

El derecho al secreto de las comunicaciones. Alcances, límites y desarrollo jurisprudencial

SAMUEL B. ABAD YUPANQUI*

Sumilla

1. Introducción
2. Un breve repaso a la experiencia comparada
3. Alcances del derecho al secreto de las comunicaciones
 - a) Contenido. ¿Libertad de las comunicaciones o manifestación del derecho a la intimidad?
 - b) Titularidad
 - c) Carácter formal
 - d) Límites, desarrollo legal y colisión con otros derechos
 - e) Protección procesal
4. Restricciones legítimas: la orden judicial
 - a) Distinciones según el medio utilizado y los modos de control
 - b) Etapas en la intervención judicial
 - c) Tipo de procesos y de delitos en los cuales procede una orden judicial
 - d) Momento en el cual se dicta la orden judicial
 - e) Contenido de la orden judicial que dispone la interceptación de las comunicaciones
 - f) Su estrecha vinculación con el debido proceso
5. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional
6. Reflexiones finales

Referencias

* Profesor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad del Pacífico. Socio del Estudio Echeopar Abogados.

1. Introducción

El objetivo del presente artículo es analizar los alcances de un derecho fundamental. Nos referimos a la libertad de las comunicaciones y el derecho al secreto, reconocido por el artículo 2 inciso 10) de la Constitución, así como el desarrollo jurisprudencial —ciertamente exiguo— efectuado por el Tribunal Constitucional (TC).

Resulta especialmente relevante examinar los alcances de este derecho luego de lo sucedido en la década de 1990, para tratar de contribuir a garantizar su plena vigencia, la misma que en los últimos años se ha visto afectada por denuncias de intervenciones realizadas al margen de la Constitución. El caso más reciente ha sido el de los denominados «petroaudios» que propició la caída de uno de los gabinetes del expresidente Alan García.

De esta manera, en las líneas que siguen analizaremos cuatro aspectos centrales. En primer lugar, los alcances de este derecho haciendo un breve repaso a algunas experiencias comparadas; en segundo lugar, sus características básicas; en tercer lugar, algunos temas puntuales relacionados con la intervención de las comunicaciones que en nuestro país requieren de un mandato judicial; y finalizaremos examinando la jurisprudencia que hasta el momento ha emitido el TC sobre el particular.

2. Un breve repaso a la experiencia comparada

Para examinar los alcances de la libertad de las comunicaciones y el derecho al secreto, así como la posibilidad de establecer ciertas restricciones, resulta interesante hacerlo a la luz de la experiencia comparada. Para ello, se analizarán cuatro posibles alternativas que sintetizaremos a continuación.

- a) En primer lugar, pueden mencionarse aquellos ordenamientos que luego de reconocer este derecho precisan que la única restricción posible es aquella que proviene de una orden judicial. Así por ejemplo, lo dispone la Constitución italiana de 1948 (artículo 15) y española (artículo 18 inciso 3). En el caso español, se admite una excepción adicional cuando se dispone la suspensión individual de derechos fundamentales, institución que no existe en el ordenamiento jurídico peruano.
- b) En segundo lugar, hay ordenamientos que exigen una orden judicial pero que, además, autorizan al legislador a determinar los casos en que puede fijarse otros supuestos. Así por ejemplo, el artículo 10 de la Ley Fundamental

- alemana señala que «las restricciones sólo podrán ser dispuestas en virtud de una ley». En dicho país el Ministerio Fiscal también puede disponer una intervención. Por su parte, en Francia la ley 91-646 de 10 de julio de 1991 permite las escuchas telefónicas administrativas con control parlamentario «para garantizar la seguridad nacional, las patentes de invención y la prevención de la criminalidad organizada o del fascismo» (Gimeno Sendra 2011: 335).
- c) Una tercera modalidad es aquella que orienta al derecho norteamericano. En efecto, si bien por regla general una orden judicial debe autorizar la intervención, el Código del 16 de enero de 1996 que regula los delitos y procedimientos penales o criminales (Vol. 18 Sec. 2511) y que desarrolla la Enmienda IV, permite de manera excepcional que la intervención se pueda realizar por disposición del Fiscal General. De tal manera, el Fiscal General —cargo similar a nuestro Fiscal de la Nación— podría intervenir una comunicación, por ejemplo, cuando existan conspiraciones que afectan la seguridad nacional. Esta situación ha variado luego de las medidas implementadas como consecuencia de los atentados sufridos en dicho país y que han tenido gran repercusión internacional.
- d) Una última modalidad es aquella que se presenta en el caso inglés que autoriza al juez a controlar las comunicaciones pero también admite que el ministro del Interior lo disponga. Cabe anotar que el caso inglés fue objeto de una sentencia de 2 de agosto de 1984 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el «Caso Malone». En dicha ocasión se cuestionó la norma inglesa que permitía el registro policial de conversaciones telefónicas por disposición del ministro del Interior. El Tribunal Europeo consideró que se había violado el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, pues el derecho inglés no determinaba con claridad el alcance y las modalidades de ejercicio de la facultad de control de las comunicaciones por parte de las autoridades legalmente competentes.

