse, salvo cuando la ley así lo permita. Art. 66. Asimismo la Constitución de 1841 estatuye que la correspondencia epistolar es inviolable y no podrá interceptarse ni abrirse, sino en los casos expresamente determinados por la ley, y cuando lo exija la seguridad y salud pública bajo las formas y requisitos que la misma ley establece. Los conceptos de esta constitución son retomados por las constituciones de 1880 y 1883. Arts. 77, 24 y 20 respectivamente.

La célebre constitución de 1886, reproduce la redacción de la federal de 1898, es decir, declara que la correspondencia epistolar y telegráfica es inviolable e interceptada no harán fe. Lo mismo hace la de 1939, aunque reviviendo la reserva salvo las excepciones de ley, abandonada en la de 1845 que retoma la fórmula de la de 1886. Arts. 30,40 y 49.

Contemporáneamente la constitución de 1950 inicia la redacción vigente, la que mantiene que la correspondencia de toda clase es inviolable; interceptada no hará fe ni podrá figurar en ninguna actuación, salvo en los casos de concurso y quiebra. Art. 159.

La constitución de 1983, como queda dicho, añade a la inviolabilidad de la correspondencia, las prohibiciones de interferir o intervenir las comunicaciones telefónicas, a las cuales no se puede sino atribuir el mismo propósito de la legislación actual.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

La injerencia a las escuchas telefónicas siempre ha sido un tema de debate en la doctrina penal y constitucional; esto es porque su aplicación vulnera el derecho a la intimidad.

Pese a esta vulneración nuestro legislador ha reformado la norma secundaria sin armonía de la constitución, prueba de ello es lo establecido en el artículo 302 del Código Penal, que faculta a la fiscalía general de la república la escucha o grabación de conversaciones telefónicas pudiendo ser utilizada con fines probatorios. Si bien esta reforma define los delitos sobre los cuales se va a permitir la injerencia de las intervenciones telefónicas, no se ha tomado en cuenta el principio de proporcionalidad en la aplicación de esta medida tan delicada, es decir, la intervención telefónica debe de ser utilizada como el medio último para encontrar la verdad con respecto a la persecución del delito.

Precisamente lo delicado de esta medida nos obliga a reflexionar o cuestionar si el aparato normativo se encuentra ajustado a los preceptos establecidos por nuestra constitución.

Es necesario definir sobre el objeto que recae la intervención telefónica; ¿deberá intervenir la conversación completa o solamente el registro de llamada?, ¿Basta la autorización de la fiscalía o es necesario una resolución motivada por el juez en base a un indicio probatorio?

En virtud de estas críticas es que se ha propuesto la reforma al artículo 24 Constitución. Que si bien es cierto ya se establece los delitos sobre los cuales se va a permitir la intervención de la escucha previa autorización judicial aun surgen las dudas si estos delitos son producto de una auténtica política criminal o es una forma de encubrir la ineficacia en la investigación policial y fiscal. Es decir, la vulneración al Derecho de la intimidad debiera ser el último medio probatorio que se debiera utilizar para la averiguación de un hecho ilícito.

En virtud de las anteriores reflexiones el problema de este trabajo en relación con el Código Procesal Penal se enuncia de la manera

siguiente: ¿Es la intervención telefónica un medio válido de prueba, de acuerdo a los principios rectores, tanto de nuestra ley primaria como del Código Procesal Penal Salvadoreño?

3. JUSTIFICACIÓN

La aplicación de la intervención telefónica implica la vulneración de un Derecho Fundamental, que es el Derecho a la intimidad, valor protegido por la Constitución. Razón por la cual se hace importante una investigación acerca de la forma de su aplicación.

Dado que nuestro país vivió un conflicto armado por más de diez años, y el Estado de Derecho es relativamente joven, pues es a partir de los acuerdos de Paz que se puede decir, que vivimos en una Democracia; una vulneración de esta naturaleza podría traer un retroceso a la esfera de libertades individuales de los ciudadanos y ciudadanas. En virtud de lo cual es conveniente un análisis jurídico del modo y de la forma de la escucha telefónica para no caer en un Estado totalitario.

a. Importancia de la Investigación: El estudio de la investigación telefónica permitirá realizar un análisis jurídico de una medida que por su naturaleza es susceptible de vulnerar Derechos Fundamentales. Si la escucha telefónica no es aplicada de forma correcta pondría en peligro el frágil Estado de Derecho en el que nos encontramos.

b. Interés de la Investigación: El estudio de la intervención telefónica permitirá conocer la licitud o ilicitud como medio de prueba en el proceso penal salvadoreño, considerando los principios de interés público e interés privado, art. 246 Constitución.

c. Utilidad de la Investigación: El interés de este trabajo consiste en investigar la armonía que deben guardar las reformas al procedimiento penal con los Derechos fundamentales (Derecho a la Intimidad) protegidos por nuestra constitución, de tal manera que su forma y aplicación no vulnere las libertades ciudadanas.

4. OBJETIVOS.

Objetivos Generales.

- I- Analizar si la intervención telefónica es un medio lícito o ilícito de prueba en concordancia entre la constitución y el Código Procesal Penal salvadoreño y sus repercusiones en la limitación a los derechos fundamentales.

Objetivos Específicos.

- I- Determinar que situaciones y en que forma permitirían la intervención telefónica, justificando la vulneración al Derecho a la intimidad.
- II- Establecer el impacto de esta medida en los procesos que inspiraron la creación del Código Procesal Penal Salvadoreño.
- III- Determinar la eficacia de intervención telefónica en el combate del crimen organizado.

5. ENFOQUE METODOLOGICO.

La estrategia metodológica que se utilizó para realizar la investigación implicó tres etapas de desarrollo, estas son:

- Recolección de la información. Consistió en la recolección de información documental, trabajo en investigación en la problemática que se está tratando.

- Análisis de la información. Consistió en analizar la información obtenida.
- Redacción final. Consistió en la creación del texto de acuerdo a la propuesta capitular que se presentó a la Escuela de Ciencias Jurídicas.

Las técnicas de investigación que se utilizaron son: síntesis bibliográfica, análisis del contenido y resumen.

CAPITULO II

MARCO DE REFERENCIA.

DEFINICION Y OBJETO DE LA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA.

1. DEFINICIÓN DE INTERVENCIÓN TELEFONICA.

Interceptar significa apoderarse de una cosa o detenerla antes que llegue a su destino; interrumpir, obstruir una vía de comunicación. Detener quiere decir suspender una cosa, impedir, estorbar que pase adelante; retener, conservar o guardar, arrestar. Ambas expresiones y todas las empleadas por las Constituciones antes de 1983, se aplican a las comunicaciones escritas. Pero no fácilmente a las de otro tipo; sobre todo a las telefónicas, en el sentido que aquí se necesita tratarlas. No es posible apoderarse de una llamada, para impedir que llegue a su destino. Tampoco se le puede estorbar, guardar o arrestar. Al menos, no es de eso lo que se está discutiendo.

