

## LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES EN BOLIVIA

William Herrera Áñez<sup>1</sup>

### SUMARIO: 3.

1. Consideraciones generales. 2. La intervención telefónica y sus características. 2.1 El concepto de comunicación. 2.2. Concepto de secreto y su protección constitucional. 2.3 Concepto de intervención telefónica. 3. Titulares del derecho. 4. Excepciones a la inviolabilidad de las comunicaciones. 4.1 El consentimiento del titular. 4.2 El delito flagrante. 5. Presupuestos para adoptar la intervención telefónica. 5.1 Resolución judicial motivada. 5.2 El principio de proporcionalidad. 5.2.1 El procedimiento. 5.2.2 Aseguramiento de los elementos de convicción o secuestro. 5.2.3 Registro ilícito y sus efectos. 6. La intervención de las comunicaciones en España. 6.1 Regulación legal. 6.2 Judicialidad de la intervención. 7. Algunas conclusiones. Bibliografía.

**PALABRAS CLAVE:** Telecomunicaciones, intervención, derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad.

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia, España, y magister en Derecho Penal y Constitución. Especialista en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales. Profesor titular de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal en la Universidad Autónoma "Gabriel René Moreno". Actual Presidente de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales. Ha publicado varios libros tanto en forma individual como en obras colectivas.

Con este trabajo queremos rendir nuestro sincero homenaje de gratitud y respeto al doctor Willman Durán Ribera, jurista excepcional y académico a tiempo completo. Fue catedrático universitario, investigador y, sobre todo, un crítico permanente del sistema Penal. También fue un ejemplar servidor público como Fiscal del Distrito de Santa Cruz, consultor legislativo, Magistrado y Presidente del Tribunal Constitucional, entre otros.

Y como el Tribunal Constitucional había pronunciado la sentencia N° 004/99, de 10 de septiembre, que dejaba prohibido interceptar las comunicaciones, conversamos sobre esta prohibición —aparentemente— absoluta, y terminó reconociendo que esta jurisprudencia debía cambiarse ante la necesidad de garantizar la seguridad ciudadana, la defensa del orden constitucional, la prevención y sanción de los hechos delictivos.

El doctor Willman Durán Ribera tenía muy claro que era una cuestión de tiempo. La cobertura e implantación de esta medida llegó con la Ley de sustancias controladas de 2017, instrumento jurídico que regula no sólo por primera vez los denominados “pinchazos telefónicos”, sino que también ha terminado con el mito de esta prohibición absoluta.

Asimismo, ha terminado con el despropósito jurídico de que hubieran derechos fundamentales absolutos, cuando ni el derecho a la vida tiene esa categoría ya que cuando se priva a alguien de seguir existiendo en legítima defensa, la persona que ejecuta esa medida quedaría exenta de responsabilidad penal.

En la investigación se examina su encuadre constitucional y regulación legal, y se pone de relieve que la intervención de las telecomunicaciones, es una diligencia común en el Derecho comparado, que se ejecuta con base en una resolución judicial motivada y ajustada al principio de proporcionalidad.

## 1. Consideraciones generales

La Constitución boliviana de 2009 (art. 25.1) proclama que toda persona tiene derecho “al secreto de las comunicaciones privadas en todas sus formas, salvo autorización judicial”, con lo cual el “secretismo” de las comunicaciones ha dejado de ser absoluto y, por tanto, se permite la intervención o “pinchazos” telefónicos, siempre y cuando haya cobertura legal y se respete el principio de proporcionalidad. Sin embargo, el Constituyente ha cometido el despropósito de reiterar, en el apartado tercero del referido artículo, que “ni la autoridad pública, ni persona y organismo alguno podrán interceptar conversaciones y comunicaciones privadas mediante instalación que las controle o centralice”.

Aunque no existe una explicación satisfactoria del constituyente al respecto, este despropósito se podría atribuir al apresuramiento con el que fue sancionada la Constitución vigente (en una noche y en un cuartel militar de Oruro), de modo que pareciera que no tuvieron el tiempo ni el cuidado de eliminar el referido apartado y quedó en la flamante Constitución como un testigo mudo de los momentos traumáticos que supuso su tratamiento legislativo.

En cualquier caso, seguir con esta prohibición absoluta era no sólo contraproducente ante la necesidad de utilizar este medio probatorio, sino también una falta de sinceramiento del legislador y, sobre todo, un desconocimiento de la realidad ya que los “pinchazos” se practican con frecuencia desde hace mucho tiempo.

Con la finalidad de cerrar este debate, tómesese en cuenta que ningún derecho fundamental es “absoluto”, como se ha sostenido históricamente.<sup>2</sup> Y como de muestra basta un botón, ni el derecho

<sup>2</sup> Esta prohibición con ciertas matizaciones, se ha mantenido a lo largo de las diferentes constituciones. Con excepción de la primera Constitución boliviana (sancionada el 6 de noviembre de 1826 y promulgada el 25 de noviembre del mismo año) y la de 1861, todas las otras constituciones se han ocupado de la protección

a la vida es absoluto, por cuanto está exento de responsabilidad penal el que llegase a quitar la vida a una persona en legítima defensa.<sup>3</sup>

Esta prohibición absoluta siempre la hemos cuestionando en distintas oportunidades y foros.<sup>4</sup> En general el juez puede limitar un derecho fundamental, pues lo contrario supondría cercenarle su potestad jurisdiccional. Que la Constitución boliviana haya prohibido interceptar conversaciones y comunicaciones “privadas” ¿significaba que si la intervención viniese de una autoridad pública estaba permitida? ¿Qué elemento o elementos podrían diferenciar una comunicación privada de una pública? ¿Acaso los interlocutores, el lugar o el medio utilizado? Dado los adelantos tecnológicos, ¿qué sucedería en el supuesto de que la intervención se ejecutase al margen de cualquier “instalación que la controle o centralice”? ¿O que sucedería si no se controla ni se centraliza ni se instala nada, pero igualmente se escucha la comunicación privada, hablar por teléfono en altavoz por ejemplo?

Lo cierto es que todos los intentos del legislador ordinario que autorizaban los denominados “pinchazos” telefónicos se venían

constitucional del secreto de la correspondencia y, a partir de la Constitución de 1967, expresamente, de las comunicaciones. La Constitución de 1831 (arts. 160-161), fue la primera en reconocer: “Es inviolable el secreto de las cartas” y “Están prohibidas las requisiciones arbitrarias, apoderamiento injusto de los papeles y correspondencia de cualquier boliviano...” Como a comienzos de la vida republicana todavía no existían en Bolivia las comunicaciones telefónicas, obviamente que la Constitución de 1831 no contemplaba tal garantía, pues simplemente se limitaba a reconocer el carácter inviolable de las cartas o correspondencias.

<sup>3</sup> Sin embargo, las únicas garantías fundamentales ilimitables serían: a) El derecho a guardar silencio que tiene el imputado, menos a declarar contra sí mismo o contra sus parientes consanguíneos hasta el cuarto grado inclusive, o sus afines hasta el segundo, de acuerdo con el cómputo civil; y b) La inocencia del imputado que conserva mientras no exista una sentencia condenatoria ejecutoriada (art. 116 de la Constitución boliviana).

<sup>4</sup> En este sentido puede consultarse, por ejemplo, HERRERA ÁÑEZ, William, *La intervención de las comunicaciones en Bolivia*, en AAVV “Estado de Derecho y la Justicia Constitucional en el siglo XXI”, Memoria del Primer Congreso Boliviano de Derecho Constitucional, realizado en Santa Cruz de la Sierra, los días 26, 27 y 28 de marzo de 2004, Ed. Kipus, 2004, pp. 479 y ss.

frustrando; por ejemplo, el Código Civil boliviano (art. 19) establece que “las comunicaciones, la correspondencia epistolar y otros papeles privados son inviolables y no pueden ser ocupados sino en los casos previstos por las leyes y con orden escrita de la autoridad competente”. Pero cuando la ley sostiene que las comunicaciones y otros papeles “no pueden ser ocupados, sino en los casos previstos por las leyes y con orden escrita de la autoridad competente”, estaba permitiendo las intervenciones telefónicas.

Empero prohibir las intervenciones telefónicas siempre contrastaba con la necesidad de proteger a la sociedad y al propio Estado, pues una investigación podía frustrarse, y echarse por la borda el interés colectivo de sancionar un hecho delictivo. En rigor de verdad era irracional que la misma Constitución boliviana, permita medidas mucho más radicales contra el imputado, como su detención preventiva, el allanamiento de domicilio, y se haya prohibido la injerencia de las comunicaciones.

En un primer momento el Tribunal Constitucional boliviano también se dejó llevar por este despropósito de considerar que la prohibición era “absoluta” y echaba por la borda toda esta apertura del legislador ordinario al derogar parcialmente el artículo 37 de la Ley 1632, de 5 de julio de 1995 (Ley de Telecomunicaciones).<sup>5</sup> Esta Ley, permitía su restricción, siempre y cuando hubiera la necesidad de proteger un interés público y tuviese una adecuada justificación por parte del fiscal y del juez instructor que hiciera razonable el sacrificio del mismo. Con esta interpretación del Tribunal, no obstante, quedaba prohibido interceptar, interferir, alterar o utilizar, el contenido de las comunicaciones, desconociendo la

<sup>5</sup> El TC (SC N° 004/99, de fecha 10 de septiembre), como parte de su razonamiento alegaba que con el reconocimiento constitucional contenido en el art. 20.II de la Constitución de 1967, se preservaba los derechos a la intimidad de todas las personas evitando actos arbitrarios que violen la privacidad y la reserva, independientemente de que su revelación puede o no acarrearle perjuicios, sin ninguna excepción, restricción o limitación, por no estar éstas previstas en la propia Constitución.

propia necesidad que tiene el Estado de poder disponer y ejecutar en muchos casos esta diligencia, imprescindible para conservar el orden jurídico, la seguridad ciudadana y la prevención de los delitos.

En este caso, el TC boliviano estuvo muy lejos del fundamento de que los derechos constitucionales no son "absolutos" y que sus límites y restricciones se encuentran en los derechos de los demás, en la prevalencia del interés general, en la primacía del orden jurídico y en los factores de seguridad nacional, prevención del delito, etc. Toda esta doctrina se fundamenta en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, del 4 de noviembre de 1950 (art. 8.2), por cuanto se puede limitar un derecho fundamental "en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley, sea una medida necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa, el orden y la prevención de los delitos, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás".

Tal doctrina ha sido recogida en los ordenamientos jurídicos, y también en Bolivia, excepto hasta ahora en las intervenciones telefónicas, porque el constituyente no quería reconocer esa necesidad.<sup>6</sup> Como se sabe gracias a esta prohibición "absoluta", más bien se ha conseguido un efecto contrario: de hecho se ha vulnerado permanente y sistemáticamente esta garantía constitucional.

A tiempo de resolver el recurso de inconstitucionalidad que dio lugar a la referida sentencia, el TC partió del presupuesto equivocado de que existirían derechos fundamentales "absolutos". Tampoco prevaleció el principio de que cuando una ley, decreto, o

<sup>6</sup> La prensa, entre los avisos notables, ofrece periódicamente identificador telefónico para grabar conversaciones e intervenir fax, así como teléfonos espías entre otros, etc. Vid. "El Deber", de fecha 13 de enero de 2004, p. 13.

cualquier género de resolución admita diferentes interpretaciones, el Tribunal Constitucional adoptará la interpretación que concuerde con la Constitución.

La aplicación de este principio, que busca precautelar la unidad de la Constitución, permite al TC "modular" sus sentencias y pronunciar, por ejemplo, sentencias "exhortativas". En realidad pudo decantarse autorizando la restricción pero exhortando al legislador a desarrollar esta garantía, ya que mantener el carácter "absoluto", en los hechos, puede llegar a vulnerar el orden jurídico, la seguridad ciudadana y obstaculizar la prevención y sanción de los hechos delictivos.

