

# INCONSTITUCIONALIDAD DE LA INTERVENCION TELEFONICA

## **I**. INTRODUCCION:

La intimidad es un presupuesto de la libertad personal, es el ámbito físico y espiritual que el sujeto requiere para desarrollarse como persona. Al configurarse como uno de los presupuestos de la libertad personal, la intimidad adquiere características propias de los Derechos Humanos y es por ello que es necesaria e inescindible del hombre.

Se trata de un ámbito personal reservado al propio sujeto y que es ajeno al conocimiento público. La violación a este derecho, y el cercenamiento a esta libertad se materializa con la publicación, anuncio, o bien la puesta en conocimiento de elementos propios de la esfera privada del sujeto.

La intervención telefónica es uno de los medios de prueba previstos en los códigos de forma y uno de los modos más comunes e institucionalizados de violación del derecho a la intimidad. Así, encontramos que en el artículo 229 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, se prevé la intervención de comunicaciones telefónicas del imputado “*cuando existan motivos que lo justifiquen*”. Por otro lado, en el plano nacional, del artículo 236 del Código Procesal Penal emana tal posibilidad pero, como muestra de sus rasgos inquisitivos, no lo ciñe a la existencia de motivos que lo justifiquen sino que lo deja librado a la voluntad del Juez.

Es por ello, que mediante este trabajo intentare dilucidar la inconstitucionalidad de tal medio de prueba.

## **II. INTIMIDAD VS. INVESTIGACION:**

Intervenir una comunicación es tomar conocimiento de su contenido, es inmiscuirse dentro del ámbito de intimidad y reserva del individuo. El derecho a la intimidad tiene rango constitucional pues del artículo 19 de la Ley Fundamental, surge que *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados...”*. Igual tratamiento le otorgan los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados con rango constitucional a la Constitución mediante la puerta abierta por el artículo 75 inc. 22 de ese cuerpo legal. De aquí emana la imposibilidad de la intervención jurisdiccional respecto de los actos privados. No obstante este perfecto presupuesto de la Constitución Nacional, los códigos procesales abren una brecha, no cumpliendo con el principio emanado del artículo 31 de la misma Constitución, permiten que la justicia penetre en el ámbito personal de los individuos por un medio coercitivo que tiene la finalidad de “descubrir” un delito; es decir que la propia intimidad del imputado es utilizada como medio de prueba.

Siguiendo este orden de ideas, la Ley de Telecomunicaciones (Ley 19.798), en su artículo 18 prevé la inviolabilidad de las comunicaciones, pero la excepción a esta regla es que autoriza la interceptación cuando lo requiere un Juez competente.

La Doctrina procesalista, ha entendido que tal facultad otorgada a los jueces es razonable teniendo en cuenta diferentes requisitos como por ejemplo:

- **Necesidad** de su implementación como también la de cada una de sus prorrogas,
- **Proporcionalidad** entre la restricción a la privacidad y a la necesidad de la medida,
- **Justificación autónoma** como garantía de su razonabilidad,
- **Motivación** como presupuesto de validez, y porque la restricción a un derecho constitucional exige la existencia de indicios constatables objetivamente,
- **Limitación** de la restricción en el tiempo, pues sino sería abusiva,
- **Oportunidad**, pues la medida debe ser dictada por la autoridad judicial con antelación aunque pueden existir circunstancias de urgencia que convaliden actuar pudiendo el Juez posteriormente mantener o hacer cesar la medida.<sup>1</sup>

En la legislación comparada, precisamente en España, el Código Penal contempla la tipificación de la colocación ilegal de las escuchas telefónicas cuando son realizadas por un particular y cuando el sujeto activo es un funcionario. Es, un delito que solo admite la forma dolosa y que se consuma con la producción de la intervención de la conversación. Es decir que en dicho ordenamiento se prevé la posibilidad de que el funcionario actúe excesivamente o bien, sin autorización adecuada.

---

<sup>1</sup> Iris Oldano, “Escuchas Telefónicas” publicado en J.A. 1999 – IV, Pág. 682.-

Aceptando en principio la posibilidad de las intervenciones telefónicas, tenemos que tener en cuenta que el damnificado puede no enterarse nunca de que su derecho a la intimidad ha sido o es cercenado, violentado, es por ello que se entiende que al concluir la medida, se debe notificar al destinatario, pero ¿Qué fundamento tiene tal comunicación cuando el derecho constitucional ya ha sido violado por el propio Estado que es el principal protector de los mismos? Los fundamentos utilizados por la doctrina procesalista entiende que tal comunicación se realiza para que el imputado pueda, con posterioridad, tomar conocimiento de las razones que la motivaron y, en su caso, acceder a la interposición del recurso. Sin embargo, tales fundamentos no resultan del todo convincentes pues sabemos que ante la posible violación de un derecho expresamente contemplado en la Ley Fundamental, los sujetos tienen la posibilidad de interponer un amparo o bien un habeas corpus de carácter preventivo. En este orden de ideas, el Estado, conforme lo prescribe la Convención Americana de los Derechos Humanos en su artículo 1 es el encargado de garantizar el libre ejercicio de los derechos previstos en dicho cuerpo legal, sin discriminación alguna.