Interferir quiere decir cruzar, interponer algo en el camino de una cosa, o en una acción. O causar una interferencia; es decir, provocar una acción recíproca en las ondas sonoras, eléctricas, etc., que resulta en aumento, disminución o neutralización de las mismas. Interferir es una de

las acciones que la Constitución vigente prohíbe realizar en las llamadas telefónicas. Obviamente, las acepciones citadas no se aplican al fenómeno que se está tratando de estudiar. El vocablo sería equivalente a lo que suele llamarse "perturbación" de las comunicaciones.

Observar, significa examinar atentamente; advertir, reparar; mirar con atención y recato, atisbar. Este vocablo, nunca empleado en nuestra legislación, es adecuado al tema que se está analizando, pues algunas de sus acepciones, como "examinar atentamente", "advertir, reparar", "mirar con atención y recato" describen acciones que están entre las que la autoridad necesita ejercer sobre las comunicaciones, para lograr los objetivos a los cuales se hace referencia más adelante.

Intervenir, viene también justamente al caso presente. Significa: Interponer uno su autoridad; Dirigir, limitar o suspender una autoridad el libre ejercicio de actividades o funciones; "vigilar una autoridad la comunicación privada".

Como se dijo, la palabra a emplear no es preocupación semántica, sino por delimitar la acción que puede o debe el Estado adoptar, con respecto a las comunicaciones privadas. De todas las mencionadas, las utilizadas por las Constituciones o aquéllas cuyo significado se ha transcrito, "intervención" es la más apropiada y, estando ya presente en nuestra Constitución, es la que se utilizará aquí.

2. OBJETO DE LA INTERVENCIÓN TELEFONICA.

Para poder adentrarnos a analizar el objeto de la intervención de las comunicaciones telefónicas es conveniente delimitar lo siguiente: La intervención de las comunicaciones telefónicas puede ser practicada tanto por sujetos particulares como por autoridad pública, funcionario o

empleado público. Con respecto a los primeros en el presente análisis no nos ocuparemos de manera extensiva, debido a que nuestro propósito no es hacer tal reflexión, ya que nuestro estudio va encaminado a determinar si en ciertos casos sería prudente la intervención de las comunicaciones telefónicas, con el propósito de perseguir el crimen, facultad que es exclusiva del poder punitivo del Estado.

El constituyente del 83, al prohibir la intervención de las comunicaciones telefónicas en forma general, no cometió como podría pensarse, una simple ligereza. Al igual que varios de sus antecesores, siguiendo su misma tradición, no se plantearon la posibilidad, tanto menos la necesidad, de que la averiguación penal requiriese de intervenir las comunicaciones. Por consiguiente, en modo alguno debe entenderse que quiso imponer una restricción a la persecución eficaz del delito y de esa manera favorecer ciertos actos ilícitos.

Lo que sí se pudiese decir, es que estamos ante un descuido del legislador pero no de una prohibición deliberadamente indiscriminada. Igual convicción se obtiene del silencio de la Ley de Telecomunicaciones, sobre la utilización de la intervención telefónica para perseguir el crimen. Se denota, además, en que las Constituciones no se ocuparon de las comunicaciones telefónicas, durante todo el tiempo anterior a 1983, cuando aquéllas ya existían.

Por lo tanto cabe preguntarse: ¿El porqué o para qué, de las intervenciones de las comunicaciones telefónicas por parte del Estado? Y en la medida que nos contestemos tal interrogante, lograremos haber encontrado el objeto de la intervención telefónica.

Desde hace mucho tiempo se vienen manejando ciertos comentarios con respecto al porqué de las intervenciones de las comunicaciones telefónicas de parte del Estado. Al respecto existen ciertos planteamientos, entre ellos exclusivamente para el tiempo de Guerra, se decía, que el Estado realizaba tal practica, para tener control de aquellos ciudadanos que presentaban un peligro a la seguridad de los intereses del gobierno en turno, planteamiento puramente político. En la actualidad se maneja que como el Estado es el encargado de perseguir el crimen, es él, el interesado en intervenir las escuchas telefónicas, con el propósito de salvaguardar los interese de la mayoría, es decir, de la sociedad. Como por ejemplo cuando se está procesando a una persona detenida y, sobre todo, no detenida, es decir, tratándose de un imputado en un proceso judicial, la intervención de sus comunicaciones puede ser de vital importancia para conocer la verdad. Por supuesto que estamos hablando de aquellas intervenciones de escucha telefónica que tienen un fundamento razonable y en unas ocasiones legales.

En vista que no nos encontramos en un país en guerra, nos quedamos con aquella idea, de que la intervención de las comunicaciones telefónicas solo seria posible en aquellos casos en donde se quiere conocer la verdad sobre un acto delictivo siempre y cuando se hagan dentro de los límites establecidos por la constitución. Fuera de esto no tiene porqué el Estado intervenir las escuchas telefónicas.

3. MARCO LEGISLATIVO ACTUAL QUE REGULA LA INTERVENCION TELEFONCIA.

La intervención de las comunicaciones, ha sido una de las garantías constitucionales que gozan de reserva legal, es decir, que la prohibición de las misma, es una prohibición a secas, que únicamente está regulada de manera general en la ley primaria, sin que estuviese desarrollado de

manera complementaria en las leyes secundarias, actualmente el Código Penal regula de manera somera el contenido dicho tema, de lo cual posteriormente comentaremos.

Con respecto a La Constitución de la República la intervención de la escucha telefónica está regulada en el artículo 24 inciso 2° en donde de manera Literal dice: "Se prohíbe la interferencia y la intervención de las comunicaciones Telefónicas"

Código Penal, artículo 186.- "El que con el fin de vulnerar la intimidad de otro, interceptare, impidiere o interrumpiere una comunicación telegráfica o telefónica o utilizare instrumentos o artificios técnicos de escucha, transmisión o grabación del sonido, la imagen o de cualquier otra señal de comunicación, será sancionado con prisión de seis meses a un año y multa de cincuenta a cien días multa.

Si difundiere o revelare a terceros los datos reservados que hubieren sido descubiertos, a que se refiere el inciso anterior, la sanción será de prisión de seis meses a un año y multa de cien a ciento cincuenta días multa.

El tercero a quien se revelare el secreto y lo divulgare, a sabiendas de su ilícito origen, será sancionado con multa de treinta a cincuenta días multa.