En contraste con esta corriente, Rivera Santiváñez<sup>7</sup> por ejemplo sostiene que los "derechos fundamentales no son absolutos por lo que pueden ser limitados en función a los intereses sociales, pero la potestad de fijar límites al ejercicio de los derechos fundamentales sólo está reconocida restrictivamente al Legislativo que podrá hacerlo mediante una ley..."

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia<sup>8</sup> se ha encargado de precisar que los derechos constitucionales fundamentales no son absolutos; encuentran límites y restricciones en los derechos de los demás, en la prevalencia del interés general, en la primacía del orden jurídico y en los factores de seguridad, moralidad y salubridad públicos, que no pueden verse sacrificados en aras de un ejercicio arbitrario o abusivo de las prerrogativas individuales.

Con posterioridad a la desafortunada sentencia 004/99, el mismo Tribunal Constitucional boliviano<sup>9</sup> aclaraba también

<sup>7</sup> José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ: "Temas Constitucionales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en AAVV: *Derecho Procesal Constitucional Boliviano*, Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, Santa Cruz de la Sierra, 2002, p. 158.

<sup>8</sup> Sentencia Constitucional N° 228/94.

<sup>9</sup> Sentencia Constitucional N° 004/2001, de 5 de enero.

que “los derechos fundamentales no son absolutos, encuentran límites y restricciones en los derechos de los demás, la prevalencia del interés general, la primacía del orden jurídico y los factores de seguridad, moralidad y salubridad públicos, que no pueden verse sacrificados en aras de un ejercicio arbitrario o abusivo de las prerrogativas individuales; es decir, que los derechos fundamentales pueden ser limitados en función al interés social...”

En este sentido, es necesario reinterpretar no sólo el referido mandato constitucional, sino igualmente sancionar una Ley que reconozca, por ejemplo, los nuevos estándares de las comunicaciones en la red de Internet y los adelantos científicos.

Sin embargo el Tribunal Constitucional (de tránsito o temporal porque sus Magistrados fueron designados por el Presidente del Estado y duraron en sus cargos hasta que fueron elegidos los actuales) avanzó y en una interpretación sistemática de los preceptos constitucionales y de la jurisprudencia glosada, estableció que tanto en el orden constitucional abrogado como vigente, la inviolabilidad de las conversaciones y comunicaciones privadas está referida a que ninguna autoridad pública, persona u organismo puede interceptar conversaciones o comunicaciones privadas mediante instalación que las controle o centralice, por lo que la protección constitucional que se brinda en este aspecto, presupone la concurrencia de dos condiciones:<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Según el TCP (SCP N° 0523/2011-R, de 25 de abril) el 23 de abril de 2008 Mirko Guevara Montes se presentó ante el fiscal y le entregó voluntariamente un *disco compacto*, que contenía la grabación de tres conversaciones que sostuvo con Julio Rocha Chavarría en dependencias de la Prefectura de Santa Cruz relacionadas a la investigación. El fiscal dispuso el secuestro del disco compacto, que en su declaración informativa ampliatoria Mirko Guevara Montes reconoció que ese registro guardaba relación directa con el hecho investigado, y que había grabado esas conversaciones debido a la extorsión de la que era víctima por el imputado.

- a) Que se trate de telecomunicaciones, es decir, que se trate de comunicación o conversación a distancia efectuada entre personas por cualquier sistema de comunicación sin necesidad de trasladarse del lugar donde se encuentran; y,
- b) Que sea un tercero ajeno a esa comunicación o conversación el que intercepte o penetre su contenido por cualquier medio. De ahí la protección constitucional de las comunicaciones privadas no puede ser invocada u opuesta respecto a uno de los sujetos que participa en la comunicación.

A tiempo de conceder la tutela solicitada, el TC resumía que la inviolabilidad de las comunicaciones establecida históricamente en la Constitución, se restringía a aquellos casos en los que las telecomunicaciones eran interceptadas o centralizadas en su contenido por cualquier medio *por un tercero*, y que en este caso la grabación se había efectuado de manera voluntaria, aspecto que la jueza demandada no valoró correctamente.

A esta interpretación del TCP, se suma por primera vez la cobertura legal prevista en la Ley de Sustancias Controladas de 2017 (art. 11), aunque en principio limitada única y exclusivamente a la lucha contra el tráfico ilícito de sustancias controladas. Sin embargo, advertimos que más temprano que tarde deberá ampliarse a otros hechos que revistan gravedad y, por tanto, se excluyen los delitos privados y las faltas, debiendo utilizarse la intervención de las telecomunicaciones como elemento de convicción sólo en caso de crímenes, y delitos de acción pública cuya sanción máxima exceda de tres (3) años.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> El Código procesal italiano (art. 266), por ejemplo, ha previsto los delitos en los que procede la restricción del secreto de las comunicaciones y son los siguientes: a) delitos no culposos para los que se encuentre prevista la pena de prisión perpetua o de reclusión superior en el máximo a cinco años, determinada de conformidad con el artículo 4; b) delitos contra la administración pública para los que se encuentre prevista pena de reclusión no inferior en el máximo a cinco años; c) delitos

En todo caso, deberá tomarse en cuenta la libertad probatoria que reconoce el orden jurídico-penal, de modo que el juez admita como medios de prueba todos los elementos lícitos de convicción que puedan conducir al conocimiento de la verdad histórica del hecho, de la responsabilidad y de la personalidad del imputado.

## 2. La intervención telefónica y sus características

Con la finalidad de tener una mejor comprensión cómo se adoptará una intervención telefónica, consideramos necesario hacer referencia, previamente, a determinados conceptos y características esenciales de este medio probatorio.

### 2.1 El concepto de comunicación

La Constitución no define qué debemos entender por comunicación pero implícitamente deben estar incluidos todos los medios modernos de comunicación que existen en el mercado y que pueden ir apareciendo con la revolución tecnológica. Caben aquí las comunicaciones efectuadas a través de teléfonos tradicionales, móviles, los sonidos o señales emitidos en la transmisión de los faxes, teletipos o videoconferencias o en el correo electrónico de internet. En principio no existe un “*numerus clausus*” respecto de los medios de comunicación que pueden ser objeto de vigilancia, lo cual es positivo habida cuenta que se permite la interceptación de comunicaciones no telefónicas también protegidas por el secreto constitucional.

Tal como sostiene Marco Urgell, existe un criterio unánime en el Derecho español que considera requisito indispensable para que

relacionados con sustancias estupefacientes o sicotrópicas; d) delitos relacionados con armas y sustancias explosivas; e) delitos de contrabando; f) delitos de injuria, amenaza, molestia o turbación a las personas a través de teléfono.

haya “comunicación” en los términos del mandato constitucional, que exista una infraestructura o artificio comunicativo, que no tiene que ser sofisticado, y una distancia real entre los comunicantes.<sup>12</sup>

A diferencia de las comunicaciones que se realizan por canal abierto destinadas a tener la mayor difusión posible, como ocurre con una entrevista por radio o televisión, la comunicación protegida constitucionalmente es aquella que se practica mediante canal cerrado y que busca la expectativa del secreto. La exigencia de canal cerrado tiene una considerable relevancia respecto de los usuarios de las formas comunicativas no telefónicas de reciente implantación, puesto que estos usuarios también tienen una expectativa de que se garantice el secreto de sus comunicaciones.

En esta línea, la telecomunicación es “cualquier sistema de comunicación a distancia y sin necesidad de trasladarse las personas, como el teléfono, el telégrafo, la radio telefonía, la televisión y otros similares.”<sup>13</sup>

Compartimos con la autora Marco Urgell, en el sentido de que el derecho al secreto de las comunicaciones se aplicará al correo electrónico, a las videoconferencias, al envío de mensajes a través de Internet, al uso del chat cuando se emplea la opción que limita la comunicación a dos interlocutores (*vis-à-vis*) o a las comunicaciones telefónicas que tienen lugar en la Red (a través de *google talk* o *skype*), mientras que a otras formas de

<sup>12</sup> La autora sostiene que el derecho al secreto de las comunicaciones que consagra el art. 18.3 de la Constitución Española, fue reconocido por primera vez en el año 1790 en un Decreto de la Asamblea Nacional Francesa (de 10.08.1790) según el cual “le secret des lettres est inviolable”, por tanto, la protección concernía exclusivamente a la correspondencia escrita. Vid. MARCO URGELL, Anna, *La intervención de las comunicaciones telefónicas: grabación de las conversaciones propias, hallazgos casuales y consecuencias jurídicas derivadas de la ilicitud de la injerencia*, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Departamento de Ciencias Políticas y de Derecho Público, Universitat Autònoma de Barcelona, Bellaterra, octubre 2010, pp. 9 y ss.

<sup>13</sup> *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo VIII, Ed. Heliasta 28ª edición, Buenos Aires, Argentina, 2004, p. 26.

comunicación que se realicen por canal abierto en Internet (tales como radio o chat entre varios interlocutores), no le será de aplicación la protección de la Constitución.

## 2.2 Concepto de secreto y su protección constitucional

El Diccionario de la Real Academia Española entiende por “secreto”: “cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta”. En el ámbito jurídico-penal, parece que la reserva a un determinado número de personas y el ocultamiento a otro, es la característica esencial del secreto. Así podemos afirmar que el secreto presenta una naturaleza formal al estar vinculado únicamente a la idea de comunicación y desvinculado de cualquier tipo de contenido de la misma.

En la interpretación del Tribunal Constitucional español,<sup>14</sup> el secreto “se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. De ahí que no toda comunicación es necesariamente íntima pero sí secreta y que la protección constitucional se extiende al propio proceso de comunicación.

A propósito de la pregunta si hay o no secreto entre el emisor y el receptor, se tiene que aclarar que entre ambos no hay secreto, puesto que de lo que se trata en el art. 18.3 CE es de no permitir la entrada o acceso de un tercero en dicho proceso comunicativo. Al no existir entre las partes un deber de reserva de lo comunicado, nada impide que uno de los interlocutores pueda retener (grabar) el contenido de una conversación, e incluso mostrarla a un tercero.

<sup>14</sup> En este sentido se pronunciaron la STC 34/1996, 2a (RTC 1996/34), en su F.J. 4º así como la STC 70/2002, de 3 de abril (RTC 2002/70), F.J. 9º, entre otras.

Este fue el razonamiento del TCP<sup>15</sup> boliviano, cuando dejaba establecido que la protección constitucional a la inviolabilidad de las comunicaciones, se restringe a aquellos casos en los que las telecomunicaciones sean interceptadas *por un tercero*; por tanto, se puede difundir una comunicación cuando una de las personas consiente o autoriza que se grabe el contenido de una conversación, y en este supuesto el autor estaría exento de responsabilidad.

En todo caso, aunque la Constitución boliviana (art. 25.I) reconoce el secreto de las comunicaciones privadas en todas sus formas, lo que la Ley Fundamental garantiza en realidad no es el secreto sino la libertad de las comunicaciones, ya que el bien constitucionalmente protegido es la libertad de las comunicaciones, que se protege imponiendo el secreto de las mismas.

El secreto de las comunicaciones constituye una garantía del derecho a la privacidad y a la intimidad personal, que constituye su núcleo esencial. El Tribunal Constitucional español<sup>16</sup> ha establecido que la intervención de las comunicaciones supone una grave injerencia en la esfera de la intimidad personal, constitucionalmente reconocida; cualquier intromisión ha de estar sometida al principio de legalidad y al de proporcionalidad.