De esta manera, a nivel comparado existen diversas posibilidades para regular los alcances y restricciones al secreto de las comunicaciones. La regla más frecuente es aquella que solo autoriza al juez a disponer una interceptación, aunque existen opciones distintas. Asimismo, hay ordenamientos que desarrollan este derecho en una ley especial; en cambio, otros disponen que debe estar regulado en un Código de Procedimientos Penales.

A nuestro juicio, lo más aconsejable es que esta regulación se lleve a cabo en el Código Procesal Penal. Y es que dicho Código es el lugar natural para regular las denominadas «medidas instrumentales restrictivas de derechos» (Gimeno Sendra y otros 1999: 421) que permitirán el control de las comunicaciones para contar con datos —y pruebas— destinados a una adecuada investigación del delito.

En el Perú, el artículo 2 inciso 10 de la Constitución reconoce la libertad de las comunicaciones y dispone que el secreto solo puede ser levantado por mandamiento motivado del juez. Es decir, acoge la tesis del «monopolio judicial» de las intervenciones o, en palabras del Tribunal Constitucional, la «garantía de judicialidad» (STC 1058-2004-AA/TC, FJ 22).

3. Alcances del derecho al secreto de las comunicaciones

El artículo 2 inciso 10) de la Constitución reconoce este derecho en los términos siguientes:

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial.

Este derecho cuenta con determinadas características que desarrollaremos a continuación.

a) Contenido. ¿Libertad de las comunicaciones o manifestación del derecho a la intimidad?

Un importante sector de la doctrina lo califica como la libertad de las comunicaciones. Si bien se encuentra ligado a la intimidad (Martínez de Pisón Cavero 1993: 128), a nuestro juicio, se trata de un derecho distinto. En efecto, como

anota Balaguer Callejón (1995: 13): «En cualquier caso, intimidad y secreto de las comunicaciones no son términos equivalentes. El secreto de las comunicaciones puede servir como instrumento de protección de múltiples derechos; propiedad, libertad de empresa, libertad ideológica, etc.». Así también lo ha reconocido el Tribunal Constitucional español en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, cuando sostuvo que «El bien constitucionalmente protegido es así la libertad de las comunicaciones [...]» y lo admite la doctrina:

El bien constitucionalmente protegido es, pues, el derecho de los titulares a mantener el carácter reservado de una información privada o, lo que es lo mismo, a que ningún tercero pueda intervenir en el proceso de comunicación y conocer de la idea, pensamiento o noticia transmitida. (Gimeno Sendra 2011: 334)

De esta manera, por ejemplo, se vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones si se interceptan los teléfonos celulares del gerente general de una empresa privada con la finalidad de averiguar cuáles serán las próximas inversiones que realizará en el mercado bursátil. En tal supuesto no habría afectación alguna al derecho a la intimidad, pero sí al secreto de las comunicaciones.

Sin embargo, el artículo 16 del Código Civil parecería vincularlo exclusivamente con el derecho a la intimidad, al señalar que: «La correspondencia epistolar, las comunicaciones de cualquier género o las grabaciones de la voz, cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar, no pueden ser interceptadas o divulgadas sin el asentimiento del autor y, en su caso, del destinatario». Así lo han afirmado algunos autores al indicar que «el artículo 16 del Código Civil de 1984, es una proyección del derecho a la vida privada» (Morales Godo 2003: 169).

Situación similar se presenta en el sistema interamericano, pues como lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso *Escher y otros vs. Brasil*, Sentencia de 06 de julio de 2009, párrafo 114, «[...] aunque las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11 de la Convención, se trata de una forma de comunicación incluida dentro del ámbito de protección de la vida privada. El artículo 11 protege las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla». Es decir, lo vincula con la vida privada pero le reconoce mayores alcances.

Similar equivocación fue asumida inicialmente por el Tribunal Constitucional al señalar que «El amplio derecho fundamental a la vida privada permite garantizar

que la comunicación entre particulares, sea mediante llamada telefónica, correo —clásico o electrónico— o nota entre particulares, no pueda ser objeto de conocimiento de terceros o de la interrupción de su curso» (STC 0774-2005-HC/TC, FJ 24).

Cabe indicar que el artículo 2 inciso 10) de la Constitución protege el secreto de las comunicaciones,¹ mas no el «secreto de las conversaciones» (Martín Morales 1995: 46). Es decir, si un tercero graba una conversación realizada en una casa sin autorización alguna, no estaremos ante una afectación al citado derecho, sino ante la vulneración de otros derechos fundamentales. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha sostenido en la STC 2863-2002-AA/TC, FJ 3 que «[...] el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados tiene eficacia *erga omnes*, es decir, garantiza su no penetración y conocimiento por terceros, sean estos órganos públicos o particulares, ajenos al proceso de comunicación».

b) Titularidad

Los titulares de este derecho son las personas que se comunican, es decir, aquellos que intervienen en el proceso de comunicación, ya sean personas naturales o jurídicas. Aunque, en este último caso, en un «sentido figurado» pues obviamente quienes se comunican son personas físicas (Díaz Revorio 2007: 161). En consecuencia, este derecho se opone a los terceros, que pueden ser particulares —*v.g.* empresas privadas que realizan interceptaciones ilegales— o entidades públicas —*v.g.* servicios de inteligencia—, mas no a quienes intervienen en el proceso mismo de la comunicación.