El que realizare los actos señalados en el primer inciso del presente artículo para preparar la comisión de un delito grave será sancionado con la pena de dos a seis años".(ref. D.L. N°642 17-06-99. D.O. N°128 T.344 09-07-99)

Código Penal, Artículo 302.- "el que interceptare o interviniere las comunicaciones telefónicas o usare artificios técnicos de escucha o grabación de dichas comunicaciones o lo ordenare o permitiere, será

sancionado con prisión de 2 a 4 años, e inhabilitación especial para el ejercicio del cargo o empleo por igual tiempo, si fuere funcionario o empleado público.

En el marco de una investigación judicial o de la Fiscalía General de la República, no se considerará como interferencia o intervención telefónica, ni violación al derecho de la intimidad, cuando se estuvieren recibiendo amenazas, exigiendo rescate de una persona que estuviere privada de libertad o secuestrada o se pidiera el cumplimiento de determinados hechos a cambio de la liberación de dicha persona, o a cambio de no intentar ninguna acción penal o se trate de delitos de crimen organizado, y la víctima, el ofendido o su representante, en su caso, solicitaren o permitieren por escrito a la Fiscalía General de la República, la escucha y grabación de las conversaciones o acciones en que se reciban tales amenazas o exigencias. La escucha y grabación así obtenida podrá ser utilizada con fines probatorios en juicio y, en este caso, deberá ser valorada por el juez.

4. DERECHOS FUNDAMENTALES Y BIENES JURÍDICOS EN CONFLICTO CON LA APLICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA.

El Derecho que se vulnera con la intervención telefónica es la intimidad (art. 24 Constitución); esta puede definirse como el Derecho del ciudadano ha tener una esfera que sea secreta e intangible a los demás y también ha ostentar la capacidad de evitar su manipulación o instrumentalización.

La intimidad es un derecho fundamental sin el cual no es realizable la existencia de la dignidad que debe asegurar la constitución; a su vez también se protege el Derecho a libertad de comunicarse sin limite alguno sin que ningún tercero tenga Derecho a conocer o indagar el contenido de

la comunicación. En conclusión el Derecho a la intimidad esta relacionado con el Derecho a la Libertad y Dignidad de la persona humana. La intimidad junto con el derecho a la vida, la integridad, la Libertad, son los derechos constitucionales que impiden el rompimiento del equilibrio del poder, es decir, son la base que sustentan el edificio social en cuanto sustenta a su vez el entramado social que nace y sirve para defender a la persona.

Un estado de Derecho Democrático tiene como propósito fundamental él respecto a la Libertad, dignidad, intimidad como base de la convivencia, de allí que al proteger el Derecho a la intimidad también se protege el sistema democrático y se previene con el surgimiento de Estados policiales o dictatoriales, que en nombre de la delincuencia terminan violando los derecho humanos.

5. PROPUESTA LEGISLATIVA QUE PRETENDEN REGULAR LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS.

REFORMAS CONSTITUCIONALES:

¿NECESIDAD, OPORTUNIDAD O LA SIMPLE JUSTIFICACIÓN DE LO INEVITABLE?

Roberto Rodríguez Meléndez

Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid

Coordinador del Programa de Formación Inicial para Jueces (PFI) de la
Escuela de Capacitación Judicial de El Salvador

II.- Las propuestas de reforma.

a) Art. 24 de la Constitución salvadoreña.

Primera propuesta de reforma al artículo 24 Cn.:

“La correspondencia de toda clase es inviolable, interceptada no hará fe ni

podrá figurar en ninguna actuación, salvo en los casos de concurso y quiebra”.

Sé prohíbe la interferencia y la intervención de las comunicaciones telefónicas, salvo en los casos de investigación de Secuestro, Extorsión, Narcotráfico, Lavado de Dinero y otros delitos similares o conexos, previa autorización judicial competente.

“Para evitar usos o fines distintos a los señalados en el inciso anterior, la Ley Secundaria regulará tales excepciones”.

Segunda propuesta:

“La correspondencia de toda clase, los documentos y papeles privados, no podrán abrirse, registrarse ni interceptarse, sino en virtud de la ley y previa autorización judicial. Sé prohíbe asimismo la interferencia y la intervención de las telecomunicaciones, realizadas por cualquier medio, excepto cuando se trate de la investigación de delitos y previa autorización judicial, preservándose el secreto de lo privado que no guarde relación con el proceso”.

Como estrategia para el combate de la delincuencia, se ha considerado que resulta necesario, en ciertos casos y bajo ciertos requisitos, la intervención e interferencia de las comunicaciones y la correspondencia.

Ambas propuestas, corren en la dirección de permitir, bajo la estricta vigilancia judicial que esa limitación al derecho a la inviolabilidad de la correspondencia y las comunicaciones no se estime como un derecho absoluto, sino que razonablemente, y bajo ciertos presupuestos pueda autorizarse dichas prácticas. Este en un supuesto que la Constitución actual no permite, pero que en muchos países han incluido, ante la

necesidad de buscar mecanismos para contrarrestar la escalada delincencial en la que se ven inmersos.

De las dos propuestas, la segunda, por diversos motivos parece tener no sólo más fundamento, sino que aparenta ser más eficaz en el cumplimiento de sus objetivos, equitativa y poco inclinada en el favorecimiento de intereses sectoriales determinados, lo cual es la diferencia sustancialmente entre ambas propuesta. (Principio de Igualdad art. 3 cn.)

No consideramos como idónea la primera propuesta pues expresamente permite la limitación a la inviolabilidad de la correspondencia y comunicaciones, a supuestos delictivos muy concretos. Esto podría, aparentemente, considerarse como muy positivo, para la tutela de los derechos humanos, pero en realidad resulta ocasionar el efecto contrario.

En primer lugar, es indudable que los delitos como el Secuestro y la Extorsión, por ejemplo, han generado una gran repercusión social, y ello podría ameritar un mayor grado de eficacia en su persecución. Pero lo cierto es que muchos delitos han causado dicha repercusión y en general la ciudadanía solicita una mayor reacción para su combate.

No tiene sentido alguno, posibilitar la reducción o limitación de los derechos de los ciudadanos en cuanto a la inviolabilidad de su correspondencia y sus comunicaciones, ante estos delitos, y dejar fuera una gran cantidad de delitos en los cuales pudiese resultar no sólo necesaria este tipo de actuación, sino implicar bienes jurídicos de mayor envergadura, como para el caso, la vida, por medio de la persecución de delitos como el Homicidio.

La aceptación de la primera propuesta podría implicar el fortalecer la persecución de determinados delitos que han afectado, y preocupan, sobre

todo a un sector social determinado. De ahí que no consideráramos aceptable reformar el 24 Cn, de tal forma.

