

ACTOS DE INVESTIGACIÓN QUE AFECTAN DERECHOS FUNDAMENTALES SOMETIDOS AL CONTROL DEL JUEZ DE GARANTÍAS



Carlos Barragán Quiróz

Juez de Garantías de la Provincia de Colón

Correo electrónico: barraganjurista@gmail.com

ACTOS DE INVESTIGACIÓN QUE AFECTAN DERECHOS FUNDAMENTALES SOMETIDOS AL CONTROL DEL JUEZ DE GARANTÍAS

(Análisis de los allanamientos y registros de residencia;
incautación e interpretación de datos y correspondencia)

El mayor problema del derecho penal no es un busilis de determinación de conductas y de adecuaciones típicas. Tampoco lo es la deducción de nexos causales ni imputaciones objetivas, sino el dilema de una vez establecida la conducta como sancionable e individualizado su autor, qué hacer con el sujeto agente, si privarlo de libertad o todo lo contrario. Fierro-Méndez. 2004

Sumario

El sistema procesal penal vigente, contiene ciertos filtros cuando se trata de actos de investigación, entre estos tenemos los que requieren un control previo, otros una gestión posterior para su aval y, aquellos que por su naturaleza no necesitan la intervención a priori del Juez de Garantías. Exponemos es una significativa valoración del porqué este control y el sustento jurídico de su momento procesal. Dado lo extenso del tema nos limitaremos a ciertos actos específicos. Oportuno es dejar despejado que lo escrito no es una regla general, tan solo el criterio -que puede variar- de este servidor en base a la norma, la doctrina y la jurisprudencia.

Abstract

The current system of criminal procedure contains certain filters when it comes to investigative acts, among these are those requiring prior control, others a subsequent management for endorsement and those which by their nature do not require the a priori Judge Guarantee. We present a meaningful assessment of why this control and the legal basis of its procedural time. Given the extent of the issue we will just certain specific acts. Opportune is to leave clear that writing is not a general rule, only the criterion which may be varied from this server based on the rule, doctrine and jurisprudence.

Palabras Claves

Juez de Garantías, control constitucional, derecho a la intimidad, incautación de datos o correspondencia, juez de control, derechos fundamentales, juez constitucional.



Keywords

Guarantee Judge, constitutional control right to privacy, fundamental rights, seizure of data and / or correspondence.

Entre las diligencias investigativas que lleva a cabo la Policía Nacional o el Ministerio Público, tenemos los allanamientos a residencias, lugares públicos o privados, buques, naves, aeronaves, entre otros; de igual manera existe una controversia al momento de solicitar la audiencia de control previo de incautación de correspondencia y la audiencia posterior sobre la incautación de datos, dilema que trataremos de resolver a través de jurisprudencia nacional y la extranjera, así como lo que la doctrina ha sentado sobre este tema en particular.

Como se podrá vislumbrar, lo que desarrollamos es el control de las diligencias del ente investigador establecidas en el derecho positivo, sistema procesal penal que está basado en la protección de la dignidad de la persona, velador por el resguardo de los derechos humanos tanto de la víctima como del indiciado, imputado o acusado, es decir, aun cuando los derechos humanos promulgados en los convenios y pactos internacionales ya estaban contemplados en nuestra carta constitucional y leyes infraconstitucionales, lo cierto es que el nuevo sistema maximiza estos derechos, a tal punto que existen situaciones que sólo pueden practicarse con la autorización del llamado Juez constitucional toda vez que llevan inmersa la violación de derechos fundamentales como es el

derecho a la intimidad o la privacidad, protección constitucional que puede ser interrumpida o declarada legal en casos claramente específicos o de urgencia.

Así entonces, el allanar una residencia, oficina pública o empresa privada, incluso buques, container, incautar correspondencia, datos, interceptar y grabar conversaciones, incautar correos electrónicos, u ordenar intervenciones corporales, constituyen en cualquier momento -sin lugar a dudas- una invasión a la privacidad, la intimidad, en consecuencia a la dignidad de la persona -cualquiera que sea la condición de ésta-, es una intromisión a ese espacio en el cual nadie puede ingresar sin la autorización del titular -la persona-; sin embargo, como ya señalamos estos métodos invasivos pueden ser autorizados por el juez de garantías o juez de control cuando así las circunstancias lo exijan.