En efecto, si una persona graba la conversación telefónica que tiene con otra sin autorización de ella, no estaremos en presencia de una afectación del derecho al secreto de las comunicaciones, sino posiblemente de una vulneración de otros derechos dependiendo del caso concreto; por ejemplo, podría vulnerarse el derecho a la intimidad. En este sentido, el TC español en la STC 114/1984 precisó que este derecho «no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma protegida» (Martín Morales 1995: 46).

¹ El artículo 2 inciso 1) de la ley 27697, que otorga facultad al fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en casos excepcionales, señala que «se entiende por «comunicación» a cualquier forma de transmisión del contenido del pensamiento, o de una forma objetivada de este, por cualquier medio».

Además, se considera que no solo se protege el contenido del derecho sino incluso:

[...] los aspectos del proceso de comunicación que no sean notorios a terceros deben quedar también protegidos [...], de suerte que, por ejemplo, sería inconstitucional la ley que autorizase la utilización, sin resolución judicial, de aparatos técnicos que, sin captar el contenido de lo comunicado, registren los números marcados en un concreto teléfono, o la hora y duración de las llamadas, salvo que medie consentimiento (Martín Morales 1995: 75).

Criterio similar ha sido compartido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Escher y otros *vs.* Brasil al precisar que:

114. [...] el artículo 11 se aplica a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido e incluso, puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones.

c) **Carácter formal**

Se trata de un derecho formal, es decir, no interesa cuál sea el contenido de la comunicación que se transmite ni lo que se mantiene en secreto. En otras palabras, este derecho comprende toda la comunicación con independencia de cuál sea su contenido. De ahí que suela ser calificado como una garantía formal.

Así lo interpretó el Tribunal Constitucional español en la STC 114/1984 cuando consideró que «el concepto de secreto en el artículo 18.3 tiene un carácter formal, en el sentido de que 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». Del mismo modo lo ha entendido nuestro Tribunal Constitucional al precisar en la STC 2863-2002-AA/TC, FJ 3 que:

El concepto de «secreto» e «inviolabilidad» de las comunicaciones y documentos privados, [...], comprende a la comunicación misma, sea cual fuere su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. De manera que se conculca el derecho tanto cuando se produce una interceptación de las comunicaciones, es decir, cuando se aprehende la comunicación

dirigida a terceros, como cuando se accede al conocimiento de lo comunicado, sin encontrarse autorizado para ello.

d) Límites, desarrollo legal y colisión con otros derechos

No se trata de un derecho absoluto. La Constitución señala que puede ser limitado por mandamiento motivado del juez con las garantías previstas en la ley. En nuestro país, el Código Procesal Penal es la ley en la cual se deberían desarrollar tales garantías. Sin embargo, el referido Código a la fecha de culminación del presente artículo no está en plena vigencia en todo el país, pues se ha optado por un sistema de vigencia progresiva. Con anterioridad, el 12 de abril de 2002, se publicó una ley especial, la ley 27697, que otorga facultades al fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en casos excepcionales,² actualmente vigente, y que regula estos aspectos.

Además, habría que tomar en cuenta su posible relación con otros derechos, como por ejemplo el derecho al secreto profesional, reconocido por el artículo 2 inciso 18) de la Constitución. Así por ejemplo, si un periodista está comunicándose con su fuente de información ¿podrá permitirse la intervención judicial de esa comunicación o el periodista podrá oponerse argumentando el secreto profesional para que no se conozca a su fuente de información?, o por ejemplo, ¿podrá llevarse a cabo una interceptación judicial que permita obtener una confesión que está negada por la Constitución y los tratados sobre derechos humanos? En definitiva, se debe de tratar de compatibilizar el derecho a la libre comunicación y su posible limitación con otros derechos constitucionales como sucede, por ejemplo, con el secreto profesional o con el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, reconocido por el artículo 8, 2, g) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

A nuestro juicio, en caso de conflicto de derechos debe aplicarse, sin duda, un test de ponderación. Así por ejemplo, si se considera que la interceptación de alguna manera permite que alguien admita su culpabilidad, se presentaría una colisión con tal derecho pues de acuerdo con la Constitución (artículo 3) y, es-