Nos parece que la segunda propuesta del 24 Cn, en cuanto a lo antes expresado, evita dichas sospechas y, además, permite una mayor eficacia en el combate del crimen, respetando los derechos al establecer de igual manera, el control judicial.

En todo caso, un punto importante a considerar respecto a esta segunda propuesta consiste en tomar en cuenta la posibilidad de restringir este tipo de limitaciones a los derechos; de esta forma, no sería mediante la inclusión de tipos delictivos concretos, sino aludiendo a la gravedad. En este sentido la norma constitucional debería permitir la vulneración del secreto de la correspondencia y comunicaciones, siempre que se tratase de la investigación de delitos graves.

Es indispensable en todo caso incorporar una variable de control o garantía y en este caso, ello recae en la autorización judicial, debido a que se ha visualizado en el Derecho comparado, que el Juez, puede ser un buen contralor y “ponderador” adecuado al momento de considerar la validez o no, de realizar este tipo de prácticas que innegablemente afectan a los derechos de los habitantes, pero que puede considerarse como razonable dicha afectación, dada la necesidad del Estado, de contar con mayores facilidades para la persecución del delito.

La Constitución no es el documento en el que deben señalarse los requisitos y fundamentos que deben reunirse para poder dar dicha autorización, ni tampoco los supuestos legales bajo los cuales amerite usar dicha limitación a los derechos humanos.

Esto será tarea de la ley, y ello queda fuera del análisis concreto de una reforma constitucional. No obstante debe de advertirse que la reforma

permite la limitación o menoscabo de un derecho humano. Su regulación en ley secundaria debe ser definida y no convertirse en una habilitación abierta que permite o posibilite su uso arbitrario o antojadizo.

Entre los requisitos que deben ser considerados en la ley secundaria para desarrollar la figura de la interceptación y apertura de correspondencia o en su caso la intervención o interferencia telefónicas, podemos mencionar:

- a) La resolución judicial debe ser previa al acto.

- b) La resolución judicial debe ser fundamentada y motivada, debiendo tener especial cuidado en cuanto a determinar o fijar la proporcionalidad de la medida.

- c) Indicar el tipo delictivo por el que se permite esta limitación o restricción del derecho de un individuo.

- d) Fundamentarse en indicios delictivos previos.

- e) Considerar que la resolución mediante la que se pone en marcha este mecanismo de restricción de un derecho humano es una medida necesaria y razonable.

CAPITULO III

1. Legalidad de la Intervención Telefónica.

La intervención telefónica es una clara injerencia al derecho a la intimidad, el derecho a la intimidad es el derecho del ciudadano de reservarse una esfera de la vida propia como secreta e intangible a los demás para evitar su manipulación o instrumentalización. El Derecho a la intimidad personal esta vinculado a la propia personalidad y que deriva sin duda de la dignidad de la persona humana que el artículo 2 inc. último de la Constitución reconoce. De ahí que la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás se encuentra garantizado constitucionalmente. Sin embargo, el artículo 302 del Código Penal en su inciso segundo dice “En el marco de una investigación judicial o de la Fiscalía General de la República, no se considerará como interferencia o intervención telefónica, ni violación al derecho a la intimidad, cuando se estuviere recibiendo amenazas, exigiendo rescate de una persona que estuviere privada de libertad o secuestrada o se pidiera el cumplimiento de determinados hechos a cambio de la liberación de dicha persona, o cambio de no intentar ninguna acción penal o se tratara de delitos de crimen organizado, y la víctima, el ofendido o sus representante, en su caso, solicitaren o permitieren por escrito a la Fiscalía General de la República, la escucha o grabación de las conversaciones o acciones en que se reciban tales amenazas o exigencias. La escucha y grabación así obtenida podrá ser utilizada con fines probatorios en juicio y, en este caso, deberá ser valorada por el Juez”.

Si bien el Derecho a la Intimidad no es un derecho absoluto, es decir, las intromisiones en la vida privada en algunas ocasiones pueden ser conforme a Derecho pero es necesaria una legitimidad de origen. Se podría

pensar que el art. 302 abre esta posibilidad, pero las excepciones al principio de la inviolabilidad de la intimidad de la persona son causas que deben estar en forma inequívoca en la Constitución y no en una ley secundaria. Las excepciones al principio de intimidad deben ser controladas por la autoridad judicial, la medida debe ser motivada, y debe haber una existencia de la proporcionalidad, es decir, la proporcionalidad significa que el daño ocasionado deber ser grave para que una medida de esta naturaleza sea aplicada, como ultimo recurso. La proporcionalidad implica una correlación entre la medida, su razón de ser y los efectos razonables esperados de la misma.

Para determinar en que delitos se permitirá el uso de la intervención telefónica debe obedecer a criterios de política criminal y deben ocasionar un daño colectivo que justifique la violación a la esfera de la intimidad. Según Datos de la Fiscalía General de la República la tasa de secuestros ocupa el 3.2 en la escala de Delitos¹ mientras que la tasa de Homicidio tiene el 62.5² (año 2002), esto nos lleva a reflexionar si la tipificación del delito de secuestro obedece a estudios de política criminal o es un criterio que pretende proteger a un sector social determinado. Ahora bien, si se ha atendido al criterio de que existen delitos cuya forma de realización es difícil tal es el caso del delito narcotráfico ó crimen organizado debe tenerse en cuenta que la aplicación de la medida es de carácter excepcional, como ultimo recurso, por ello es importante que se regule en la constitución para plasmar que la medida es una excepción atendiendo los límites de un Estado Democrático.

El artículo 302 C.Pn. también posee un grave error, da la potestad a la víctima, al ofendido ó el representante para autorizar a la Fiscalía en la escucha o grabación de comunicaciones. Es necesario tener en cuenta que

¹ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. *Indicadores sobre violencia en El Salvador*, 1º Edición/PNUD. San Salvador; 2002, Pág. 35.

el Derecho a la Intimidad es un derecho personalísimo, esto quiere decir que tanto el ofendido, la víctima o el representante, en su caso, poseen el derecho a la intimidad, pero también este derecho lo posee el presunto delincuente, y para limitar su esfera de actuación es necesario su venia o permiso. Si bien es absurdo pensar que la venia la dará el presunto delincuente no se debe olvidar que la intervención telefónica se da en la fase de la investigación del delito y la presunción de inocencia protegida por nuestra constitución en el artículo 12 inc. primero opera con mayor fuerza. Esto quiere decir que para poder interceptar una llamada telefónica no basta la autorización de una de las partes para llevarla a cabo.