Este derecho al secreto de las comunicaciones, presenta una doble dimensión: la libertad de poder comunicarse con otros sujetos sin interrupción o limitación alguna y el secreto del mensaje, entendido éste como el derecho a que terceros no conozcan el contenido de la comunicación. El secreto se configura, entonces, como una garantía formal que protege la reserva o privacidad de la comunicación, sea cual sea el contenido de la misma. Aunque el tenor de una conversación o el contenido de la correspondencia sea intrascendente y no se exteriorice en ella ningún dato que

<sup>15</sup> SCP N° 0523/2011-R, de 25 de abril

<sup>16</sup> STC español 85/1994.

afecte a la vida privada de quienes se comunican, la captación de la comunicación por un tercero constituiría una vulneración al secreto de las comunicaciones.

En el Derecho español,<sup>17</sup> el secreto que aparece en el artículo 18.3 de su Constitución no sólo cubre el contenido de la comunicación sino también otros aspectos como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales. Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de comunicación, la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia *erga omnes*) ajenos a la comunicación.

Sin embargo, la Constitución boliviana habla genéricamente de las comunicaciones privadas en todas sus formas, pero no ha restringido ni eliminado la protección a otras formas existentes (fax, e-mail, chat, etc.) ni a las que puedan desarrollarse en el futuro con los adelantos científicos y la tecnología de punta. La protección de las comunicaciones no sólo se encuentra en la Constitución sino también en el Código penal,<sup>18</sup> cuyo alcance y contenido del secreto comprende “una comunicación telegráfica, radiotelegráfica o telefónica, dirigidos a otra persona...” y el que grabare palabras de otro no destinadas al público o el que, mediante procedimientos técnicos, escuchare comunicaciones privadas, etc., siempre que pueda causar algún perjuicio.

Este criterio interpretativo, según Montañés Pardo<sup>19</sup> es el que ha generado la doctrina del TEDH al analizar el alcance y extensión del art. 8 del convenio, incluyendo dentro de la garantía a todo tipo de medios que permitan una comunicación privada. El mismo

<sup>17</sup> STC español 114/1984.

<sup>18</sup> Véase los artículos 300 y 301 del Código Penal Boliviano.

<sup>19</sup> William HERRERA ÁÑEZ y Miguel Ángel MONTAÑÉS PARDO, *La Constitucionalización de la prueba en materia penal*, análisis doctrinal, jurisprudencial y comparado, Santa Cruz, 2000, p. 341.

autor sostiene que la doctrina del Tribunal Supremo español ha extendido la protección del secreto de las comunicaciones a todo tipo de correspondencia, a los efectos postales cerrados y a los envíos realizados a través del servicio público de correos que llevan a cabo empresas privadas que ofrezcan servicios análogos.

### 2.3 Concepto de intervención telefónica

En principio la normativa boliviana no define qué debemos entender por intervención o escuchas telefónicas. Sin embargo en el Derecho español, concretamente el Tribunal Supremo<sup>20</sup> estableció lo siguiente:

“Las intervenciones telefónicas (vulgarmente denominadas escuchas telefónicas) implican una actividad de control de las comunicaciones entre particulares a través de dicho medio y pueden conceptuarse como unas medidas instrumentales que suponen una restricción del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones..., bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuales éste se comunique, con la finalidad de captar el contenido de las conversaciones para la investigación de concretos delitos y para la aportación en su caso, de determinados elementos probatorios”.

En palabras de Marco Urgell,<sup>21</sup> las escuchas telefónicas pueden ser definidas como un medio o instrumento para obtener o descubrir los secretos transmitidos a través de cualquier dispositivo de comunicación interpersonal que, atendida su naturaleza,

<sup>20</sup> Dicho concepto ha sido reiterado por las SSTS, 2a, de 20.02.1995 (RJ 1995/1201) y 19.10.1996 (RJ 1996/7834); de 04.02.1997 (RJ 1997/1275); 08.02.1997 (RJ 1997/888); 26.05.1997 (RJ 1997/4133); 02.12.1997 (RJ 1997/8762) y 22.04.1998 (RJ 1998/3811).

<sup>21</sup> Anna MARCO URGELL, *La intervención de las comunicaciones telefónicas...* Op. Cit. p. 2.

cumplen una doble función: por un lado desempeñan una importante faceta investigadora (medio lícito de investigación), y por otro lado, pueden ser entendidas como medio de prueba en sí.

En relación a su naturaleza jurídica de la intervención telefónica, hay una clara distinción entre las dos funciones que la referida medida cumple en el ordenamiento jurídico español, en el sentido de que por un lado desempeñan una importante función investigadora como elementos de convicción, y por otro lado, pueden ser entendidas como medio de prueba en sí (actualmente equiparada como prueba documental).

La intervención telefónica puede tener en efecto una doble naturaleza en el proceso penal boliviano, ya que puede servir de fuente de investigación de delitos, o puede ella misma utilizarse como medio de prueba, en cuyo caso ha de reunir las condiciones de certeza y credibilidad que sólo queda garantizado con el respeto a la ley de sustancias controladas, siendo especialmente importante el proceso de introducción de las intervenciones en la causa penal y su conversión en prueba de cargo.

La Ley de sustancias controladas en efecto recoge esta doctrina cuando prevé que el fiscal puede pedir y el juez autorizar la intervención de telecomunicaciones con la finalidad de obtener mayores elementos de convicción respecto a personas que tengan vinculación en el hecho ilícito objeto de la investigación y así se puede convertir en prueba de cargo en el juicio oral y público.

### 3. Titulares del derecho

La protección constitucional del secreto de las comunicaciones comprende tanto a las personas físicas (nacionales y extranjeras) como a las jurídicas. En contraste la Ley de sustancias controladas (art. 3) prevé que ésta se aplicará: a) A personas nacionales o extranjeras; b) Instituciones estatales en el área de control,

fiscalización, interdicción, investigación y prevención integral del tráfico ilícito de sustancias controladas; c) Instituciones públicas y privadas que desarrollan actividades de prevención integral, tratamiento, rehabilitación y reintegración de personas con adicciones y su entorno; d) Personas cuyos bienes, acciones y derechos sean de procedencia ilícita vinculados a actividades de tráfico ilícito de sustancias controladas.

En el Derecho español, según Montañez Pardo,<sup>22</sup> son titulares las personas físicas y las jurídicas, tanto nacionales como extranjeras, mayores y menores de edad; porque el secreto de las comunicaciones presupone la libertad, y su restricción se produce en un sentido de control y observación, no propiamente de impedimento, a las comunicaciones, y se extiende tanto al conocimiento del contenido como a la identidad de los interlocutores.

Sin embargo, el TEDH ha extendido este derecho al secreto de las comunicaciones a los despachos profesionales o Estudios Jurídicos, al estimar que las comunicaciones que allí se hacen pueden encontrarse incluidas en los conceptos de vida privada y de correspondencia, contemplados en el art. 8.1 del Convenio europeo.

El abrogado Código procesal boliviano (art. 185) recogía la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al establecer que “no podrán secuestrarse los exámenes o diagnósticos médicos relacionados a deberes de secreto y reserva legalmente establecidos, ni las comunicaciones entre el imputado y su abogado defensor”.

Los ciudadanos que se encuentren en un centro penitenciario también gozan de la titularidad de la protección constitucional como parte de la inviolabilidad de la defensa, pues el interno

<sup>22</sup> William HERRERA ÁÑEZ y Miguel Ángel MONTAÑEZ PARDO, *La Constitucionalización de la prueba...* Op. Cit., p. 341.

“tendrá derecho a entrevistarse con su defensor, sin sujeción a horario establecido ni ninguna otra limitación”, con excepción — claro está— de las que puede imponer el fallo condenatorio, el sentido de la pena y los reglamentos penitenciarios.

En todo caso, las nuevas tecnologías de los últimos años han conllevado la aparición de nuevas técnicas de injerencia en los derechos fundamentales, que también puedan ser vulnerados por las personas privadas y los particulares —piénsese por ejemplo en los servicios privados de telecomunicaciones—, los cuales en muchas ocasiones disponen de medios más sofisticados que los poderes públicos.

El secreto de las comunicaciones en general necesita dotarse de garantías frente a virtuales intromisiones, toda vez que las actualmente establecidas no prevén las modalidades de injerencia de los sujetos privados —por ejemplo, los *hackers* o piratas informáticos en el caso de la intervención de las comunicaciones en Internet—.

#### 4. Excepciones a la inviolabilidad de las comunicaciones

La inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones tienen igual jerarquía y ubicación en la Constitución (art. 25.1) y, por tanto, deben tener no sólo el mismo tratamiento jurídico y cauce procesal sino también que la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional referida al domicilio, resulta aplicable — en lo pertinente— cuando se tenga que practicar una intervención telefónica.

Sin embargo estas excepciones a la protección de estos derechos fundamentales, deben estar rigurosamente reguladas a fin de evitar que un exceso de permisividad en la excepción pueda convertir en la práctica aquéllos derechos fundamentales en meras declaraciones programáticas sin contenido real, o que, la

invocación de una supuesta situación de excepción se convierta en patente de corso para impedir de hecho al ciudadano el ejercicio de los derechos básicos que le reconoce el ordenamiento jurídico.

La Constitución boliviana (art. 25), la Ley de Sustancias Controladas y la jurisprudencia del TC,<sup>23</sup> recogen los supuestos en los que el domicilio y las comunicaciones dejan de ser inviolables y son: a) El consentimiento del titular; y b) Tratándose del delito flagrante.

#### 4.1 El consentimiento del titular

Las garantías previstas en la Constitución y la Ley pueden prescindirse, si existe el consentimiento del propietario o detentador del inmueble para su ingreso, así como cuando una de las personas involucradas en la comunicación autoriza la intervención o difusión del mensaje. El consentimiento voluntario se constituye, por tanto, en una de las causas justificadoras de la intromisión en el domicilio y la injerencia en la comunicación.

En este sentido, el TS español<sup>24</sup> precisa que el consentimiento o conformidad implica un estado de ánimo concreto en virtud del cual la persona interesada, ante la situación también concreta que las circunstancias le presentan, accede a la medida porque soporta, permite, tolera y otorga inequívocamente, que el acto tenga lugar. Se trata de una aprobación, una aquiescencia, un asentimiento, una licencia o una venia que soslaya cualquier otra exigencia procedimental.

Por su parte, el Tribunal Constitucional español aclara que la presencia de un elemento ajeno a aquéllos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el

<sup>23</sup> SSCC N° 1420/2004-R, de 6 de septiembre y la N° 0523/2011-R, de 25 de abril.

<sup>24</sup> SSTs de 20 de enero de 1995, 24 de enero de 1995, 18 de octubre de 1996, 4 de marzo de 1999, entre otras.

ilícito constitucional.<sup>25</sup> Y sostiene que no hay “secreto” para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 de la Constitución la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje. Dicha retención (la grabación, en el presente caso) podrá ser, en muchos casos, el presupuesto fáctico para la comunicación a terceros, pero ni aun considerando el problema desde este punto de vista puede apreciarse la conducta del interlocutor como preparatoria del ilícito constitucional, que es el quebrantamiento del secreto de las comunicaciones.

Y es que tal imposición absoluta e indiferenciada del “secreto” no puede valer, siempre y en todo caso, para los comunicantes, de modo que pudieran considerarse actos previos a su contravención (previos al quebrantamiento de dicho secreto) los encaminados a la retención del mensaje. Sobre los comunicantes no pesa tal deber, sino, en todo caso, y ya en virtud de norma distinta a la recogida en el art. 18.3 de la Constitución, un posible “deber de reserva” que tendría un contenido estrictamente material, en razón del cual fuese el contenido mismo de lo comunicado (un deber que derivaría, así del derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 de la Norma Fundamental).

El Tribunal aclara que quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz y permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones. Otro tanto cabe decir, respecto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica. *Este acto no conculca secreto alguno*. Quien graba una conversación

<sup>25</sup> El TC español aclara, entre otras cosas, que rectamente entendido el derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas. Vid. STC 114/1984, de 29 de noviembre.

de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este sólo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado. Los resultados prácticos a que podría llevar tal imposición indiscriminada de una obligación de silencio al interlocutor son del todo irrazonables y contradictorios.