² Durante el régimen del ingeniero Fujimori, la entonces presidenta de la Comisión de Defensa Nacional, Orden Interno e Inteligencia, Martha Chávez Cossío que tuvo a su cargo la investigación de los actos de espionaje telefónico denunciado en 1997, el 27 de setiembre de 1999, presentó el proyecto de ley 5245/99-CR «Ley que regula las condiciones, procedimiento y garantías para la incautación, interceptación e intervención de las comunicaciones, telecomunicaciones y sus instrumentos». El referido proyecto no llegó a aprobarse y su presentación solo tuvo una finalidad política, propia de un régimen en el que imperaba la interceptación de las comunicaciones.

pecíficamente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo (artículo 8, 2, g). Lo mismo sucederá para determinar el posible empleo en un proceso de la denominada «prueba ilícita». Como precisa Reynaldo Bustamante, si bien existen diversas tesis u opiniones sobre el particular, se trata en realidad de un conflicto entre bienes o derechos que debe ser resuelto (Bustamante Alarcón 2011: 416).

e) Protección procesal

En la medida que se trata de un derecho fundamental se encuentra protegido por el proceso de amparo, que en el Perú en estos casos ha tenido un escaso desarrollo jurisprudencial, tal como lo desarrollaremos en líneas posteriores.

De otro lado, de producirse una intervención de las comunicaciones al margen de lo previsto por la Constitución, ella no solo constituiría un delito sancionado por el Código Penal (artículos 161 a 164) sino que además carecería de efecto legal por expresa declaración constitucional, tal como lo precisa el tercer párrafo del artículo 2 inciso 10) de la Constitución.

De esta manera, en términos generales, «La interceptación practicada como mera vía de hecho y también aquella que, aun judicialmente acordada, sea más tarde declarada nula carecerá, pues, de todo efecto, no pudiéndose en particular, reconocer valor probatorio alguno a los datos que a su través hayan podido obtenerse» (Jiménez Campo 1987: 75).

4. Restricciones legítimas: la orden judicial

Es evidente que una orden judicial permitiría una interceptación de las comunicaciones. Sin embargo, resulta fundamental referirnos a las garantías que ella debe reunir para que pueda ser considerada legítima.

a) Distinciones según el medio utilizado y los modos de control

Tal como lo hace el Código Procesal Penal (artículos 226 a 231) puede diferenciarse el control de la correspondencia (cartas, faxes, etcétera) del control de las comunicaciones telefónicas, radiales y similares. Asimismo, conforme lo señala la Constitución, las medidas adoptadas pueden ser la apertura, incautación, interceptación o intervención.

Al respecto, hay que tomar en cuenta que para algunos autores, como Ortells Ramos, es conveniente diferenciar la «intervención» de la «observación» de las

comunicaciones. En este sentido se afirma que la primera permite tomar conocimiento de su contenido, mientras que la segunda se circunscribe a constatar que ella «se produce, cuándo se produce y entre qué personas (o números de teléfono o direcciones postales), pero sin poderse tomar conocimiento de su contenido» (Ortell Ramos 1991: 183).

b) Etapas en la intervención judicial

En principio, se pueden distinguir tres etapas. La primera se presenta cuando se produce la decisión del juez que autoriza la interceptación de una comunicación. Un segundo momento es aquel que se presenta cuando la misma se realiza; y, finalmente, un tercer momento consiste en el control posterior a fin de evitar posibles abusos. Estos tres momentos son claves, aunque no en todos los supuestos indicados la intervención judicial es de la misma intensidad. En efecto, nadie discute que la orden debe provenir de un juez, pero ¿quién la debe practicar? ¿el mismo juez, el fiscal, la policía o funcionarios del Ministerio del Interior?

La acertada propuesta planteada en el Código Procesal Penal (artículo 227), es que el fiscal sea el responsable de su ejecución, al señalar que «Recabada la autorización, el Fiscal —por sí o encargando su ejecución a un funcionario de la Fiscalía o un efectivo policial— realizará inmediatamente la diligencia de interceptación e incautación». Así también lo señala el artículo 3 de la ley 27697 al precisar que «corresponde al Ministerio Público realizar la intervención a que se refiere la presente Ley, contando siempre para el efecto con la autorización del Juez competente».

Finalmente, el tercer momento se presenta para garantizar un control posterior pues el juez siempre debe estar verificando que la orden dictada se lleve a cabo conforme él lo dispuso. Y es que no puede admitirse que una vez dictada la orden, el juez se cruce de brazos y se abstenga de controlar.

c) Tipo de procesos y de delitos en los cuales procede una orden judicial

Es común en el Derecho comparado asumir que la afectación de este derecho se produce en el marco de un proceso penal cuando hay una investigación en curso respecto a un delito grave. Por esa razón es que en muchos países se regula en los códigos procesales penales.

En esta dirección, por ejemplo, el artículo 230 del Código Procesal Penal peruano señala que tal medida solo será posible en las investigaciones que se relacionen con delitos sancionados con pena privativa de libertad superior a los cuatro años.