Allanamiento a residencias: iniciando con el artículo 293 del Código Procesal Penal, éste puede darse de ser necesario el registro de un lugar habitado o sus dependencias inmediatas -entiéndase esto último como cierto grado de cercanía en sus alrededores-, para dicho registro es menester la autorización del juez de garantías, obviamente mediante una solicitud **-escrita-** realizada previamente por el Ministerio Público.



Lo anterior en base a lo señalado en el artículo 13 del código procesal penal **“Derecho a la intimidad”**¹. El cuerpo, los bienes y las comunicaciones de las personas son inviolables, y solo pueden ser examinados por mandamiento emitido por un Juez de Garantías, previo cumplimiento de las formalidades legales y por motivos definidos, sin perjuicio de las excepciones previstas en este Código.

Si bien es cierto que el artículo 26 de nuestra norma supra legal establece que el domicilio es inviolable, más cierto es que la norma en cuestión autoriza dicha intromisión a la residencia mediante mandato escrito por autoridad competente, en este caso el Juez de Garantías. En estos términos se debe entender por domicilio o residencia lo que el doctrinario BENAVENTE H. (2013) nos dice: “... el concepto de domicilio, en el ámbito constitucional, está vinculado con la noción de morada y la posibilidad que la persona, en la misma, ejerza otros derechos constitucionales conexos y excluya la intromisión de terceros. (Pág. 57)

Desde una visión amplia, el domicilio es aquel espacio en el cual un individuo vive sin estar sujeto -necesariamente- a los usos o costumbre sociales y ejerce su libertad más íntima, más pura. Dicho en otros términos la intimidad en la morada es donde los tabúes, catálogos moralistas, roles sociales, inventos del ser y no del deber ser, desaparecen o sucumben ante la privacidad de la persona, donde esa potestad incalculable e intransferible de la autonomía alcanza el valor máximo sin límites restrictivos.

Retomando el 293, para llevar a cabo dicha diligencia se dispone de un límite o más bien se determina un horario específico, el cual va de seis de la mañana hasta las diez de la noche, salvo que se trate de casos sumamente urgentes, v. gr. evitar la ejecución de un delito por el llamado de auxilio, por la destrucción de evidencias determinantes, entre otros; pero lo que determinará la aprobación o no de dicha diligencia será lo que argumente² el agente de investigación, dicho en otros términos, es el Fiscal quien

¹ **CSJ de Panamá**; 11 de mayo de 2010; Exp. 70-G: “Esta Corporación de Justicia se ha caracterizado por salvaguardar y defender el derecho constitucional del debido proceso y en un Estado de Derecho, es necesario proteger a los particulares de las arbitrariedades que puedan surgir contra el disfrute del derecho a la intimidad y dentro de estos el secreto de las comunicaciones telefónicas. En ese sentido, nuestro país ha suscrito acuerdos y convenios universales de derecho humano reconociéndose el respeto a la vida íntima, personal o familiar, entre los que podemos mencionar, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 12; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 17; el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, artículo 8; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el Capítulo I, artículo 5, en estas convenciones de derechos humanos se ha reconocido que a todo ciudadano le asiste el derecho de ejercer control sobre su vida íntima o privada y que el Estado solamente puede traspasar los límites cumpliendo ciertas formalidades que la ley regula.” De: <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>
De: <https://www.eutanasia.ws/hemeroteca/m121.pdf>

² No pretendo entrar en un debate sobre qué es argumentar; como ya he expuesto en otros momentos, soy del criterio que el argumentar obedece a una interpretación sumamente subjetiva del término. Todos argumentamos durante todo el día en todas nuestras conversaciones, esto es, sustentamos el porqué de nuestro punto de vista, del porqué de nuestra solicitud, por tanto, cuando se dice al solicitante, “este no es el momento para argumentar”, es una frase que aún me resulta confusa debido a que -reitero- toda petición debe contener los hechos y argumentos que demuestren es necesaria, si esto es argumentar y ese no es el momento procesal respectivo, no tengo la menor idea de cómo se haría una solicitud sin explicar sus motivos y establecer la necesidad de ésta. No se puede solicitar la legalidad o ilegalidad de la aprehensión sin argumentos, tampoco la imputación, mucho menos la solicitud de medida cautelar, qué decir de la acusación; como se verá no solo se argumenta en el Juicio Oral, considero que la argumentación está presente en cada etapa o fase de todo el proceso penal.



mediante su exposición de motivos implantará en el juez de control la idea que el allanamiento es sumamente necesario.