Con la transcripción de estos razonamientos de su par español, el TC boliviano concluye que en la legislación nacional la protección constitucional a la inviolabilidad de las comunicaciones se restringe a aquellos casos en los que las telecomunicaciones sean interceptadas o centralizadas en su contenido por cualquier medio por un tercero ajeno a ellas. En este caso el imputado se presentó ante el fiscal y le entregó voluntariamente un *disco compacto*, con la grabación de tres conversaciones relacionadas a la investigación. Ante esa situación el fiscal dispuso el secuestro del *disco compacto*, hizo el acta y citó al imputado para que amplíe su declaración, donde manifestó que el contenido de ese registro guardaba relación directa con el hecho investigado (léase consentido), y que había grabado esas conversaciones debido a la extorsión de la que era víctima por el imputado y entregó el disco compacto a la Fiscalía. Este material no obstante fue rechazado por el juez e interpuso una acción de amparo constitucional y el TC concedió la tutela y consideró que el juez se equivocó cuando denegó la apertura y escucha del disco compacto entregado voluntariamente al fiscal.

Los requisitos en general para otorgar el consentimiento tanto en el allanamiento de domicilio como en la intervención de las comunicaciones deberían ser los mismos, a saber:

- a) Que sea otorgado por persona capaz de obrar y mayor de edad.

- b) Que sea otorgado consciente y libremente, lo cual requiere:
  - a) que no esté invalidado por error, violencia o intimidación de cualquier clase; b) que no se condicione a circunstancia alguna periférica, como promesas de cualquier actuación policial, del signo que sean.
- c) Puede prestarse oralmente o por escrito, pero siempre se reflejará documentalmente para su constancia indeleble.

En todo caso, el consentimiento debe ser otorgado para un asunto concreto, del que tenga conocimiento quien lo presta, sin que se pueda aprovechar para otros fines distintos.

#### 4.2 El delito flagrante

Las garantías previstas en la Constitución boliviana y la Ley para el allanamiento de domicilio y la intervención telefónica, pueden prescindirse tratándose de un delito flagrante. El TC recuerda que nadie puede ser detenido, arrestado, ni puesto en prisión, sino en los casos y según las formas establecidas por ley, requiriéndose para la ejecución del respectivo mandamiento que éste emane de autoridad competente y sea intimado por escrito.<sup>26</sup>

Tal como sostenemos en otra publicación,<sup>27</sup> la excepción a esta exigencia está prevista en el artículo 23.IV de la Constitución, cuando establece que “toda persona que sea encontrada en delito flagrante podrá ser aprehendida por cualquier otra persona, aun sin mandamiento”, con el único objeto de ser conducida ante la autoridad competente, quien deberá resolver su situación jurídica en el plazo máximo de veinticuatro horas.

<sup>26</sup> El TC (SC N° 957/2004-R, de 17 de junio), ha interpretado que sólo en caso de flagrancia se pueden obviar las formalidades para la aprehensión previstas en la Constitución y en el Código de procedimiento penal.

<sup>27</sup> WILLIAM HERRERA ÁÑEZ, *El Ministerio Público y sus atribuciones en la etapa preparatoria del juicio*, Tesis doctoral, Cochabamba, Ed. Kipus, 2012, pp. 341 y ss.

Asimismo, el Código procesal abrogado (art. 230) consideraba que hay flagrancia “cuando el autor del hecho es sorprendido en el momento de intentarlo, de cometerlo o inmediatamente después mientras es perseguido por la fuerza pública, el ofendido o los testigos presenciales del hecho”. En relación con los alcances de este precepto, el TC precisó que la detención de un imputado –reconocido por la víctima– cuando la policía se constituye en el lugar del hecho, es correcta habida cuenta que se trataba de un delito flagrante.<sup>28</sup>

A tiempo de aclarar el TC, que la flagrancia proviene del término latino “flagrare”, que significa arder, resplandecer, sostiene que el delito flagrante es el cometido públicamente y ante testigos; existiendo, doctrinalmente, tres supuestos que determinan esta situación: 1) delito flagrante propiamente dicho, cuando el autor es sorprendido en el momento de la comisión del hecho delictivo, o en el intento, existiendo simultaneidad y evidencia física; 2) delito cuasi-flagrante, cuando el autor es detenido o perseguido inmediatamente después de la ejecución del delito, por la fuerza pública u otras personas; en este caso se habla de cuasi-flagrancia, y la simultaneidad es sustituida por la inmediatez, y la evidencia física por la racional; 3) sospecha o presunción de delito flagrante, cuando el delincuente es sorprendido inmediatamente después de

<sup>28</sup> El TC (SC N° 473/2006-R, de 16 de mayo), estableció que el actor fue encontrado en una de las circunstancias estipuladas en las normas previstas por el art. 230 CPP, ya que el hecho denunciado ocurrió a horas 11:00 del 29 de enero de 2006, momento en el cual la víctima procedió a perseguir a los presuntos responsables del hecho, siendo desviada por un sujeto, razón por la cual ésta no pudo dar alcance a los autores del hecho. En ese sentido, la víctima a horas 13:00 se personó a la policía a presentar denuncia verbal, lo que determinó la intervención inmediata de un funcionario policial quien después de constituirse en el lugar de los hechos, procedió a la aprehensión del actor al haber sido identificado por la víctima, situación que se subsume dentro de uno de los presupuestos jurídicos del delito flagrante, pues también se toma como delito flagrante, cuando cometido el delito el autor es inmediatamente perseguido por la fuerza pública, el ofendido o los testigos presenciales del hecho. En este caso, se está frente a un delito cuasi-flagrante, si se tiene en cuenta el tiempo transcurrido entre el hecho y la captura, lo que implica que su aprehensión no constituyó un acto ilegal al estar previsto en el art. 10 CPE de 1967 y 230 CPP.

cometido el delito y de cesada la persecución, pero lleva consigo efectos o instrumentos del delito; en este caso sólo existe una presunción.<sup>29</sup>

En opinión de Sanchis Crespo,<sup>30</sup> la flagrancia no es un elemento configurador del tipo de ningún delito. No influye en la gravedad del acto, ni en la culpabilidad de su autor, ni en la pena del hecho cometido, simplemente afecta al modo de proceder contra el delito; esto es, sólo tiene relevancia procesal. Así las características del delito flagrante vienen a ser las siguientes: a) que haya inmediatez temporal, es decir, que el imputado sea sorprendido en el momento de intentar cometer el hecho delictivo; b) la inmediatez personal, que consiste en que el imputado se encuentre en el momento de cometer el hecho con las “manos en la masa”; y, c) la necesidad urgente, de tal modo que la policía, por las circunstancias concurrentes en el caso concreto se vea impelida a intervenir inmediatamente con el doble fin de poner término a la situación existente impidiendo en todo lo posible la propagación del mal que la infracción penal acarrea y de conseguir la detención del autor de los hechos.

<sup>29</sup> SC N° 413/2006-R, de 28 de abril. En el mismo sentido, la STS español de 29 de marzo de 1990, aclaraba que el concepto de delito flagrante debe ser objeto de interpretación restrictiva. En opinión de Vegas Torres, la limitación constitucional de la entrada y registro sin autorización judicial en los casos de flagrante delito vincula, no sólo a la policía, en su actuación diaria, sino también al legislador, que no puede permitir que tales diligencias se produzcan sin mandamiento judicial en casos no incluíbles en el concepto de flagrancia. Y debe notarse que tal concepto no ampara una ilimitada libertad del legislador para decidir lo que es delito flagrante y lo que no es. Aclara el autor que si la Constitución hubiera querido conceder al legislador libertad, en lugar de establecer la excepción a la exigencia de autorización judicial mediante la cláusula “salvo en caso de flagrante delito”, hubiera dicho “salvo en los casos previstos por las leyes” o utilizado una fórmula semejante. El concepto de flagrancia es un límite para el legislador y este límite resultaría burlado si se permitiera al legislador convertir cualquier situación en delito flagrante mediante el simple expediente de llamarla de esa manera. Vid. VEGAS TORRES, J. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid, Ed. La Ley, 1993, p. 85.

<sup>30</sup> C. SANCHIS CRESPO, *El Ministerio Fiscal y su Actuación en el Proceso Penal Abreviado*, Granada, Ed. Comares, 1995, p. 76.

## 5. Presupuestos para adoptar la intervención telefónica

El derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones, proclamado en el artículo 25.I de la Constitución boliviana, supone, salvo que su titular preste su consentimiento o en el caso de delito flagrante, que no podrá efectuarse ningún allanamiento o intervención, sin resolución judicial, donde se plasme además el principio de proporcionalidad.

### 5.1 Resolución judicial motivada

Tratándose de ambas diligencias (allanamiento de domicilio e intervención telefónica) siempre se requiere resolución fundada del juez instructor y la participación obligatoria del fiscal. Estas exigencias vienen a ser una consecuencia del mandato constitucional (art. 25.I) en el sentido de que “toda persona tiene derecho a la inviolabilidad de su domicilio y al secreto de las comunicaciones privadas en todas sus formas, salvo autorización judicial”.

Sin embargo, no toda autorización judicial será instrumento suficiente para legitimar ambos elementos de convicción, sino que tiene que ser una resolución motivada de la autoridad jurisdiccional, que exprese debidamente las razones jurídicas en que basa su convicción determinativa. Tal como sostiene el TC,<sup>31</sup> la autoridad judicial deberá ordenar la diligencia, partiendo de una adecuada valoración de los antecedentes fácticos, compuestos por la solicitud o requerimiento escrito y motivado del funcionario público que pretende se realice el acto procesal, los indicios o pruebas referidas o acompañadas a la solicitud para justificar la medida, las que deberán ser suficientes como para limitar el derecho fundamental y aplicar la medida del allanamiento o intervención, a partir de una adecuada compulsión de los presupuestos jurídicos y los elementos de convicción existentes.

<sup>31</sup> SC N° 1420/2004-R, de 6 de septiembre.

También deberá explicar la finalidad de la medida y los alcances de las actuaciones procesales que serán realizadas con ocasión del allanamiento o la intervención telefónica. La autorización en efecto deberá exponer su determinación en términos claros y concretos, delimitando con precisión los alcances de las actuaciones procesales a realizarse; es decir, si se procederá a la captura de alguna persona, al registro, requisición y consiguiente secuestro de bienes u objetos, en cuyo caso deberá detallar con precisión qué objetos serán secuestrados.

A tiempo de pedir al juez la intervención de las telecomunicaciones, según la Ley de sustancias controladas (arts. 12-13), el fiscal deberá acreditar lo siguiente:

- 1) La identificación de la persona cuyas telecomunicaciones serán objeto de intervención y la descripción del hecho investigado, su calificación legal, las actividades que se investigan y las diligencias que la sustentan.
- 2) La identificación e individualización precisa del servicio de telecomunicación a ser intervenido y la descripción de los dispositivos y métodos a ser empleados.
- 3) El plazo de duración de la intervención.
- 4) La designación del fiscal responsable de la intervención y de los investigadores que ejecutarán el acto investigativo.

La normativa aclara que la o el juez examinará el cumplimiento de los requisitos formales y la razonabilidad de los motivos que fundan el pedido del fiscal, y expedirá la orden escrita que contendrá mínimamente:

- 1) La indicación detallada de la o las personas y los medios de telecomunicaciones que serán objeto de intervención; el motivo específico de la intervención; las diligencias

a practicar y, en lo posible, la individualización de la información que se espera encontrar;

- 2) El plazo autorizado para la intervención, mismo que no podrá superar de tres (3) meses;
- 3) La identificación del fiscal autorizado para la intervención y el o los investigadores que ejecutarán la actividad investigativa.

No obstante si vencido el plazo autorizado no se encuentran elementos de convicción, la o el fiscal podrá solicitar al juez por una única vez y de manera fundamentada un plazo adicional de hasta tres (3) meses.