En efecto, el citado dispositivo señala que «El Fiscal, cuando existan suficientes elementos de convicción para considerar la comisión de un delito sancionado con pena superior a los cuatro años de privación de libertad y la intervención sea absolutamente necesaria para proseguir las investigaciones, podrá solicitar al Juez de la Investigación Preparatoria la intervención y grabación de comunicaciones telefónicas, radiales o de otras formas de comunicación».

En cambio, el artículo 1 de la ley 27697 detalla los delitos en los cuales procede que el juez disponga una interceptación de las comunicaciones.³

d) Momento en el cual se dicta la orden judicial

¿Se puede autorizar la interceptación de una comunicación luego que esta ya ha sido ejecutada? Es decir, ¿puede convalidarse judicialmente luego de llevarse a cabo?

A nuestro juicio, en el modelo adoptado por la Constitución de 1993 solo encuentra sustento una decisión judicial previa a la intervención. Por ello, el Código Procesal Penal no contempla este supuesto, a diferencia de la legislación argentina, pues como señala César San Martín (2011: 370): «los jueces tienen el monopolio de autorizar la adopción de interceptación de las comunicaciones». Habrá que plantear mecanismos procesales ágiles para los casos de urgencia. Sin embargo, la Constitución es muy clara al señalar que solo puede llevarse a cabo en virtud de un mandato judicial.

³ El citado dispositivo señala que:

«Sólo podrá hacerse uso de la facultad prevista en la presente Ley en los siguientes delitos:

- Secuestro
- Trata de personas
- Pornografía infantil
- Robo agravado
- Extorsión
- Tráfico ilícito de drogas
- Tráfico ilícito de migrantes
- Asociación ilícita para delinquir
- Delitos contra la humanidad
- atentados contra la seguridad nacional y traición a la patria
- Peculado
- Corrupción de funcionarios
- Terrorismo
- Delitos tributarios y aduaneros
- Lavado de activos
- Otros delitos, cuando existan suficientes elementos de convicción que permitan prever que el agente forma parte de una organización criminal».

e) Contenido de la orden judicial que dispone la interceptación de las comunicaciones

Si uno analiza literalmente la Constitución, solamente aprecia que se refiere a la inviolabilidad de las comunicaciones y dispone que ellas puedan ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas por mandato judicial. No obstante, cuando se interpreta una norma constitucional, esta no puede efectuarse de manera aislada sino integrando valores, derechos y principios constitucionales, como por ejemplo, los de seguridad jurídica, debido proceso y proporcionalidad.

Estos principios deben orientar al legislador al momento de desarrollar los presupuestos para que un juez pueda intervenir una comunicación. Por ello, en el Derecho comparado se dispone que la resolución de intervención debe expresar en términos muy concretos, cuál es el objeto y la finalidad de la medida. Es decir, para qué se dicta, cuáles son los sujetos afectados, cuáles son los medios de comunicación que se están afectando y el plazo de ella, así como si se trata de una interceptación o de una observación.

De esta manera, como primer dato se deben precisar los alcances de la afectación pues como toda restricción a derechos tiene que ser muy precisa. Así, debería indicarse el objeto material a intervenir indicando si se afecta al emisor, al receptor o a ambos, así como la forma de ejecutar dicha medida y el plazo correspondiente (Gómez Colomer 1999: 218). En este sentido, el artículo 230 inciso 3) del Código Procesal Penal dispone que «la resolución judicial que la acuerde, deberá indicar el nombre y dirección del afectado por la medida, así como, de ser posible, la identidad del teléfono u otro medio de comunicación o telecomunicación a intervenir y grabar o registrar. También indicará la forma de la interceptación, su alcance y su duración, al igual que la autoridad o funcionario, policial o de la propia Fiscalía, que se encargará de la diligencia de interceptación y grabación o registro». De manera similar lo dispone la ley 27697.

En segundo lugar, debe tratarse de una resolución judicial motivada. En algunos países se ha planteado la discusión, por ejemplo en Italia, sobre la posibilidad de dictar una autorización judicial verbal, pues debido a la urgencia no podría dictarse una orden escrita. Esto se ha cuestionado porque algunos afirman que no es tan difícil motivar una resolución —así esta fuese oral— para disponer la afectación de un derecho fundamental. En todo caso, con independencia del tema planteado, la resolución debe ser motivada no solo porque la Constitución lo dice expresamente, sino porque ello constituye una garantía básica del debido proceso.

En tercer lugar, la resolución debe referirse al delito concreto. Como ya se ha mencionado, se trata de delitos con pena privativa de la libertad superior a los cuatro años o aquellos delitos a los que se refiere la ley 27697. El elemento gravedad debe ir de la mano del legislador para regular los supuestos en los cuales cabe una posibilidad de este tipo.