Algún sector de la doctrina nacional, entiende que lo que debe prohibirse son las escuchas de carácter “predelictuales”, es decir, aquellas que por azar puedan descubrir algún delito por medio de la medida predispuesta<sup>2</sup>, y efectivamente, coincido completamente con ella, pues la considero mas gravosa que la que estoy tratando en la presente, por considerarla una medida basada en la peligrosidad personal del imputado.

---

<sup>2</sup> Maria J. Lescano “*El derecho a la intimidad y las intervenciones telefónicas*”.

### **III. CLASES:**

Doctrinalmente se han distinguido distintos supuestos de intervención telefónica: a) *Intervención telefónica por orden judicial o administrativa*; b) *grabación de conversaciones telefónicas por terceras personas*; c) *grabación de la conversación por uno de los interlocutores*. Frente a los dos últimos supuestos, jurisprudencialmente<sup>3</sup>, no se han admitido las grabaciones de conversaciones telefónicas como medio de prueba presentado por uno de los interlocutores pues no se había comunicado al otro que las mismas eran objeto de grabación. En ese mismo fallo, se registra el comentario de Palacio, quien critica tal criterio pues debe admitirse utilizando analógicamente el criterio adoptado ante las cartas misivas no confidenciales. Parecería que, teniendo en cuenta que lo que estamos violentando con tal medio de prueba es un derecho constitucional, no son aplicables las analogías pues las limitaciones a los mismos son excepcionales.

En coincidencia con el criterio adoptado por Palacio, la Dra. Kemelmajer de Carlucci señala que en la jurisprudencia española, las grabaciones telefónicas hechas por la misma persona que participa de la conversación son fuente de prueba lícita, siempre que no afecten al derecho a la intimidad de su interlocutor. Los tribunales han admitido como fuente de prueba incluso las conversaciones grabadas aunque el detective haya actuado como agente provocador<sup>4</sup>, lo que a mi entender, estaríamos rozando la prueba ilegal.

### **IV. CONCLUSIONES:**

---

<sup>3</sup> Cámara Nacional Com. Sala D (18/05/1989) – ED 142 – 608 con nota crítica de Lino Palacio

<sup>4</sup> Kemelmajer de Carlucci “*Las escuchas telefónicas en la experiencia judicial*”

Teniendo en cuenta el carácter constitucional de la intimidad y que la preservación de las esferas privadas del individuo también son una tarea propia del Estado, puedo concluir que el mentado derecho no tiene un carácter relativo, como lo son todos los derechos, puesto que nos encontramos en un marco tan privado que no afecta a terceros y tampoco al orden y a la moral publicas, configurándose así su carácter absoluto.

En el famoso caso “Ponzetti de Balbín v. Ed. Atlántida” (JA 1985 – I – 513) se reconoció el fundamento constitucional del derecho a la intimidad por proteger, el artículo 19, un ámbito de autonomía individual, constituida por sentimientos, hábitos y costumbres. Agrega además que tales áreas no están destinadas a ser difundidas y no pueden ser vulneradas sin la autorización de su titular, es decir, que sin el consentimiento del titular de la esfera de privacidad, no es legítima ninguna intromisión, lo que infiere que nuestra “intervención telefónica” como medio de prueba, es ilegítima en todos sus posibles casos, pues, como ya he afirmado, no tiene la participación del imputado hasta el momento posterior a su finalización, lo que implica una clara violación a la intimidad.

En este orden de ideas, creo que la intervención telefónica como medio de prueba, es decir como medio para obtener elementos que cooperen para adquirir la certeza necesaria al momento de sentenciar, funciona como un método de prueba ilegal, aplicándosele la conocida doctrina del “Fruto del árbol venenoso o prohibido”.

Concluyendo, entiendo que el mencionado medio probatorio, al ser confrontado con la Constitución Nacional (conformada desde 1994 por un conjunto de tratados internacionales de Derechos Humanos), no consigue un carácter constitucional.