Con miras a la puesta en práctica de las escuchas telefónicas en Bolivia, compartimos las puntualizaciones de Muñoz de Morales Romero,<sup>32</sup> sobre los requisitos que debería tener la resolución que otorga la intervención telefónica y son:

- 1) El juez, mediante resolución judicial motivada, podrá acordar la intervención de las comunicaciones telefónicas y de otras formas de intervención siempre y cuando la medida sea proporcionada en relación a la finalidad que se persigue con la intervención y ésta no pueda ser alcanzada de otra forma.
- 2) La resolución judicial adoptará la forma de auto y en él se detallarán los siguientes extremos:
  - a) El nombre y domicilio de la persona o personas investigadas.
  - b) El número o números de teléfono sometidos a control

<sup>32</sup> Marta MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *La intervención de las comunicaciones telefónica en España*, publicación del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla-La Mancha, ubicado en <http://www.cienciaspenales.net>.

- c) Los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito.
- d) La infracción o infracciones que justifican la medida.
- e) La persona o personas encargadas de llevar a efecto la intervención.
- f) La duración de la medida.
- g) La extensión y el grado de la medida.

Y sólo se podrá proceder a la intervención de las comunicaciones telefónicas de las siguientes personas:

- a) Del imputado si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.
- b) De las personas sobre las que existan indicios racionales de responsabilidad criminal.

Tómese en cuenta que hay indicios racionales de criminalidad cuando existan datos fácticos de que una persona intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave. En cambio, no se interceptarán las comunicaciones telefónicas para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos.

En el acto del juicio oral podrá presentarse una transcripción parcial o íntegra de las conversaciones intervenidas o bien se podrán reproducir las cintas grabadas, debiendo asegurarse la fidelidad de las mismas, sin perjuicio del derecho que tienen las partes de contrastar la medida. No obstante se excluye de este supuesto aquellas conversaciones protegidas por el secreto profesional.

## 5.2 El principio de proporcionalidad

El fiscal y el juez instructor deberán tener en cuenta que la regla de la proporcionalidad de los sacrificios es de observancia obligada cuando se tienen que restringir derechos fundamentales. Este principio experimentó su gran expansión tras la Segunda Guerra Mundial, cuando los derechos fundamentales dejaron de ser meras declaraciones programáticas para convertirse en realidades, esto es, en espacios mínimos de actuación humana a respetar por todos, incluyendo particularmente al Estado.

En efecto, el principio de proporcionalidad contiene un límite no escrito para cada intervención en un derecho fundamental; también es definido como un límite de los límites a los derechos fundamentales, y sólo puede acordarse por un juez, con fines de investigación y darse dentro de un proceso penal.

En lo específico, el TC<sup>33</sup> ha previsto las formas y condiciones en las que se podrá producir la restricción legal a la inviolabilidad de domicilio, que no es otra que mediante el allanamiento, entendiéndose por éste la forma legal mediante la cual la autoridad pública ingresa a determinados lugares que gozan de protección jurídica, contra la voluntad de sus moradores, con el fin de producir determinados resultados, entre otros, la captura de una persona, el decomiso de una cosa, el registro de un bien, la obtención de pruebas, o el control de una perturbación.

En el caso particular de las intervenciones telefónicas en Bolivia, la Ley de sustancias controladas (art. 13) prevé que la o el juez examinará el cumplimiento de los requisitos formales y la razonabilidad de los motivos que fundan el pedido del fiscal antes de emitir la orden escrita, con lo cual en lo formal satisface el principio de proporcionalidad. De las normas previstas por la Constitución y la Ley, se infiere que son dos las condiciones de

<sup>33</sup> SC N° 1420/2004-R, de 6 de septiembre.

validez legal para limitar un derecho fundamental; la primera, la decisión judicial motivada en derecho y, la segunda, un mandamiento expreso para cada diligencia.

En todo caso, el TC boliviano<sup>34</sup> ha subrayado que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: a) si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); b) si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, c) si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

En efecto las medidas restrictivas de derechos fundamentales no sólo que se aplicarán restrictivamente, sino que serán autorizadas por resolución judicial fundamentada y durarán mientras subsista la necesidad de su aplicación. En este sentido, desde un principio el TC<sup>35</sup> dejaba establecido que cualquier restricción de los derechos fundamentales en un Estado de Derecho –que sustenta el derecho a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico de la Nación (art. 22 CPE)–, exige efectuar un juicio de proporcionalidad entre el sacrificio que implica la restricción de tal derecho esencial y la eficacia que exige la función de defensa social que la misma Constitución encomienda al MP.

En suma, la proporcionalidad supone: 1) la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido; 2) la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y

<sup>34</sup> El TC boliviano (SC N° 106/2006-R, de 25 de enero), ha seguido en este sentido a la STC 207/1996, de 16 de diciembre.

<sup>35</sup> SC N° 106/2006-R, de 25 de enero.

que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios); y, 3) la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.<sup>36</sup>

Lo anterior implica que no se debe buscar la efectividad de un derecho mediante el sacrificio o restricción total de otro; es decir, debe realizarse una ponderación de cada uno de los bienes jurídicos en conflicto, y propender su armonización en la situación concreta, como momento previo y necesario a cualquier jerarquización de una norma constitucional sobre otra. En este proceso de armonización concreta de los derechos, el principio de proporcionalidad juega un papel crucial, y se deduce del deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios. Los límites trazados al ejercicio de los derechos, en el caso concreto, deben ser proporcionales, esto es, no deben ir más allá de lo indispensable para permitir la máxima efectividad de los derechos en pugna.

En términos generales según Moreno Catena, una medida es idónea cuando es útil para satisfacer la finalidad perseguida, necesaria, si tal finalidad no puede alcanzarse mediante la

<sup>36</sup> El TC boliviano (SSCC N° 1294/2006-R, de 18 de diciembre y N° 45/2007, de 2 de octubre), ha establecido que la delimitación proporcional de los bienes jurídicos en conflicto, mediante su armonización en la situación concreta, se hace necesaria cuando se considera la finalidad social del Estado de Derecho de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y se pretende impedir que, por la vía de la restricción injustificada de los derechos, termine por socavarse el contenido de uno o varios de ellos. Dicho de otro modo, la restricción o limitación en la que se traduce la medida legal a adoptarse por la autoridad competente, debe guardar una relación equilibrada y razonable con el fin perseguido. Rompe el mencionado equilibrio, la medida legal que impone a la persona una carga o restricción irrazonable, excesiva o inadecuada. Por consiguiente, cuando se establezca el respeto del principio de proporcionalidad, se podrá llegar al principio de justicia material. El principio de justicia material o verdaderamente eficaz se opone a la aplicación formal y mecánica de la ley en la definición de una determinada situación jurídica. Exige, por el contrario, una preocupación por las consecuencias mismas de la decisión y por la persona que es su destinataria, bajo el entendido de que aquella debe implicar y significar una efectiva concreción de los principios, valores y derechos constitucionales.

adopción de medidas menos gravosas, y proporcionada en tanto que el interés que trata de salvaguardarse mediante su ejecución sea preponderante en relación con los derechos e intereses particulares afectados.<sup>37</sup>

La proporcionalidad viene siendo entendida como criterio de lo razonable en la actuación de los poderes públicos en cuanto implica, como medio de protección del *status civitatis*, el establecimiento de límites a la intervención estatal en el logro de un equilibrio entre los intereses generales que ha de perseguir y los fundamentales de los individuos y grupos que, sólo justificada y extraordinariamente, pueden verse afectados sin lesionar su esencia, y siempre que no se sobrepase lo estrictamente necesario para la consecución del fin pretendido.

Por su parte, González Beilfuss aclara que los presupuestos que deben concurrir para legitimar cualquier restricción de los derechos fundamentales, son tres: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto; incluso, en algunos casos se agrega la finalidad de la medida objeto de control.<sup>38</sup> Así, este principio se articula necesariamente en torno a una relación medio-fin: la proporcionalidad no puede predicarse de un objeto de control aisladamente considerado, sino de la relación existente entre una medida y la finalidad perseguida con la misma.

<sup>37</sup> El mismo autor aclara que tal ponderación de valores que aconsejen el sacrificio del derecho a la inviolabilidad del domicilio, implica la existencia de una proporcionalidad entre la necesidad del sacrificio del derecho y la importancia de los fines a que se endereza la entrada. Precisamente la motivación sirve al control de tal proporcionalidad. Vid. V. MORENO CATENA (con A. COQUILLAT VICENTE, A. DE DIEGO DIEZ, A. JUANES PECES, I. FLORES PRADA, y E. DE LLERA SUÁREZ BARCENA), *El Proceso Penal "Doctrina, Jurisprudencia y formularios"*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2000, p. 1280.

<sup>38</sup> El mismo autor además considera que el control de este "prius" lógico permite rechazar de entrada todas aquellas medidas que persigan "bienes o intereses constitucionalmente proscritos", y en el ámbito penal, todos aquellos tipos que persigan "fines socialmente irrelevantes". Vid. M. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Navarra, Ed. Aranzadi, 2003, pp. 67 y ss.

La idoneidad no es más que la aptitud o adecuación de la medida para conseguir la finalidad perseguida y es evidente que presenta muchas menos dificultades que los juicios de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. En última instancia, la absoluta inidoneidad de una medida constituye un hecho poco probable en la práctica, pues implica una vulneración del mandado de interdicción de la arbitrariedad, e impide cualquier explicación racional de la misma. El segundo elemento que integra el test alemán de proporcionalidad es el de la necesidad de la medida, y se entiende como ausencia de alternativas más moderadas (o menos gravosas) para la consecución, con igual eficacia, de la finalidad perseguida; se trata de un requisito que ha centrado en muchas ocasiones el control de proporcionalidad. El último requisito de la medida es la llamada proporcionalidad en sentido estricto, y pretende que la medida sea proporcionada o equilibrada por derivarse de la misma más beneficios o ventajas que el interés general, que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflictos.

El citado autor considera que junto a la definición que tiene este requisito también pueden encontrarse referencias a la ponderación entre la finalidad perseguida, el medio aflictivo y el derecho afectado o, en el ámbito penal, a la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena, entre el desvalor del comportamiento tipificado y la cuantía de la sanción, o entre la gravedad del delito que se trata de impedir –y, en general, los efectos benéficos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales– y la gravedad de la pena que se impone –y, en general, los efectos negativos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales–. En todos estos casos, la característica más destacada del principio de proporcionalidad es su carácter relacional, pues la proporcionalidad no es predicable de un régimen jurídico o de una medida concreta aisladamente considerada, sino de la relación entre dicha medida y su finalidad.

No obstante, para el TS español<sup>39</sup> hay que tener en cuenta que se trata de una diligencia no posterior al descubrimiento del delito, sino anterior y destinada a la averiguación y descubrimiento, exigiendo el requisito del *periculum in mora*, o riesgo del retardo, bastando con una sospecha objetivada de datos conducentes para considerar como fundada la resolución habilitante. El indicio o indicios del delito, que aporte el fiscal al juez instructor, es algo más que la expresión de una convicción subjetiva de la existencia de un delito. Se necesita que la sospecha sea “fundada”, es decir, apoyada en datos concretos y objetivos, por mínima que sea su entidad, que permitan al juez realizar sobre ellos un juicio de racionalidad sobre su eficacia indiciaria respecto del delito de que se trata. En cualquier otro caso, el juez instructor se encontraría impedido de fundamentar la autorización judicial, ya que la misma exige una serie de datos, obtenidos en el curso de una investigación policial previa, que justifiquen la autorización de la medida.

### 5.2.1 El procedimiento

El fiscal es el encargado de ejecutar el mandamiento de allanamiento de domicilio así como de las intervenciones telefónicas, a través de las empresas públicas o privadas que prestan el servicio o equipos utilizados en la comunicación, y deberá tomar todas las medidas necesarias para que no se frustre el acto.