En cuarto lugar, la aplicación del principio de proporcionalidad resulta fundamental porque se trata de una restricción a un derecho fundamental. Como lo ha indicado la jurisprudencia española: «la proporcionalidad supone que exista un correlato entre la medida, su duración y su extensión y las circunstancias del caso, especialmente la naturaleza del delito, su gravedad y su propia trascendencia social» (Rives Seva 1998: 339). En esta dirección, el artículo 226 inciso 2) del Código Procesal Penal dispone que «La orden judicial se instará cuando su obtención sea indispensable para el debido esclarecimiento de los hechos investigados».

De esta manera, el juez debe acreditar que la medida de interceptación de una comunicación permite enfrentar un delito que cuenta con una pena privativa de la libertad superior a los cuatro años o que se encuentra dentro de la relación de delitos graves prevista por la ley 27697. Así, por ejemplo, se puede conceder una orden de este tipo cuando existan elementos suficientes para creer que una persona ha cometido, está cometiendo o está a punto de cometer un delito, que la información que se obtenga a través de la investigación sea determinante para ello, que los procedimientos normales de investigación no sean suficientes, entre otros aspectos. Es decir, que se necesita esa medida porque los demás procedimientos no permiten arribar a una adecuada convicción sobre el tema que se viene investigando.

Por tanto, el criterio de proporcionalidad, cuyo rango constitucional surge de lo dispuesto por el artículo 2 inciso 7) y el artículo 200 de la Constitución, es un elemento clave para entender que esta medida solo puede concederse cuando sea estrictamente necesario.

f) Su estrecha vinculación con el debido proceso

Hemos indicado que los derechos constitucionales se relacionan y eventualmente pueden entrar en colisión con el derecho al secreto de las comunicaciones. En este sentido, ¿cómo se vincula con el debido proceso? El tema se plantea ante la posible duda sobre si se requiere notificar a la persona cuya comunicación va a ser interceptada para que previamente haga uso de su derecho de defensa.

Es evidente que una lectura de la Constitución que interprete ambos derechos autoriza que la notificación no sea previa, pues de ser así se frustraría el sentido de la investigación. En estos casos, la notificación —sin duda— debe ser posterior. Así también lo dispone el artículo 226 inciso 2) del Código Procesal Penal al señalar que se trata de una «medida, estrictamente reservada y sin conocimiento del afectado».

5. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional no ha tenido una intensa producción jurisprudencial en esta materia. Han sido escasos los procesos que ha conocido y en los cuales ha podido precisar los alcances del derecho al secreto de las comunicaciones. Examinaremos los casos más relevantes.

a) **Relaciones laborales: la STC 1058-2004-AA/TC, del 18 de agosto de 2004 y la STC 04224-2009-PA/TC, del 19 de julio de 2011**

Un primer caso se presentó con motivo del despido de un trabajador de la empresa Serpost a quien se había descubierto que enviaba correos electrónicos con contenido pornográfico. La manera como se procedió a descubrir dichos correos electrónicos motivó el cuestionamiento del TC, pues fue personal de la Subgerencia de Recursos Humanos de Serpost quien ingresó a verlos sin autorización del trabajador. El TC declaró fundada la demanda y dispuso la reposición del trabajador pues consideró que:

22. La demandada, por otra parte, tampoco ha tenido en cuenta que en la forma como ha obtenido los elementos presuntamente incriminatorios, no solo ha vulnerado la reserva de las comunicaciones y la garantía de judicialidad, sino que ha convertido en inválidos dichos elementos. En efecto, conforme lo establece la última parte del artículo 2°, inciso 10), de la Constitución, los documentos privados obtenidos con violación de los preceptos anteriormente señalados, no tienen efecto legal. Ello, de momento, supone que por la forma como se han recabado los mensajes que han sido utilizados en el cuestionado proceso administrativo, su valor probatorio carece de todo efecto jurídico, siendo, por tanto, nulo el acto de despido en el que dicho proceso ha culminado.

De esta manera, se garantizó la vigencia del derecho al secreto de las comunicaciones en el ámbito de las relaciones laborales y se anuló el acto de despido efectuado sobre la base de una prueba ilícita. Una situación similar se presentó en la STC 04224-2009-PA/TC. En tal ocasión, el TC consideró que de «la carta de despido

se desprende que la emplazada usó los correos electrónicos de cuentas privadas para imputar falta grave, los mismos que, según la Constitución, carecerían de validez si se obtuvieron vulnerando el procedimiento respectivo, por ser medios de prueba que habrían sido obtenidos ilícitamente».

b) La vida militar: la STC 03901-2007-AA/TC, del 28 de setiembre de 2009

Un segundo caso se presentó cuando una alumna de la Escuela Militar de Chorrillos interpuso una demanda de amparo contra la resolución administrativa que la separaba en forma definitiva, sustentada en la aplicación de una supuesta falta disciplinaria que consistía en haber mantenido relaciones amorosas y sexuales, fuera de la Escuela, con otro cadete.