La alternativa que se propone en este caso es que la injerencia telefónica sea autorizada por un juez competente. El juez debe aprobar la escucha telefónica en una resolución motivada siempre y cuando hubieren indicios de obtener por estos medios, el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante para la causa. Es importante tener en claro que para que un Juez autorice esta medida, que es excepcional y utilizada en función del hecho (gravedad) no basta con sospecha o conjeturas, es necesario un indicio, es decir, una sospecha especialmente fundada. Como sostiene Caffareta Noreis “El indicio es un hecho (o circunstancia) del cual se puede mediante una operación lógica, inferir la existencia del otro.”³ De ahí que se establezca que la autorización debe ser hecha por un Juez competente, que conozca las actuaciones penales de la instrucción y su resolución debe estar motivada. Es necesario que el Juez controle periódicamente y de manera efectiva la ejecución de la medida a su vez determinar los intervalos de tiempo. Es necesario que en la resolución el Juez establezca sobre que va versar la escucha telefónica, es decir, recaerá sobre la escucha o grabación de la

² OP-CIT, Pág. 29.

³ Caffareta Noreis, José I. *La prueba en el proceso penal*. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1998. Pág. 192.

conversación ó sobre el control de las llamadas realizadas (o desde) un aparato telefónico. Esta distinción ayuda a vulnerar lo menos posible el derecho a la intimidad.

Es ideal que el Juez establezca la institución o persona encargada de interceptar la comunicación, alguna jurisprudencia extranjera exige que se entreguen los originales y en su totalidad, sin fraccionamientos ni rupturas.

En conclusión el 302 C.Pn. posee enormes vacíos legales que en confrontación con el art. 24 del Constitución, deja sin efecto alguno la escucha telefónica como medio de prueba. Si bien es cierto el proceso penal persigue el descubrimiento de la verdad real, esta no se debe encontrar a toda costa, en el caso de la escucha telefónica es necesario que se haga por la competencia adecuada, esto quiere decir, que se debe de hacer con autorización del juez y no con la autorización de la víctima o del ofendido, bajo los principios de legalidad y proporcionalidad, con esto se quiere decir, que se debe llevar a cabo una reforma constitucional en el que se plasme en forma responsable, los delitos en que se va permitir la grabación de la conversación, y un correspondiente cuerpo normativo que desarrolle explícitamente la aplicación de la medida, atendiendo por supuesto el criterio de proporcionalidad; finalmente debe existir un control judicial en la aplicación de la medida. Mientras no se cumplan las anteriores condiciones, tal como esta regulado en el art. 302 C.P., la intervención telefónica carece de legalidad y se correría el riesgo de ser declarado nulo un proceso por haber sido incorporada prueba prohibida, de conformidad a la teoría de árbol de fruto envenenado.

2. Análisis constitucional de la intervención telefónica.

De acuerdo a los medios de investigación utilizados para el desarrollo del presente trabajo es que opinamos que la intervención telefónica no posee un adecuado marco normativo que permita un ajuste a los preceptos establecidos en la constitución. Es necesario que en la constitución se garantice el derecho a la libertad y el secreto a las comunicaciones. Habíamos mencionado anteriormente que el derecho que vulnera la intervención telefónica es el Derecho a la intimidad y éste a su vez garantiza el derecho al secreto de las comunicaciones y la libertad de comunicación sin límite alguno. La intimidad personal es un derecho fundamental sin el cual no se podría realizar la existencia a la dignidad que asegura la Carta Magna. El Derecho a la Intimidad forma parte de los derechos que impiden, la concentración en el poder, por ello es delicado disminuir su esfera de acción.

Es necesario que esta disminución a la esfera de acción de la Intimidad sea plasmada o garantizada en la Constitución, por ello algunos autores propone la intervención a través de una reserva legal, el titular de la facultad para autorizarla y las circunstancias en que puede proceder.

La reserva Legal existe cuando la Constitución establece que una ley debe desarrollar su precepto. Debido a que la realidad cambia constantemente, sobre todo en materia referida a las comunicaciones es menester que la Constitución deje a la ley secundaria determinar la autoridad facultada para acordar la intervención.

La autoridad puede ser un funcionario administrativo, la fiscalía, la policía ó el Juez. En algunos países europeos es el Ministerio del Interior el encargado de ordenar la intervención, algunos otros lo hacen solo en casos de ciertos delitos perseguidos con cierto interés como el terrorismo o la rebelión armada. En el país no es viable que la intervención la haga el

Ministerio de Gobernación, ni la fiscalía y mucho menos la policía. El idóneo para la aplicación de la medida es el Juez en virtud del principio de control jurisdiccional, el juez debe velar por la legalidad de las acciones investigadas, realizadas por los fiscales y la policía.

Un punto importante que es necesario acotar sobre el análisis de la Intervención Telefónica es la norma constitucional vigente. El art. 24 de la Constitución establece “La correspondencia de toda clase es inviolable, interceptada no hará fe ni podrá figurar en ninguna actuación, salvo en los casos de concurso y quiebra. Sé prohíbe la interferencia y la intervención de las comunicaciones telefónicas.” Actualmente el Código Penal en su art. 302 prohíbe a los particulares la intervención telefónica y autoriza a la víctima, ofendido o su representante para permitir a la Fiscalía la intervención telefónica, siempre y cuando se trate de los delitos de secuestro, amenaza y crimen organizado. Nuestro punto de vista es que el art. 302 C. Pn. es inconstitucional si no se hace la respectiva reforma al artículo 24 de la Constitución. Nuestra opinión se fundamenta en que el Derecho a la Intimidad se encuentra relacionado con el Derecho a la Libertad, y la dignidad que es obligación del Estado asegurarlos a través de los jueces. Los Derechos Fundamentales gozan de un poder de expansión que obligan a sus jueces a defenderlos ante leyes que limiten su esfera de acción. Esto es lo que se conoce como el control infra-constitucional o control difuso (art. 185 CNT.) que poseen los jueces. Si bien es cierto el Derecho a la intimidad no es derecho absoluto y pueden existir excepciones pero siempre y cuando se hagan en armonía con el marco constitucional. Esto quiere decir que la autorización de la escucha telefónica debe ser dada por un Juez no por la Fiscalía ni la policía. La autorización debe ser en un auto motivado atendiendo a los principios de proporcionalidad, la trascendencia social del delito, acordada por un juez competente, el auto debe ser motivado en base a indicios fundados para presumir la responsabilidad criminal, la injerencia debe estar bajo estricto

control judicial y sujeto a normas constitucionales y procesales. Esto último significa que una vez reformado el art. 24 de la constitución debe existir una ley que desarrolle el precepto constitucional. Un punto importante que la reforma que sé dé en el art. 24 debe permitir la tipificación de los delitos en que se permita la injerencia. Esta tipificación no debe ser producto de una situación coyuntural, sino debe atender a criterios de política criminal basados en la correlación entre la medida, su razón de ser y los efectos razonables esperados de los mismos.