A diferencia de la resolución del allanamiento que será puesta en conocimiento del que habite o se encuentre en posesión o custodia del lugar, la orden de la intervención telefónica deberá realizarse con la reserva del caso para evitar la frustración de la medida. En concreto la Ley (art. 14) reglamenta que esta diligencia contendrá:

<sup>39</sup> La STS de 4 de diciembre de 1995, aclara que la solicitud únicamente ha de rechazarse si no se apoya en sospechas fundadas.

- I. El registro fidedigno y sin ediciones de las telecomunicaciones intervenidas se guardará preservando la integridad de la información obtenida. La copia y transcripción de la información contendrá no sólo los hechos y circunstancias de cargo sino también los que sirvan para descargo de la persona imputada.
- II. Concluida la intervención se consignará en acta su resultado, la cual será firmada por todos los intervinientes. Una copia de los registros obtenidos será remitida en sobre lacrado al juez de control de garantías, para que los ponga en conocimiento de la persona titular del medio intervenido, en el plazo máximo de veinticuatro (24) horas.
- III. En caso de no ser titular del medio intervenido o de que la información no se haya obtenido conforme a las reglas previstas, la misma no podrá ser utilizada en proceso penal por carecer de eficacia probatoria.
- IV. Las telecomunicaciones que se realicen en idioma que no fuere el castellano deberán ser traducidas aplicándose las reglas de peritaje establecidas en el procedimiento penal.
- V. Si durante la intervención se obtiene información sobre otro delito diferente al que motivó la autorización, se pondrá en conocimiento del Juez que autorizó la intervención y el fiscal remitirá antecedentes al Fiscal Departamental para su correspondiente investigación, salvo el caso de delitos conexos.
- VI. La regulación y los protocolos de este instrumento investigativo serán establecidos mediante reglamento.

Todas estas formalidades deberán constar en un acta, y son determinantes para que la diligencia tenga valor probatorio en el juicio oral y público.<sup>40</sup>

### 5.2.2 Aseguramiento de los elementos de convicción o secuestro

El allanamiento de domicilio y la intervención telefónica deben culminar –siempre que existiesen– con el aseguramiento o secuestro de los objetos, instrumentos y demás piezas de convicción que estén vinculadas con el hecho delictivo que se investiga. La orden se dirige, en primer lugar, contra el imputado y en determinadas circunstancias también puede afectar a terceras personas no sospechosas, pero en cuyo poder se encontraren las cosas o bienes, que hayan sido objeto del delito. En efecto,

<sup>40</sup> En este sentido, el Código procesal italiano (art. 268) exige, como garantía de la ejecución, el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1) Las comunicaciones interceptadas se grabarán, y será redactada un acta de las operaciones; 2) En el acta se transcribirá, así sea sumariamente, el contenido de las comunicaciones interceptadas; 3) Las operaciones pueden cumplirse exclusivamente por medio de instalaciones localizadas en la Procuraduría de la República. No obstante, cuando tales instalaciones sean insuficientes o inidóneas, y existan excepcionales motivos de urgencia, el Ministerio Público puede disponer, por medio del proveído motivado, que se efectúen mediante instalaciones de entidades de servicio público o de la policía judicial; 4) Las actas y grabaciones se remitirán inmediatamente a la oficina del Ministerio Público. Las operaciones se depositarán en la secretaría dentro de los cinco días siguientes a su conclusión, junto con los decretos que han dispuesto, autorizado, convalidado o prorrogado la interceptación, permaneciendo allí por el tiempo fijado por el Ministerio Público, salvo que el juez no considere necesaria una prórroga; 5) Si del depósito enunciado pudiere derivar un perjuicio grave a las indagaciones, el juez autorizará para que el Ministerio Público lo retarde, pero no más allá del momento de clausura de las indagaciones preliminares; 6) Se avisará inmediatamente a los defensores de las partes que, dentro del término fijado de conformidad con los incisos 4 y 5, tendrán la facultad de examinar las actuaciones y escuchar las grabaciones. Vencido el término, el juez separará las grabaciones y las actas de prohibida utilización. El Ministerio Público y los defensores tendrán derecho a participar en la diligencia de separación, y se les dará aviso al menos veinticuatro horas antes; 7) El juez dispondrá la transcripción integral de las grabaciones intervenidas, observando para ello las formalidades, modos y garantías previstas para el cumplimiento de la prueba pericial. Las transcripciones se incorporarán al cuaderno para el debate, y, 9) Los defensores podrán obtener copia de las transcripciones y solicitar que se efectúen reproducciones de la grabación en cinta magnetofónica.

la ley aclara que la orden escrita deberá indicar la persona o las personas y los medios de telecomunicaciones que serán objeto de intervención; el motivo específico de la intervención; las diligencias a practicar y, en lo posible, la individualización de la información que se espera encontrar (art. 13).

El Código procesal abrogado (art. 184), en efecto, establecía que los objetos, instrumentos y demás piezas de convicción existentes serán recogidos, asegurados y sellados por la policía o el fiscal para su retención y conservación, dejándose constancia de este hecho en el acta. En caso de que sea imposible mantener los objetos en su forma primitiva, el fiscal dispondrá la mejor manera de conservarlos, incluso, puede ordenar su destrucción.<sup>41</sup> La norma advierte que todo aquél que tenga en su poder objetos o documentos relacionados con el delito, estará obligado a presentarlos y entregarlos cuando le sea requerido, a cuyo efecto podrá ser compelido por la fuerza pública, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda.

Por su parte, el TC<sup>42</sup> recuerda que el secuestro se registrará por el procedimiento previsto para el registro, y los objetos secuestrados serán inventariados y puestos bajo segura custodia en los depósitos de la Fiscalía o en los lugares especialmente destinados para estos efectos, bajo responsabilidad del fiscal. Los objetos secuestrados podrán ser entregados en depósito a un establecimiento asistencial o a una entidad pública, y sólo podrán ser utilizados, en caso de que no haya reclamo ni identificación del dueño o poseedor, para cumplir un servicio público. La policía nacional y otros organismos

<sup>41</sup> Este es el caso de las sustancias controladas secuestradas, que serán destruidas previa orden del fiscal encargado de la investigación. El artículo 26 de la Ley establece que la Dirección General de la Fuerza Especial de Lucha Contra el Narcotráfico – DG FELCN, previo requerimiento fiscal, asumiendo las medidas de seguridad y mitigación medioambiental y preservando las muestras representativas para la sustentación del proceso y actividades de investigación científica, destruirá las sustancias controladas incautadas, conforme a Ley.

<sup>42</sup> SC N° 872/2005-R, de 28 de julio.

de seguridad del Estado sólo serán depositarios de aquéllos bienes que por su naturaleza puedan ser utilizados, exclusivamente, en labores de la investigación.

Muy por el contrario, no podrán secuestrarse los exámenes o diagnósticos médicos, relacionados a deberes de secreto y reserva legalmente establecidos, ni las comunicaciones entre el imputado y su abogado defensor.

### 5.2.3 Registro ilícito y sus efectos

La intervención de las comunicaciones afecta a la vida privada y a la intimidad personal, que constituye su núcleo esencial. El artículo 25.I de la Constitución boliviana, en realidad, presenta una doble dimensión: la libertad de poder comunicarse con otros sujetos sin interrupción o limitación alguna y el secreto del mensaje, entendido éste como el derecho a que terceros no conozcan el contenido de la comunicación mientras se produce. Este derecho se configura como una garantía formal que protege la reserva o privacidad de la comunicación, sea cual fuese el contenido de la misma. Aunque el tenor de una conversación sea intrascendente y no se exteriorice en ella ningún dato que afecte a la vida privada de quienes se comunican, la captación de la comunicación por un tercero constituiría una vulneración al secreto de las comunicaciones.

Con la finalidad de salvaguardar los derechos fundamentales, a tiempo de autorizar la diligencia el juez instructor tiene que asegurarse que la medida sea estrictamente lícita, necesaria, idónea y proporcionada. En cualquier otro caso, la entrada, registro e injerencia en las telecomunicaciones no sólo que puede devenir arbitraria e ilegal sino también comportar prueba ilícita, y llegar a expulsarse del proceso (arts. 13, 171-172 CPP).<sup>43</sup>

<sup>43</sup> En la misma línea, Gómez Colomer considera que la LOPJ española consagra el criterio expansivo o más garantista de la teoría de la prueba prohibida, según ha ido interpretando el TC español desde los primeros momentos tras su promulgación,

El TC ha reconocido la teoría indirecta o refleja de la ilicitud de la prueba y ordenó la exclusión de una prueba ilícita.<sup>44</sup> Así, la sentencia estableció que el fiscal ingresó a la habitación de un hotel, sin recabar la respectiva orden de allanamiento del juez cautelar, para luego proceder a la requisa y posterior secuestro de varios objetos y documentos, que le sirvieron al juez para fundamentar su decisión de detención preventiva. En tal sentido, el Tribunal concluyó que el juez, había lesionado los derechos y garantías invocados, y en efecto otorgó la tutela y ordenó que se excluyera de toda valoración dichas pruebas.

En el mismo sentido, el TC español ha venido reiterando que cuando el registro del domicilio vulnera el derecho fundamental a la inviolabilidad del mismo, conduce a la imposibilidad constitucional, desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia, de hacer la valoración judicial probatoria de todo elemento que se deba a dicha irregular actividad.<sup>45</sup> Esta

doctrina que caracteriza resumidamente del siguiente modo: a) Las pruebas obtenidas directamente violentando derechos fundamentales (que son los consagrados por la CE), no surten efectos en el proceso; b) Las pruebas obtenidas indirectamente violentando derechos fundamentales, tampoco surten efectos en el proceso (eficacia refleja o frutos del árbol envenenado); c) No importa quién haya conseguido la prueba ilícita; d) No importa el momento procesal en que se haya obtenido la prueba prohibida, si en la fase de investigación o en cualquier otra fase; e) No importa la clase de proceso en que se quiera hacer valer; y, f) Si es prueba prohibida, se excluye del proceso, es decir, queda prohibida su admisión, práctica y valoración. Vid. J. L. GÓMEZ COLOMER, *La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: del expansionismo sin límites al más duro reduccionismo. Una meditación sobre su derecho futuro inmediato*, en AAVV: *Prueba y Proceso Penal*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2008, p. 116.

<sup>44</sup> El TC (SC Nº 562/2004-R, de 13 de abril), estableció que la autoridad judicial adoptó la medida cautelar en mérito a varios indicios, entre ellos los emergentes del acto ilegal de allanamiento, requisa y secuestro, al no haber existido una previa autorización judicial, cuando debió tomar en cuenta las reglas establecidas para la prueba ilícita, ya que en virtud del art. 54.1 CPP, ejerce el control jurisdiccional en la fase investigativa, y los indicios deben necesariamente surgir de actos cumplidos en observancia de las formalidades previstas por las normas procesales penales y los derechos y las garantías constitucionales.

<sup>45</sup> Para el TC español, constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las garantías propias al proceso (art. 24.2 CE), implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 CE).

jurisprudencia ha establecido también una prohibición absoluta de valoración de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, de modo que los medios de prueba no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos, si se han obtenido con violación de derechos fundamentales.

#### 6. La intervención de las comunicaciones en España

La Constitución española de 1978 (art. 18.3) prevé que “se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”. El secreto de las comunicaciones es una garantía que presupone la libertad de las comunicaciones, a pesar de que la Constitución no la haya formulado de esta manera. El concepto de “secreto”, no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores. Este derecho tiene un carácter “formal”, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual fuere su contenido y pertenezca o no la comunicación al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado.