El TC declaró fundada la demanda y dispuso su reincorporación pues consideró que la forma como se había obtenido información procedente del celular de la demandante fue inconstitucional. Dicho celular había sido retenido porque existía una norma interna que no permitía portar celulares en la Escuela. El capitán que recomendó la sanción se dio cuenta de esta «falta disciplinaria» pues se percató del ingreso de un mensaje de texto que decidió leer. Así se pudo enterar de la existencia de diversos mensajes de texto que fueron la «prueba» de la falta imputada. Sobre el particular, el TC consideró que:

30. En el presente caso, el inicio de la investigación disciplinaria a la que fue sometida la recurrente, se ha basado en una indebida invasión de su correspondencia, donde no ha mediado el mandato proveniente de autoridad judicial y donde incluso se ha ido más allá de la supuesta prohibición alegada por la demandada, que aún en el caso de aceptarse como cierta, sólo autorizaba a la retención (no a la incautación) del aparato celular, mas no así a la revisión de sus contenidos. El efecto práctico de tal situación es el de haber convertido en irremediablemente nulos los presuntos elementos probatorios en los que tal investigación pretendió sustentarse.

Siguiendo un criterio similar al caso anterior, el TC no le reconoció valor a una «prueba» obtenida ilícitamente y dispuso que la alumna retorne a su centro de estudios.

c) Los «petroaudios»: la STC 0655-2010-PHC/TC, del 27 de octubre de 2010

Un último caso tuvo gran impacto en los medios de comunicación. Se trataba de un proceso de hábeas corpus iniciado por la esposa de Alberto Quimper contra la resolución del juez que dispuso el inicio de un proceso penal por los conocidos como «petroaudios». La demandante pretendía que se anulara dicha

resolución pues consideraba que no podía iniciarse un proceso penal sobre la base de comunicaciones interceptadas. El TC, en su parte resolutive, declaró «improcedente» la demanda pues afirmó —correctamente— que era prematuro resolver el cuestionamiento formulado dado que el proceso penal se encontraba en trámite.

Sin embargo, un considerando de dicha sentencia —el fundamento 23— introdujo la prohibición absoluta a los medios de comunicación para difundir interceptaciones de conversaciones telefónicas, salvo que contaran con la autorización de los interlocutores grabados o una orden judicial que lo permitiera, bajo responsabilidad de ser denunciados penalmente.

23. En concordancia con ello, debe recordarse que el inciso 10) del artículo 2° de la Constitución dispone que las «comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley».

Por esta razón, los medios de comunicación social se encuentran prohibidos de divulgar o difundir interceptaciones y grabaciones de conversaciones telefónicas, salvo que exista la autorización de los interlocutores grabados para que sea conocida por terceros o un mandamiento judicial motivado que permita su difusión por ser de interés público, bajo responsabilidad de ser denunciados penalmente.

El citado fundamento 23 del TC se salía del caso concreto, y estableció una prohibición a los medios de comunicación que, obviamente, no habían participado en dicho proceso. Se trataba de una suerte de censura previa (Alcócer Povis 2011: 362). Recordemos que la controversia se circunscribía a cuestionar una decisión judicial que daba inicio a un proceso penal. Además, afirmaba que la divulgación por parte de un medio generaba responsabilidad penal. Ello no es cierto. El Código Penal no sanciona a los periodistas que divulguen una información de interés público, así provenga de un «petroaudio». El Código sanciona a quienes interceptan las comunicaciones (artículo 162). Por ello, luego de la difusión de los audios de la entonces candidata a la Alcaldía de Lima, Lourdes Flores, en las elecciones municipales realizadas el año 2010, los congresistas Bedoya (Proyecto 4362/2010-CR) y Menchola (Proyecto 4376/2010-CR) presentaron sendos proyectos de ley para tipificar como delito tales conductas, y reconocían así que se trataba de conductas despenalizadas. Es decir, fue un exceso introducir dicha prohibición en una sentencia de improcedencia que al final terminaba apareciendo como una suerte de censura encubierta.

Este argumento fue inicialmente suscrito por cinco de los siete magistrados, pues dos no lo compartían. Sin embargo, días después otros dos magistrados manifestaron su oposición, y ratificaron que la mayoría del TC estaba en contra de dicha prohibición y que esta carecía de efecto vinculante. Debido a los intensos cuestionamientos a lo afirmado por el TC, este tuvo que emitir una resolución aclaratoria en la que precisó los alcances de su sentencia, dado que la mayoría —cuatro magistrados— no compartía tales afirmaciones.

4. Que en relación a la interceptación de las telecomunicaciones y su divulgación por los medios de comunicación, está prohibida la difusión de información que afecte la intimidad personal o familiar, o la vida privada del interceptado o terceras personas, salvo que ella sea de interés o relevancia pública, lo que debe ser determinado en cada caso por el propio medio de comunicación. En caso de exceso tanto el periodista, como los editores y/o los propietarios de los medios de comunicación, serán responsables por tales excesos, según lo determine la autoridad competente.