Contrario a lo anterior debe ser negada por la falta de fundamentos -estos razonamientos no deben sitiarse en la inocencia o culpabilidad-, recordemos que lo que se está solicitando es un acto invasivo a la paz o sosiego de un ser humano, *de igual manera cuando decimos argumento no queremos decir que el fiscal haga todo un despliegue de sabiduría jurídica, ni se explaye en las estrategias llevadas a cabo en determinada investigación, tan solo que justifique de manera lógica, lacónica y sensata que el allanamiento es necesario*, recordemos que en la solicitud **-escrita-** de allanamiento los únicos actores son el Fiscal y el Juez de Control, de aprobarse ésta, al momento de ejecutarse entran en escenario los demás sujetos procesales.

El allanamiento de oficinas y muebles, entiéndase locales públicos o establecimientos de reunión, oficinas, automóviles, buques o aeronaves, es diferente, *toda vez que aún cuando requieren de la misma autorización por parte del juez de control, la cierto es que no existe horario que límite la ejecución de dicha diligencia* (Art. 294); y el sustento es claro ya que el derecho a la intimidad no tiene la misma proporción porque no hablamos de una casa de habitación, residencia o domicilio donde se lleva a cabo la vida misma, es decir, los primeros son lugares establecidos más que

todo para negocios, diversión o que contienen bienes de todo tipo, como por ejemplo los depósitos, así mismo sucede con los containers.

En estos casos y, tomando en cuenta la urgencia en base a indicios, o cualquier otro elemento de convicción que tenga el agente fiscal **-sustentado en debida forma y bajo las exigencias de razonabilidad y proporcionalidad-** puede solicitar el allanamiento de determinado local y posible incautación de determinados elementos probatorios, buque o galera a cualquier hora, cualquier día, durante todo el año, solicitud que debe ser resuelta por el juez de control dentro de las dos horas siguientes a su recibo de acuerdo a lo establecido en el artículo 297 de la norma legal en cuestión. *Ahora bien, si partimos del carácter de urgencia de acuerdo a los presupuestos legales -auxilio, destrucción de evidencia, flagrancia-, tanto los locales, como las oficinas, automóviles, buques, aeronaves, residencias o casas de habitación, -entre otros-, todos pueden ser allanados a cualquier hora y, cualquier día durante todo el año*, la diferencia gravita en que se aplica el control posterior.

Con relación a los requisitos que debe cumplir la solicitud del Ministerio Público, el artículo 296, describe de manera exacta los mismos, ahora bien, dicha solicitud debe ser presentada por escrito de propia mano del Fiscal, es decir, no se trata que un servidor público *-llámese secretario, notificador o asistente, presente la solicitud-*, debe ser el



propio Fiscal quien se presente ante el Juez de Garantías y entregue en sobre cerrado y sellado la solicitud de allanamiento, diligencia en la cual al agente en cuestión debe mantenerse en el Despacho a fin de recibir la respuesta del juez de control de manera personal *-la cual dudo exceda de una hora si no contiene errores de forma o de información-*, recordemos que hablamos de diligencias sumamente confidenciales por estar consustancialmente ligadas al derecho a la intimidad o la privacidad.

Ante esto, dichos requisitos no son más que la identificación concreta del lugar que deberá ser registrado, allanado, revisado, etc., *-lo más detallada posible-*; la finalidad del registro debe ser sobre la base de indicios y presunciones con probabilidades sumamente altas *-no a meros supuestos-*, los motivos y los elementos de convicción *-elementos de prueba-* en que se sustenta la necesidad del allanamiento y el momento para realizarla *-debidamente sustentada-*, en esta solicitud no debe haber cabida a la famosa actitud sospechas o situaciones irregulares; debe contener el nombre y firma del Fiscal responsable de su ejecución ***-quien debe presentarla personalmente-***.