El referido mandato constitucional, garantiza el secreto de todo tipo de transmisión de ideas o información entre individuos, independientemente de los medios o canales que se utilicen para hacerlo. Se protege el simple hecho de conversar –la conversación en sí misma considerada–, y no el medio utilizado. La comunicación no tiene que ser de persona a persona, sino aquellas otras realizadas a distancia porque sólo en estos casos el secreto está objetivamente garantizado desde un punto de vista técnico.

desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro. Vid. SSTC 114/1984, de 29 de noviembre y la 107/1985, de 7 de octubre, entre otras.

La misma Constitución reconoce el derecho al secreto de las comunicaciones haciendo especial referencia a las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas. A propósito, las tres modalidades que aparecen mencionadas de forma expresa en el artículo 18.3 CE ¿constituyen un *numerus clausus* o, por el contrario, se incluyen a modo de ejemplo? En opinión de Muñoz de Morales, se debe tomar en cuenta que en el momento de adoptarse la Carta Magna estos tres medios indicados –comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas– constituían las formas más tradicionales de comunicación a distancia y por canal cerrado que en aquella época existían.<sup>46</sup> En tal sentido, no es posible realizar una interpretación restrictiva sino más bien entender que la cláusula especialmente abre la puerta a todos aquellos medios de comunicación a distancia por canal cerrado que puedan ir surgiendo mediante el avance progresivo de las nuevas tecnologías, como es el caso de envío y recepción de e-mail a través de la internet.

En tal sentido el TC<sup>47</sup> español, ha sido explícito al señalar que “los avances tecnológicos que en los últimos años se han producido en el ámbito de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con el uso de la informática hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental, que extienda la protección a esos nuevos ámbitos como se deriva necesariamente del tenor literal del artículo 18.3 CE”.

La interceptación de las comunicaciones tiene por objeto la preparación de elementos probatorios tendentes al esclarecimiento

<sup>46</sup> A la luz del auge de la comunicación masiva y a distancia, la citada autora considera recomendable que en futuras normas de desarrollo se hiciera una mención expresa a cualquier otra forma de comunicación, es decir, se utilizase una fórmula lo suficientemente genérica como para incluir de manera clara e inequívoca los distintos tipos de comunicación y/o telecomunicación que con el progreso de las nuevas tecnologías puedan ir surgiendo en el futuro. Vid. M. MUÑOZ DE MORALES. *La Intervención Judicial de las Comunicaciones Telefónicas y Electrónicas*, en AAVV: *Investigación y Prueba en el Proceso Penal*, Madrid, Ed. Colex, 2006, p. 142.

<sup>47</sup> SSTC 70/2002, de 3 de abril, y 123/2002, de 20 de mayo.

de los hechos delictivos y, en su caso, la implicación en los mismos de algunos interlocutores telefónicos. Esta diligencia busca también el aseguramiento del cuerpo del delito y proporcionar elementos de convicción que permitan continuar con eficacia la investigación del delito.

En el ordenamiento jurídico español son dos las funciones esenciales de una intervención telefónica o por cualquier otro medio técnico: a) En primer lugar, tienen una función probatoria entendida como fuente de prueba u operación técnica cuyo objeto –el contenido de la conversación– puede crear elementos de prueba; y, b) Una función investigadora al tratarse de una herramienta muy útil para obtener otros elementos de prueba y para decidir sobre sucesivos actos de investigación.

En la sistematización de la doctrina que hace Murillo de la Cueva, encuentra que los requisitos que legitiman la intervención de las comunicaciones son cuatro: a) normativo, consistente en la previa previsión de la medida por la Ley; b) formal, que se adopte en el marco de un proceso penal; c) material, que se persiga un delito grave; y, d) subjetivo, que afecte a personas respecto de las que existan indicios objetivos o razones fundadas, no meras conjeturas, de que intentan cometer, ha cometido o están a punto de cometer ese delito grave, siendo insuficiente una denuncia anónima no seguida de diligencias complementarias.<sup>48</sup>

<sup>48</sup> El mismo autor aclara que la interceptación de la comunicación por un tercero sin la cobertura de una resolución judicial —o en virtud de una resolución judicial que no se ajuste a las exigencias que la Ley y la jurisprudencia imponen—, además de las responsabilidades en que puedan incurrir quienes la practiquen, determinará la invalidez de las pruebas que se hubieran obtenido gracias a ella. Recuerda que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. Vid. Pablo Lucas MURILLO DE LA CUEVA, *Los Derechos Fundamentales al Secreto de las Comunicaciones y a la Autodeterminación Informativa*, en AAVV: *Derechos Procesales Fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp. 157 y 159.

### 6.1 Regulación legal

La intervención de las comunicaciones en España se encuentra regulada no sólo en el artículo 18.3 CE, sino en otras disposiciones y el artículo 579.2 y 3 LECrim.<sup>49</sup> Aunque existen varias leyes que se ocupan de esta diligencia, sin embargo el texto internacional más relevante sobre la materia es el Convenio Europeo de Derechos Humanos, no sólo porque dedica un artículo específico, el artículo 8, a la vida privada, sino también por la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que desde finales de los años setenta ha intentado fijar un denominador común que guíase y armonizase los requisitos necesarios para proceder a la intervención de las comunicaciones ya sean postales, telegráficas o telefónicas (arts. 10 y 96 CE).

El artículo 8 del Convenio Europeo reconoce, como hemos visto, el derecho al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia. En cualquier caso tiene que haber cobertura legal, cuya exigencia no quiere decir que el sujeto pueda saber cuándo sus comunicaciones van a estar expuestas

<sup>49</sup> El art. 579 LECrim viene a desarrollar el mandato constitucional, cuyo precepto establece lo siguiente: 1) Podrá el juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa; 2) Asimismo, el juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa; 3) De igual forma, el juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogables por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos; y, 4) En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.

a ser interceptadas por las autoridades porque ello no tendría sentido. La cobertura legal significa según Muñoz de Morales, la fijación del alcance de la potestad discrecional que se concede a los Poderes Públicos para practicar intrusiones en este tipo de derechos.<sup>50</sup> La Ley aplicable debe estar publicada en los cauces normales de difusión del Derecho en el Estado concreto o, como mínimo, tenerla a disposición de los ciudadanos.

El TC español ha dejado claramente establecido que las intervenciones telefónicas para que puedan reputarse legítimas deben estar previstas en normas claras y detalladas en las que asimismo se concreten los mecanismos legales de control judicial, así como la definición de las personas susceptibles de ser sometidas a dichas intervenciones, la naturaleza de las infracciones delictivas que pueden provocarlas, la limitación de la duración de la medida, el establecimiento de pautas a efectos de sintetizar el contenido integral de las conversaciones intervenidas y su conservación también integral en orden a su completo y continuo control judicial.

## 6.2 Judicialidad de la intervención

En el ordenamiento jurídico español la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones sólo puede decretarla, en principio, un órgano dotado de potestad jurisdiccional. No obstante, existen supuestos especiales en los que no se precisa autorización judicial

<sup>50</sup> En la evolución normativa y jurisprudencial de las escuchas telefónicas en España, pueden distinguirse tres etapas: a) Una primera fase en la que se practicaban intervenciones telefónicas sin base legal alguna hasta 1988 y que supuso la condena de España por parte del TEDH; b) Una etapa intermedia protagonizada por la dotación de base legal a las escuchas telefónicas gracias a la reforma de la LECrim operada a través de la LO 4/1988, de 25 de marzo, en la que España también fue condenada; y, c) Una tercera fase en la que se practican intervenciones telefónicas con base legal (si bien insuficiente) y jurisprudencial, que abarca desde el pronunciamiento del Auto del TS de 1992 relativo al *Caso Naseiro* hasta nuestros días. Vid. M. MUÑOZ DE MORALES. *La Intervención Judicial de las Comunicaciones Telefónicas y Electrónicas*, en AAVV *Investigación y Prueba en...* Op. Cit., pp. 154-156.

como son los establecidos en los casos de declaración de estado de sitio y excepción (arts. 55.1 y 55.2 CE y 18.1 LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio), permitiéndose a la autoridad gubernativa intervenir las comunicaciones privadas, cuando el Congreso extienda la autorización por este derecho, si bien el apartado 2º del mismo exige que la intervención sea comunicada inmediatamente al órgano jurisdiccional. También puede intervenir –tratándose de estos mismos estados especiales– directamente el Ministerio del Interior o en su defecto el Director de la Seguridad del Estado, cuando las investigaciones estén relacionadas con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. En la misma forma, puede intervenir directamente la jurisdicción militar, en los supuestos regulados en los artículos 188 y ss. LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.

El artículo 579.2 LECrim exige que la resolución que adopte la intervención de las comunicaciones tenga que estar suficientemente motivada. La motivación hace posible que los destinatarios de una resolución conozcan las razones e intereses por los que su derecho se sacrificó. La legitimidad de la medida de intervención telefónica se condiciona, a la consideración por el juez autorizante de su necesidad para la investigación de unos hechos determinados y con una específica tipificación penal; la resolución en que se acuerde debe mencionar expresamente las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de la intervención, esto es, manifestar cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona y, en función de esos indicios, proceder a su encaje en algunos de los tipos delictivos justificantes de la medida.

El TC español, exige además que en la resolución judicial se determine el objeto de la intervención: número o números de teléfonos y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas,

que en principio deberán ser las personas sobre las que recaigan los indicios, el tiempo de duración de la intervención, quiénes hayan de llevarla a cabo y cómo, y los períodos en que haya de darse cuenta al juez para controlar su ejecución.<sup>51</sup>

La motivación constituye un juicio de razonabilidad, lo cual significa que toda limitación de derechos fundamentales debe perseguir un fin legítimo y constitucionalmente protegido y ser necesario o indispensable para alcanzar ese fin.

En palabras del mismo TC, la existencia de un mandamiento judicial autorizándola intervención, junto con la estricta observancia del principio de proporcionalidad en la ejecución de esta diligencia de investigación, constituyen exigencias constitucionalmente inexcusables que afectan al núcleo esencial del derecho al secreto de las comunicaciones, de tal modo que la ausencia de autorización judicial o la falta de motivación determinan, irremediablemente, la lesión del derecho constitucional, y por tanto la prohibición de valoración de cualquier elemento probatorio que pretenda deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas, no sólo del resultado mismo de la intervención, sino de cualquier otra prueba derivada de la observación telefónica, siempre que exista una conexión causal entre ambos resultados probatorios.<sup>52</sup>

<sup>51</sup> El mismo TC (STC 49/1996, de 26 de marzo), exige además el control judicial efectivo, en el desarrollo y cese de la medida, control que deviene indispensable para el mantenimiento de la restricción del derecho fundamental. El juez que la autorice debe, en primer término, conocer los resultados obtenidos con la intervención, y en el supuesto de que se produzca una divergencia entre el delito objeto de investigación y el que de hecho se investiga, debe adoptar la resolución que proceda, puesto que en otros casos (Sentencia TEDH, caso Klass, de 6 de septiembre de 1978, Caso Malone, de 2 de agosto de 1984, y caso Kruslin, de 24 de abril de 1990), las intervenciones constituirían una injerencia de la autoridad pública en el ejercicio del derecho del afectado a su vida privada.

<sup>52</sup> El control efectivo, en el desarrollo y cese de la medida, es indispensable para el mantenimiento de la restricción del derecho fundamental, dentro de los límites constitucionales. El TC español aclara que si un Tribunal sentenciador fundamenta su resolución condenatoria en pruebas obtenidas con violaciones de derechos fundamentales (sea por la policía, sea por los jueces de instrucción) la presunción de inocencia no ha de destruirse, como derecho fundamental que es, con semejante material probatorio. Vid. STC 49/1996, de 26 de marzo.

La concurrencia de indicios graves es otro elemento legitimador para poder intervenir las comunicaciones. Esta diligencia, incluso, se prohíbe con una finalidad prospectiva o general de averiguación de delito, en el sentido de que el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos, o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en la mente de los encargados de la investigación penal, por más legítima que sea esta aspiración, pues de otro modo se desvanecería la garantía constitucional.