La ley que desarrolle la intervención telefónica, además de tomar en cuenta el principio de proporcionalidad debe considerar que la comprensión de un derecho fundamental, sólo puede permitirse cuando el mal que se trata de evitar a un tercero sea igual o mayor que el daño causado al titular. La libertad y el secreto de las comunicaciones, sólo pueden ceder ante un derecho ontológicamente superior. Un dato importante a tener en cuenta es la temporalidad, la intervención no puede ser permanente, ni indefinida, ya que es una excepción y no la regla.

De no hacerse la reforma del art. 24 con su respectiva ley que desarrolle su precepto el art. 302 del C.P. no podrá tener valor probatorio y por ende viciara todo el proceso penal por incorporar prueba prohibida.

3. Beneficio y desventajas de la intervención telefónica.

La vulneración al derecho a la intimidad es una vulneración a la libertad. Una vida privada que sea objeto de investigación no es una vida verdaderamente libre; se encuentra trabada por el conocimiento que de ella adquiere la autoridad pública. Cualquier comunicación cuyo secreto está expuesto no permite a sus sujetos la libre expresión de sus pensamientos y sentimientos. Cuando la autoridad pública adquiere conocimiento de ciertos elementos de la intimidad, tales como las

opiniones políticas o religiosas los ciudadanos pueden legítimamente temer discriminaciones injustas.

El derecho a la intimidad esta estrechamente vinculado a la propia personalidad y que deriva sin duda en la dignidad de la persona humana. La intimidad personal constitucionalmente garantizada permite la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás necesarias para mantener una calidad mínima de vida humana.

Sin embargo, cuando el delito es difícil de probar y el daño que provoca supera el interés particular es permitido limitar los derechos fundamentales, en aras del bienestar colectivo, es decir, solo como excepción y siempre a favor del bien social se puede limitar un derecho fundamental como es la intimidad. Por ello es necesario que se haga en estricta vigilancia jurisdiccional y como último recurso de investigación, en delito cuya forma de probarlo se vuelve muy difícil, como el caso del crimen organizado, narcotráfico.

El propósito de la intervención debe ser tomar conocimiento, gracias al control de comunicaciones de datos útiles para orientar la investigación. Este poder debe ser facultado por el Juez y jamás por la policía o fiscalía y siempre con orden judicial.

4. Consecuencias de la aplicación de la intervención telefónica en el procesal penal salvadoreño.

En este apartado analizaremos si la escucha telefónica puede incorporarse como prueba en el proceso penal y la afectación al mismo en la resolución del juicio.

Empezamos definiendo la prueba, ésta en forma amplia es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o una afirmación precedente⁴, es decir, es todo aquello que nos conduce a la verdad. La prueba es el medio más confiable para descubrir la verdad real y a la vez la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales.

La prueba presenta cuatro aspectos que pueden ser analizados por separado pero que forman parte del concepto, ellos son:

- a) Elemento de Prueba
- b) Órgano de Prueba
- c) Medio de Prueba
- d) Objeto de Prueba.

El elemento de prueba es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva. De este concepto se desprende dos caracteres, ellos son:

- a) Objetividad
- b) Legalidad

La objetividad implica que el delito debe provenir del mundo externo al proceso y no ser mero fruto del conocimiento privado del juez, carente de acreditación objetiva. Y su trayectoria (desde fuera hacia dentro del proceso) debe cumplir de modo tal que pueda ser controlada por las partes.

La legalidad es el elemento de prueba que es presupuesto indispensable para su utilización a favor del convencimiento judicial

⁴ Cafferata Nores, *La prueba en el proceso penal*. Ed Depalma; Buenos Aires; 1994. Pág. 3.

válida. Es necesario acotar que su posible ilegalidad podrá ser por dos motivos: **su irregular obtención o su irregular incorporación.**

La tutela de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente exige que cualquier dato probatorio **que se obtenga en violación de ellas sea considerado ilegal y en consecuencia carece de valor para fundar la convicción del juez.**

Esto quiere decir, que la obtención de la verdad no puede hacerse a cualquier precio y es preferible la impunidad de un delito a sacrificar el orden jurídico que se sustenta en valores protegidos y garantizados por la Constitución. El art. 302 del C.PN. en su inciso último, parte final deja la posibilidad para que el Juez valore esta prueba. Creemos que esta salvedad permite al Juez, junto con el poder infra-constitucional de tutelar los derechos fundamentales, de no tomar en cuenta la escucha telefónica como prueba. Mientras no se reforme el art. 24 la intervención telefónica es ilegal, porque no puede hacerse únicamente con la autorización de la víctima ú ofendido ni con la del juez. La violación de un derecho fundamental como la libertad de comunicación, debe ser por un juez que valore objetivamente, el daño ocasionado con el efecto y con el delito, es decir, se debe hacer conforme al principio de proporcionalidad. La autorización debe ser en un auto motivo, y los delitos que se debe perseguir deben estar señalados en la constitución y su aplicación desarrollada en una ley secundaria.

La vulneración a un derecho fundamental no puede justificarse en la eficacia de la investigación; y aunque la protección de algunos intereses resulte más importante que el descubrimiento de la verdad pues está en juego los valores democráticos vitales en un pueblo con tan pocos años de tradición democrática.

Ahora bien si la prueba es ilegal, surge la duda: ¿Esta prueba invalida todo el proceso? Es necesario aclarar que un acto valido es el que reuniendo todos los elementos o requisitos nominados por la ley, se encuentra jurídicamente habilitado para producir los efectos que ella abstractamente le asigna a su especie; Invalido sería aquel que por defecto de ciertos requisitos esta inhabilitado para lograrlo⁵ . La escucha telefónica es prueba prohibida porque vulnera garantías constitucionales. Obviamente la ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su vinculación y fuere necesaria a consecuencia de ella. Esto en concordancia con la teoría del fruto envenenado. Es decir, solo será nulo el proceso si la prueba prohibida, ó la escucha telefónica han sido indispensables para el descubrimiento de las demás pruebas.

De no reformarse el art. 24 de la constitución la escucha no tendrá ninguna eficacia, el juez puede declarar inconstitucional por el control infra-constitucional que deviene del poder expansivo de los derechos fundamentales.

⁵ Cruces Carlos. *Invalidez de los Actos Procesales*. Ed. Astrea; Buenos Aires; 1995; Pág. 2.

CAPITULO IV.

CONCLUSIONES.