Como toda regla o norma tiene su excepción, el código de procedimiento penal en su artículo 298, dispone que procede el allanamiento para evitar la comisión de un delito o cuando se acude a un pedido de auxilio, incluso, en caso de

flagrancia el Ministerio Público puede llevar a cabo el allanamiento cuando existan graves indicios de pérdida de evidencia, alguna persona se encuentre en peligro, etc., obviamente estos allanamientos deben ser sometidos a un control posterior dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su práctica, bajo el riesgo de ser declarada nula ya sea por no encontrarse debidamente sustentada *-violentando derechos humanos-* o por no ser presentada dentro del término establecido por ley. (Art. 306 CPP)

Ante este panorama tenemos que la flagrancia, es cuando se está en presencia de actos delictivos en plena ejecución o que se acaban de ejecutar y se dio un seguimiento ininterrumpido. BENAVENTE H. (2013), citando a Sánchez Cordero, nos da como ejemplo, que la policía reciba información sobre el paradero de una persona secuestrada, se esté ejecutando una violación, posesión de drogas o armas, trata de personas, etc., y sean capturados o aprehendidos en el acto. Básicamente lo que se busca es evitar que la investigación fracase, dicho, en otros términos, asegurar los elementos probatorios tendientes a la comprobación del injusto penal, así como el ponderar la seguridad y protección de los ciudadanos. Estas acciones deberán ser sometidas a control del Juez. (Pág. 63-64)

Por otro lado, el artículo 234 de la norma procedimental nos dice que la flagrancia es cuando la persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer una conducta punible,



cuando la persona es aprehendida inmediatamente³ después de ejecutar el hecho reprochable producto de la persecución material, también, por motivo de petición de auxilio de quien o quienes presencien el hecho, que alguien lo señale como autor o partícipe, siempre que en su poder se encuentre algún elemento probatorio relacionado con el delito.

Retomando el derecho a la intimidad, en palabras de, De Gracia Gustavo y Latorre Leobardo⁴. Y a fin de hacer una interpretación sistemática de la norma, tenemos que:

La intimidad como objeto de protección penal, se refiere al ámbito personal donde cada uno, preservado del mundo exterior, encuentra las posibilidades de desarrollo y fomento de su personalidad". En los allanamientos a que hacen referencia los artículos hasta ahora estudiados, el bien jurídico protegido es la intimidad, cuya tutela se excepciona cuando resulta necesario registrar un lugar

habitado y sus dependencias inmediatas. Se trata de una injerencia en la esfera privada de las personas cuando por razones de urgencia para asegurar la evidencia, a petición del Fiscal, el Juez de Garantías autoriza afectar el derecho a la intimidad. El derecho a la intimidad, en la forma en que está planteado por el bloque de constitucionalidad, es un derecho susceptible de ser afectado por los órganos del Estado cuando se invade la esfera privada de una persona, por lo cual se establecen controles que por regla general son previos a la práctica de la diligencia, conforme aparece regulado en el artículo 296 de la ley 63 de 2008, determinando un horario específico para su realización, condición que se suma a la obligación que tiene el fiscal de fundar su solicitud u orden, en los casos excepcionales, en elementos de prueba que soporten una afectación del tal naturaleza. (Pág. 54)

³ ¿Qué es inmediatez? Según la RAE: inmediato, ta. Del latín immediatus es, contiguo o muy cercano a algo o alguien, que sucede enseguida, sin tardanza. Rescatado de: <http://www.wordreference.com/definicion/inmediatez>

SALVAT, Tomo 11; Enciclopedia. (2004). Inmediatamente es, sin interposición de cosa alguna. Luego, al instante. Inmediatez: Calidad de lo que está o se prevé inmediato. No se ha de utilizar para significar rapidez, en casos como se ha de exigir mayor rapidez en la solución de problemas (Pág. 8118)