5. Que los medios de comunicación social han entendido el fundamento 23 de la sentencia de autos como si se tratara de una censura previa. Con la finalidad de que dicho fundamento no sea malinterpretado, corresponde precisar, de oficio, que lo que debe ser sancionable es la conducta de quienes promueven, instigan o participan en la interceptación de las telecomunicaciones, aun cuando sean periodistas, medios o empresas dedicados a las telecomunicaciones. No debe olvidarse que la propia Constitución establece en el artículo 2.10° que «Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley.

Lo sucedido con esta sentencia nos deja varias lecciones. Por un lado, que las decisiones del TC no pueden generar una situación de inseguridad e inestabilidad pues lo dispuesto por una sentencia no puede variar de un momento a otro. De otro lado, dejó en claro la relevancia de la libertad de expresión y la prohibición de todo tipo de censura previa. Ello resulta fundamental para la vigencia de un Estado democrático en el país.

6. Reflexiones finales

- a) La libertad de las comunicaciones y el derecho al secreto reconocido por el artículo 2 inciso 10) de la Constitución solo puede ser restringida en virtud de un mandato judicial. Todas aquellas actuaciones realizadas al margen de este presupuesto resultan inconstitucionales.

- b) Han sido pocos los casos llegados al Tribunal Constitucional en los cuales dicho órgano de defensa de la Constitución ha podido precisar los alcances de este derecho. Es más, en un caso reciente dictó una sentencia (STC 0655-2010-PHC/TC) que motivó un intenso y público cuestionamiento que lo obligó a aclarar lo que había resuelto.
- c) La regulación legal de la libertad de las comunicaciones y de su posible limitación a partir de un mandato judicial ha sido prevista en el nuevo Código Procesal Penal que aún no se aplica en todo el país. A nuestro juicio, el Código Procesal Penal es el lugar natural para la regulación de una medida restrictiva de derechos que facilite la adecuada investigación de los delitos y que precise los requisitos para que la orden judicial sea respetuosa de los principios de razonabilidad y proporcionalidad. No obstante, en la actualidad existe una norma especial, la ley 27697, que otorga facultad al fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en casos excepcionales. Se hace preciso compatibilizar ambas disposiciones legales.
- d) Finalmente, es indispensable una clara voluntad política que garantice la plena vigencia de este derecho fundamental para así evitar volver a lo sucedido durante la década de 1990. Uno de los últimos retos es lograr que la investigación de los denominados «petroaudios», que motivaron la caída de uno de los gabinetes del expresidente García, permita alcanzar la verdad y sancionar a los responsables. De lo contrario, solo estaremos ante esfuerzos parciales que no solucionarán los problemas producidos por la interceptación de las comunicaciones que han erosionado la institucionalidad democrática en nuestro país.

Referencias

- Alcócer Povich, Eduardo. (2011). El caso Quimper: comentarios a la STC EXP. N° 0655-2010-PHC/TC. Análisis desde una perspectiva penal. *Gaceta Penal y Procesal Penal*, 19: 357-365.
- Balaguer Callejón, Francisco. (1995). Prólogo al libro de Ricardo Martín Morales *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*. Madrid: Civitas.
- Bustamante Alarcón, Reynaldo. (2011). El problema de la prueba ilícita. En Giovanni F. Priori Posada (editor). *Proceso y Constitución*. Lima: ARA Editores.

- Díaz Revorio, Javier. (2007). El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. *Derecho PUCP*, 59: 159-176.
- Gimeno Sendra, Vicente. (2011). «La intervención de las comunicaciones». En Giovanni F. Priori Posada (editor). *Proceso y Constitución*. Lima: ARA Editores.
- Gimeno Sendra, Vicente y otros. (1990). *Derecho Procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch, Tomo II.
- Gómez Colomer, Juan-Luis. (1999). La intervención judicial de las comunicaciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia. En *El proceso penal en el Estado de Derecho. Diez estudios doctrinales*. Lima: Palestra Editores.
- Jiménez Campo, Javier. (1987). La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 20: 42 y ss. Madrid: CEC.
- Martín Morales, Ricardo. (1995). *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*. Madrid: Civitas.
- Martínez de Pisón Cavero, José María. (1993). *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Civitas.
- Morales Godo, Juan. (2003). Control de la divulgación de la correspondencia epistolar, grabaciones de la voz y otras de cualquier género. En *Código Civil Comentado*, Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.
- Ortells Ramos, Manuel y otros. (1991). *Derecho Jurisdiccional*. Tomo III: Proceso penal. Barcelona: Bosch.
- Rives Seva, Antonio Pablo. (1998). *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*. Tercera edición. Madrid: Aranzadi.
- Rives Seva, Antonio Pablo. (2000). *La intervención de las comunicaciones en la jurisprudencia penal*. Navarra: Aranzadi.
- San Martín Castro, César. (1999). *Derecho Procesal Penal*. Volumen I. Lima: Grijley.
- San Martín Castro, César. (2011). La intervención de las comunicaciones telefónicas en el ordenamiento peruano. En Giovanni F. Priori Posada (editor). *Proceso y Constitución*. Lima: ARA Editores.