1. La injerencia telefónica vulnera el derecho a la intimidad. Derecho que se encuentra ligado a la libertad de la comunicación. A su vez vulnera la dignidad de la persona humano, condición que es obligación del Estado asegurarla. En consecuencia la intervención telefónica es motivo de amparo mientras no se reforme el art. 24 de la Constitución.
2. La intervención telefónica como está regulada por nuestra legislación no posee un adecuado apoyo normativo que permita una perfecta aplicación a los preceptos ajustados por la constitución.
3. La intervención telefónica no puede ser autorizada por la víctima, ofendido ó representante pues es un derecho personalismo, por ello la intervención telefónica debe ser autorizada por el juez competente en auto motivado, en base a indicios.(en el supuesto de reformar el art. 24 cn.)
4. La incorporación de la injerencia telefónica, tal como está concebida, al proceso penal es ineficaz y acarrea la nulidad del proceso. Esto debido a que es una prueba ilegal pues menoscaba garantías constitucionales, obligación que el juez debe tutelar por su poder expansivo.
5. Proteger el Derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones significa proteger los valores democráticos, con lo que se previene la existencia de Estado totalitarios, por ello es

preferible que un delito quede impune a que la seguridad jurídica se vea en crisis.

6. El Derecho a la Intimidad no es en forma absoluta, pero sus excepciones deben hacerse en armonía con la constitución y con los límites establecidos en una ley secundaria.

RECOMENDACIONES.

1. Es necesario la reforma del art. 24 para una correcta aplicación de la intervención telefónica. Tal reforma debe dar el poder de autorización al juez y establecer los delitos que permitirán una injerencia telefónica.
2. En los delitos que se permitan una injerencia telefónica, debe ser producto de un estudio político criminológico y no resultado de situaciones coyunturales que traten de favorecer determinados sectores sociales.
3. La resolución del juez debe ser motivada en base a indicios y en una resolución.
4. La injerencia telefónica debe ser excepcional, como el último recurso de investigación, y utilizada en función del hecho. No cabe un uso indiscriminado de las medidas, es decir, por cualquier delito. El delito que se investiga debe ser grave y no debe decretarse si existe menos medios traumáticos para descubrirlo.
5. La aplicación de la intervención telefónica debe estar desarrollada en una ley secundaria. En alguno o alguna de sus preceptos.

BIBLIOGRAFIA.

- 1) REBOLLO, DELGADO, LUCRECIO; *El Derecho Fundamental a la Intimidación*; Ed. Dickinson S.L; Madrid; 2000.
- 2) RUIZ VADILLO, ENRIQUE; *El Derecho Penal Sustantivo y el Proceso Penal. Garantías Constitucionales básicas en la realización de la justicia*; Ed. Colex; Madrid; 1997.
- 3) ROVIRA VIÑAS, ANTONI; *El Abuso de los Derechos Fundamentales*; Ed. Península; Barcelona; 1983.
- 4) SERRA, LLUIS DE CARRERA; *Régimen Jurídico de la Información*; Ed. Ariel S.A. ; Barcelona; 1996.
- 5) FUNDACIÓN SALVADOREÑA PARA EL DESARROLLO ECONÓMICO Y SOCIAL, Boletín de Estudios Legales; Boletín número seis; San Salvador, El Salvador, C.A. Junio 2001.
- 6) Roberto Rodríguez Meléndez, Propuestas de Reforma Constitucionales; Interne, Escuela de Capacitación Judicial de El Salvador.
- 7) CARLOS CREUS, Invalidez de los actos procesales penales; Ed. Astrea; Buenos Aires, 1995.
- 8) CAFFERATA NORES, La Prueba en el Proceso Penal, 3ª edición actualizada y ampliada, Ed. Depalma; Buenos Aires, 1998.
- 9) LUIS VÁSQUEZ LÓPEZ, Código Penal, 5ª Edición; Ed. Lis, San Salvador, 2003.

ANEXOS.

255-2000

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: San Salvador, a las doce horas con treinta y nueve minutos del día catorce de septiembre de dos mil.

El presente habeas corpus ha sido promovido por el señor Oscar Mauricio Vega a favor de Seferino Mancía Valle, quien se encuentra privado de su libertad a la orden del Tribunal Sexto de Sentencia de San Salvador, por atribuírsele la comisión del delito de extorsión.

I.- El peticionario prácticamente basa su petición en dos aspectos: a) carencia de dirección funcional por parte de la Fiscalía, art. 193 numeral 3º Cn.; y b) grabaciones telefónicas obtenidas contrariando lo dispuesto en el artículo 24 Cn.

Lo anterior lo sostiene el peticionante, en el hecho que la policía realizó por su cuenta y sin dirección funcional de la fiscalía, actos de investigación desde el día 26 de febrero hasta el 2 de marzo del presente año; ya que en las actas presentadas y agregadas al proceso, no constan instrucciones dadas por el fiscal, quien en la audiencia preliminar trató de justificar la omisión mostrando en ese acto un fax en donde él otorgaba la dirección funcional a los policías el día veintiséis de febrero. En opinión del solicitante "el documento presentado carece

del valor que poseen los documentos auténticos, ya que el referido fax no es original, pues no se presentó al Juez el formato original con su sello y firma".

En cuanto al segundo aspecto alegado, manifiesta el solicitante que al haber grabado la comunicación telefónica entre la víctima y el agresor fue que se determinó el lugar donde éste estaba, por lo que su captura se vuelve ilegal por haber violentado el artículo 24 Cn.

II.- La Jueza Ejecutora nombrada por esta Sala para diligenciar el presente habeas corpus, informó, que la privación de libertad que padece el imputado, se fundamentó no sólo en grabaciones que supuestamente originaron la violación al artículo 24 Cn, sino además, en entrevistas de testigos y otras evidencias que se relacionan a folios 12 del proceso penal.

Agrega además el Juez Ejecutor que en cuanto a la dirección funcional del fiscal en la que el solicitante considera violación a la Constitución; tal alegato no tiene fundamento, ya que sólo por cuatro horas de retardo que transcurrieron, no convierte en nulo el aviso tardío ni viola los derechos del favorecido; además, en la audiencia preliminar la copia del fax no fue impugnada de falsa ni en su forma ni contenido; por lo que se entiende que la fiscalía desde ese momento ha procedido en legal forma con la investigación; y que si bien es cierto hubo violación a los principios constitucionales en su artículo 24 por el Juez Quinto de Paz al tomar como base legal para decretar la detención provisional las grabaciones telefónicas

en los cassettes respectivos en virtud de su sana crítica; el Juez Quinto de Instrucción subsanó dicha violación al declarar la nulidad absoluta de la prueba agregada consistente en la grabación de la conversación telefónica, rechazando como evidencia los cassettes en mención.

Con todo lo anterior, la Jueza Ejecutora concluye su informe que la medida cautelar de la detención provisional decretada en contra del favorecido está debidamente fundamentada tomando en cuenta otras evidencias, y por lo tanto es legal.