Al margen de la concurrencia de indicios graves que habiliten la medida, ésta tiene que ser idónea, que vaya dirigida a un fin legítimo. El artículo 8.2 CEDH realiza una enumeración taxativa de los fines justificativos de las restricciones estatales del derecho al secreto de las comunicaciones. Dado que la Constitución no establece un catálogo cerrado de los aludidos fines, la jurisprudencia española ha acudido al criterio de la gravedad de la causa, entendiéndose que existe cuando se trata de un delito de tráfico de drogas, cohecho, corrupción de funcionarios públicos, prostitución, robo, delito de contrabando dependiendo de la importancia del alijo descubierto en el caso concreto y delitos contra la libertad en el trabajo y falsificación de pasaportes.<sup>53</sup>

Como el criterio de gravedad deja en manos del juez un margen de discrecionalidad, en ocasiones exagerado, que puede dar lugar a decisiones desproporcionadas, en una futura modificación de la Ley debería introducirse una referencia a las infracciones que darían lugar a la intervención. En opinión de Muñoz de Morales,<sup>54</sup> tres son las posibilidades que se presentan de *lege ferenda*: a) En primer lugar, podría optarse por el establecimiento de una lista cerrada que indicase cada uno de los delitos susceptibles de

<sup>53</sup> En el mismo sentido, las SSTs de 6 de febrero de 1995, de 25 de junio de 1993, de 2 de diciembre de 1993, de 4 de abril de 1994, entre otras.

<sup>54</sup> M. MUÑOZ DE MORALES. *La Intervención Judicial de las Comunicaciones Telefónicas y Electrónicas*, en AAVV: *Investigación y Prueba en...* Op. Cit., p. 167.

intervención; fuera de la cual la medida estaría vedada; b) En segundo lugar, podría utilizarse un sistema mixto, es decir, un catálogo de delitos junto a una disposición que convirtiera la lista en un *numerus apertus*; y, c) En tercer lugar, debería dejarse una cláusula abierta sin fijación de la pena acudiendo a otros criterios como el de la modalidad comisiva del delito.

El artículo 579.3 LECrim establece que la medida de intervención de las comunicaciones telefónicas podrá tener una duración máxima de tres meses prorrogables por el mismo período. La duración debe ser proporcionada con la especial gravedad del delito objeto de la investigación.

En palabras de Gimeno Sendra,<sup>55</sup> “acordada la intervención telefónica por el juez, éste dispondrá que, por los funcionarios de policía judicial o empleados de la compañía telefónica, se proceda, durante el plazo indicado en el auto, a la intervención y grabación de las escuchas, debiendo entregarse al juzgado la totalidad de los originales de las cintas magnetofónicas, las cuales, con la intervención de todas las partes comparecidas en el proceso, serán transcritas en un acta bajo la fe del secretario”.

El hecho de que la intervención telefónica sea una intromisión o control en la línea telefónica de una persona, sin la autorización de la misma, siempre entra en conflicto con algunos derechos fundamentales como la privacidad y la intimidad, razón por la cual se exige que se establezca un plazo máximo y definitivo.<sup>56</sup>

<sup>55</sup> V. GIMENO SENDRA. *Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del TC y TS, Estudios de Jurisprudencia*. Año II, número 12, septiembre / octubre de 1993, pp. 14-15.

<sup>56</sup> En este sentido, el Código procesal italiano (art. 268) exige, como garantía de la ejecución, el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1) Las comunicaciones interceptadas se grabarán, y será redactada un acta de las operaciones; 2) En el acta se transcribirá, así sea sumariamente, el contenido de las comunicaciones interceptadas; 3) Las operaciones pueden cumplirse exclusivamente por medio de instalaciones localizadas en la Procuraduría de la República. No obstante, cuando tales instalaciones sean insuficientes o inidóneas, y existan excepcionales motivos de urgencia, el Ministerio Público puede

Tal como sostiene Muñoz de Morales, motivación, idoneidad, y concurrencia de indicios, se configuran como requisitos constitucionales del derecho al secreto de las comunicaciones y, por tanto, su incumplimiento a la hora de adoptar la injerencia puede dar lugar a la aplicación del artículo 11 LOPJ.<sup>57</sup> Los actos judiciales serán nulos de pleno derecho: “Cuando se prescindiera total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se

disponer, por medio del proveído motivado, que se efectúen mediante instalaciones de entidades de servicio público o de la policía judicial; 4) Las actas y grabaciones se remitirán inmediatamente a la oficina del Ministerio Público. Las operaciones se depositarán en la secretaría dentro de los cinco días siguientes a su conclusión, junto con los decretos que han dispuesto, autorizado, convalidado o prorrogado la interceptación, permaneciendo allí por el tiempo fijado por el Ministerio Público, salvo que el juez no considere necesaria una prórroga; 5) Si del depósito enunciado pudiere derivar un perjuicio grave a las indagaciones, el juez autorizará para que el Ministerio Público lo retarde, pero no más allá del momento de clausura de las indagaciones preliminares; 6) Se avisará inmediatamente a los defensores de las partes que, dentro del término fijado de conformidad con los incisos 4 y 5, tendrán la facultad de examinar las actuaciones y escuchar las grabaciones. Vencido el término, el juez separará las grabaciones y las actas de prohibida utilización. El Ministerio Público y los defensores tendrán derecho a participar en la diligencia de separación, y se les dará aviso al menos veinticuatro horas antes; 7) El juez dispondrá la transcripción integral de las grabaciones intervenidas, observando para ello las formalidades, modos y garantías previstas para el cumplimiento de la prueba pericial. Las transcripciones se incorporarán al cuaderno para el debate; y, 9) Los defensores podrán obtener copia de las transcripciones y solicitar que se efectúen reproducciones de la grabación en cinta magnetofónica.

<sup>57</sup> La autora aclara además que una vez adoptada la intervención aparecen otras cuestiones relacionadas con el control judicial que consisten básicamente en el conocimiento del sistema técnico que vaya a utilizarse para efectuar las grabaciones ordenadas; la integridad de las mismas; el modo en el que debe llevarse a cabo la transcripción; el respeto de la duración de la injerencia acordada en el auto; la puesta inmediata en conocimiento del juez de la obtención de datos sobre delitos diferentes a los que propiciaron la intervención; la entrega de cintas en el mismo juzgado que hubiera ordenado la intervención que podrá servir como medio de prueba en el acto del juicio; la notificación de la realización de la intervención a las personas afectadas en el plazo más breve posible; la destrucción de todo el material una vez que la sentencia deviene firme, etc. Cuestiones todas ellas que tampoco encuentran reflejo en el art. 579 LECrim y que cuya vulneración puede suponer bien la violación de otros derechos también constitucionales —derecho de defensa o el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE)—, bien la vulneración de la legalidad ordinaria. Vid. M. MUÑOZ DE MORALES. *La Intervención Judicial de las Comunicaciones Telefónicas y Electrónicas*. en AAVV *Investigación y Prueba...* Op. Cit., p. 169.

haya producido indefensión”. En cualquier caso, la consecuencia jurídica es la misma, esto es, la nulidad de pleno derecho, si bien en el supuesto del artículo 11 LOPJ, la nulidad se extiende también a las pruebas derivadas indirectamente de otra previa que se haya obtenido con vulneración de derechos fundamentales.

En palabras del TC español, hemos de concluir que todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria, ya que la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental no sólo deriva directamente de la nulidad de todo acto violatorio de los derechos reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, y de la necesidad de no confirmar reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos, sino ahora también en el plano de la legalidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 11.1 LOPJ.<sup>58</sup>

El mismo Tribunal,<sup>59</sup> ha establecido también una prohibición absoluta de valoración de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, de modo que los medios de prueba no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos, si se han obtenido con violación de derechos fundamentales. La interdicción de la admisión de la prueba prohibida por vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes; y se basa, asimismo, en la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables.

<sup>58</sup> Con estos razonamientos, el TC (STC 85/1994, de 14 de marzo) llegó a la conclusión que la intervención practicada en el teléfono de los recurrentes no puede considerarse como una injerencia legítima en su derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas.

<sup>59</sup> SSTC 114/1984, de 29 de noviembre y 107/1985, de 7 de octubre, entre otras.

## 7. Algunas conclusiones

Con base en lo expuesto podemos reseñar algunas conclusiones:

- Los derechos fundamentales y garantías constitucionales no son absolutos; por tanto, permiten limitaciones siempre y cuando se cuente con la cobertura legal y se respete el principio de proporcionalidad.
- La Ley de sustancias controladas reconoce la intervención de las telecomunicaciones y corresponderá a la jurisprudencia determinar sus límites, alcances y demás formalidades para su ejecución.
- El Estado define la política criminal que debe ejecutar el Ministerio Público, con miras a combatir la delincuencia, la misma como se sabe no tiene ningún reparo en utilizar todos los medios a su alcance en la materialización del hecho delictivo.
- La inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones tienen igual jerarquía y ubicación en la Constitución (art. 25.I) y, por tanto, deben tener no sólo el mismo tratamiento jurídico y cauce procesal sino también que la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional referida al domicilio, resulta aplicable -en lo pertinente- cuando se tenga que practicar una intervención telefónica.
- Dado que los límites a una garantía constitucional se encuentran en la propia Constitución y se infieren haciendo una interpretación sistemática que tome en cuenta los criterios axiológicos y teleológicos internos y externos de la norma, los derechos de los demás, y la prevalencia del interés general, el Tribunal Constitucional Plurinacional deberá repensar y “modular” su jurisprudencia y exhortar al legislador sobre la necesidad de ampliar esta diligencia

a los delitos comunes considerados graves, que impactan y lesionan los sentimientos colectivos.

- La intervención telefónica debe incorporarse como medio probatorio en el Código del Sistema Penal, debiendo reglamentarse su naturaleza jurídica, alcance y procedimientos, como ocurre en el Derecho comparado.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ESPITIA GARZÓN, Fabio (1991). *Código de Procedimiento Penal Italiano*. Bogotá-Colombia: Editorial Temis.
- GONZALES BEILFUSS, Markus (2003). *El principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Ed. Aranzadi S.A.
- HERRERA ÁÑEZ, William y MONTAÑÉZ PARDO, Miguel Ángel (2000). *La Constitucionalización de la Prueba en Materia Penal*. Santa Cruz-Bolivia: Editorial Universitaria.
- HERRERA ÁÑEZ, William (2012). *El Ministerio Público y sus atribuciones en la etapa preparatoria del juicio*. Tesis doctoral. Cochabamba: Ed. Kipus.
- HERRERA ÁÑEZ, William (2012). (2015). *Derecho Procesal III, El proceso penal boliviano*. Santa Cruz-Bolivia: Ed. Kipus.
- MORENO CATENA V. (con COQUILLAT VICENTE A., DE DIEGO DÍEZ A., JUANES PECES A., FLORES PRADA, I., y DE LLERA SUÁREZ BARCENA, E.) (2000). *El Proceso Penal "Doctrina, Jurisprudencia y formularios"*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch.

- MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel (1999). *La Intervención de las Comunicaciones*. Ed. Aranzadi S.A.
- MONTERO AROCA, Juan (1999). *La intervención de las Comunicaciones telefónicas en el Proceso Penal*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch.
- MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés (1998). *Los Límites de los Derechos Fundamentales en el Derecho Constitucional Español*. Ed. Aranzadi.
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta (2010). *La intervención de las comunicaciones telefónica en España*, publicación del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Universidad de Castilla-La Mancha, disponible en <http://www.cienciaspenales.net>.
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta. (2006). *La Intervención Judicial de las Comunicaciones Telefónicas y Electrónicas*, en AAVV *Investigación y Prueba en el Proceso Penal*. Madrid: Ed. Colex.