III.- El ordinal 3º del artículo 193 de la Constitución, establece la labor investigativa de la Fiscalía, la cual es llevada a cabo con la colaboración de la Policía Nacional Civil, en la forma que determine la ley.

Constitucionalmente, la dirección funcional en la investigación de los delitos corresponde al Fiscal General de la República -quien con la colaboración de un equipo de agentes auxiliares tiene la función de dirigir la potestad requirente, además del resto de atribuciones constitucionalmente asignadas en el art. 193 Cn.-; su participación en el proceso penal es una consecuencia necesaria del principio *ne procedat iudex ex-officio* que exige, "...para asegurar el derecho de defensa, la intervención de un acusador independiente del juzgador, lo cual llevó históricamente al abandono de la práctica -predominante en el proceso inquisitivo- de la fusión de ambas funciones en una misma persona; asimismo, deriva del

concepto que la acción penal es de naturaleza pública -como consecuencia de entender el delito como un acto que atenta contra el orden jurídicosocial-, lo cual llevó a la reducción significativa del sistema de acción privada, y generalizó la intervención del Estado en el proceso penal (...) El rol que nuestra Constitución le prescribe al Fiscal General de la República implica ejercer -inter alia- las atribuciones de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad y la acción penal, así como dirigir la investigación del delito. Estas atribuciones, que son complementarias entre sí, se encuentran supeditadas al cumplimiento de los principios de legalidad -la sujeción a la Constitución y a las leyes-, y de imparcialidad -la actuación con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le están encomendados-...". Sentencia del 14-II-1997 dictada en el proceso de Inconstitucionalidad 15-96.

Para cumplir adecuadamente con las obligaciones prescritas por la Constitución -sobre todo en el ejercicio de la acción penal-, la Fiscalía requiere la colaboración de la Policía; pues la atribución del Fiscal de promover la acción penal es complementaria con la de dirigir la investigación del delito y la de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, la cual según su Ley Orgánica y el Reglamento relativo a la Dirección Funcional del Fiscal General de la República en la Policía Nacional Civil, se encuentra bajo la dependencia funcional de aquél.

Al respecto, es conveniente reiterar lo expuesto por esta Sala en el proceso de habeas corpus 2-B-96 en la resolución proveída el 23-I-95, en la cual este tribunal sostuvo que: "es importante que las instituciones a quienes la Constitución les asigna funciones en la investigación del delito, se sujeten a dicho rol constitucional". En tal sentido, es indiscutible que tal como lo establece el ordinal 3º del artículo en comento, le corresponde a la Fiscalía General de la República el dirigir la investigación del delito -actividad que reviste una labor auténtica de averiguación, de búsqueda constante de elementos de prueba que demuestren la existencia de un delito y la posible participación de los autores o responsables del mismo-; de igual forma, el art. 13 de la Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil establece que la División de Investigación Criminal actuará bajo la dirección funcional de la Fiscalía General de la República, en lo que respecta a investigar los hechos criminales, reunir las pruebas que sirvan para identificar a los responsables de cometerlos y practicar pesquisas y otras actuaciones.

En el Reglamento Relativo a la Dirección Funcional del Fiscal General de la República en la Policía Nacional Civil, establece a partir del artículo 12 literal B), que la Policía entre otras obligaciones relativas a la dependencia funcional, tiene las de informar al Fiscal General al inicio de cualquier investigación dirigida a esclarecer un delito; consultarle cualquier decisión que tenga relación con la privación de derechos fundamentales, como la detención, allanamiento y

decomiso, y en caso que no sea posible por las circunstancias del hecho investigado, informársele inmediatamente de la diligencia realizada. Tal consulta pretende no llenar de una formalidad más a la investigación, sino garantizar que la ejecución de tales diligencias no revistan el carácter de ilegal o arbitraria.

Retomando lo antes dicho, se puede sostener que en tanto la dirección de la investigación del delito es encomendada al Fiscal General de la República, junto con las atribuciones de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad y promover la acción penal -atribuciones que deben entenderse complementarias entre sí, y sometidas a los principios de legalidad e imparcialidad-, tal carácter protagónico de dicho funcionario requiere ineludiblemente la colaboración y la dependencia funcional de la Policía Nacional Civil -cuando ésta realice labores de investigación de delitos-, ello con el fin de verificar y garantizar el efectivo cumplimiento de la legalidad en la pesquisa de los hechos delictivos, y la pureza constitucional del proceso penal desde su fase administrativa.

En consecuencia, esta Sala tomando de base las consideraciones anteriores, desvirtúa la pretensión del solicitante en el sentido que el fiscal del caso haya permanecido ajeno a las pesquisas policiales en violación al artículo 193 numeral 3º Cn.; ya que la Policía estuvo siempre bajo la dirección funcional del Fiscal, en la investigación del delito tal y como consta a folios 49 del proceso penal.

Ahora bien, calificar si la comunicación entre Fiscalía y la Policía Nacional Civil se realizó en tiempo, o si el fax carece de valor por no ser original, es una situación que no compete analizar a este Tribunal, sino al Juez de la causa quien se ha pronunciado al respecto a fs. 46 del proceso penal.

Finalmente, y en cuanto a la violación al artículo 24 Cn., por haber grabado la comunicación telefónica entre la víctima y el agresor, -tal como lo determina el solicitante- y que a consecuencia de ello, se capturó al imputado tornando ilegal su detención; es preciso mencionar que en audiencia preliminar del 24 de mayo del presente año, el Juez Quinto de Instrucción de esta ciudad, en interlocutoria de folios 48 resolvió declarar la nulidad absoluta únicamente del acto de grabar las comunicaciones telefónicas del imputado con la víctima, por violentar principios constitucionales tales como el artículo 24; y por tanto se rechazó como evidencia los cassettes presentados.

Lo anterior, evidencia que el Juez encargado de valorar la prueba -por ser él el competente para ello, y no este Tribunal Constitucional-, declaró la nulidad absoluta del acto de grabar las comunicaciones telefónicas y la rechazó como evidencia, por lo tanto, se enmendó la violación al artículo referido y en consecuencia no se ha producido violación que impida el desarrollo del proceso penal.

En consecuencia, esta Sala RESUELVE: a) permanezca Seferino Mancia Valle en la privación de libertad en que se encuentra, y la causa según su estado; b) vuelva el proceso al tribunal de su origen con certificación de ley; y c) notifíquese y archívese el presente habeas corpus.---J.E. TENORIO---HERNANDEZ VALIENTE---MARIO SOLANO---ENRIQUE ACOSTA---PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN---A.E. CADER CAMILOT.--- RUBRICADAS.

HS025500.00