Visto lo anterior, debemos tener sumo cuidado al describir o imputar un delito a una persona que no ha sido perseguida en el mismo instante de cometer el supuesto ilícito, es decir, que la flagrancia sea cuestionable, de ser así, el señalamiento por parte de la supuesta víctima sería estrictamente necesaria, ahora bien, imaginemos que la supuesta víctima señala a un determinado sujeto como autor de un delito (hurto), es aprehendido por agentes de policía y llevado al ente investigador, qué pasa si no lleva consigo objeto alguno que demuestre el posible hurto, no existen lesiones de la posible violencia, es decir, algún elemento de prueba que lo vincule al injusto típico; pues sencillamente se sigue con la investigación. Lo que intento de describir es, que el simple señalamiento de una persona en contra de un sujeto de derecho no es suficiente elemento de convicción para determinar un encausamiento, investigación o imputación, mucho menos para aplicar una medida cautelar, es mucho más que eso, de lo contrario cualquiera puede ser señalado y no necesariamente haber violado la norma penal.

⁴ DE GRACIA. G., y LATORRE. L. MANUAL OPERATIVO DE GARANTÍAS Y JUZGAMIENTO. V.2 mayo. 2012. Panamá.



Prosiguiendo con el desarrollo del articulado que trata sobre las diligencias que deben someterse al control del juez constitucional, ya sea previo o posterior, el artículo 307 expresa que los objetos y documentos que puedan servir como medio de prueba deben ser entregados al agente de investigación cuando este los solicite, en caso de negativa se procederá ante el juez de garantías para que valide su incautación. Salvo que se trate de las comunicaciones entre imputado/defensor, las personas protegidas por ley para no rendir declaración, los resultados de exámenes o diagnósticos resguardados por el secreto profesional, **siempre que no guarden relación con el objeto de la investigación.**

Incautación de correspondencia:

El artículo 29 de nuestra Carta Constitucional dispone que la correspondencia y demás documentos privados son inviolables y no pueden ser examinados ni retenidos, sino por mandato de autoridad competente y para fines específicos, de acuerdo con las formalidades legales. Al desfragmentar este artículo vemos que cuando habla de correspondencia *-que en su momento se trataba de epístolas-* no solo trata sobre cartas escritas a puño y letra, dado el avance de la ciencia de igual manera debe entenderse como correspondencia los correos electrónicos *-mails-*, los mensajes de textos enviados de un teléfono celular a otro, así como la diversidad de páginas en internet que

se prestan para una comunicación entre partes. En concordancia con lo anterior tenemos los artículos 298 y 310 del código procesal penal.

No debemos confundir la incautación de datos con la incautación de correspondencia, para aclarar esto veamos ambos conceptos; La Real Academia Española define *correspondencia*⁵ como "el acto y efecto de corresponder o corresponderse, y correo como el conjunto de cartas que se despachan o reciben". O, dicho de otra manera, el trato que mantienen las personas ya sea mediante cartas, por correo electrónico, facsímil u otro medio cibernético o digital. Mientras que la palabra *datos* se define como; información amplia o concreta que permite una deducción o conocimiento exacto, documento, testimonio, prueba, información de transferencia de un ordenador y, en un sentido más amplio, valor numérico.

El Dr. Gonzalo Iglesias⁶. *Revista Digital, El Derecho Informatico.com.* (2010); nos manifiesta que la inviolabilidad de la correspondencia implica un espacio de abstención estatal, donde su intervención en las comunicaciones privadas e interpersonales no pueden ser interiorizadas de manera antojadiza, salvo que se trate de contenidos que tengan consecuencias fuera de dicha esfera privada, constituyéndose en los tipos penales ya preestablecidos. En esta línea y sobre los avances de la

⁵ www.wordreference.com/definicion/correspondencia

⁶ DE: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/inviolabilidad-de-la-correspondencia-y-comunicaciones-electronicas-en-el-derecho-argentino>



ciencia, esboza:

"Si bien el artículo constitucional plantea una protección expresa respecto de la correspondencia epistolar, es pacífica la jurisprudencia en considerar que las misma se extiende a cualquier forma de comunicación con prescindencia del soporte utilizado, incorporando la mayoría de los códigos procesales previsiones respecto de la interceptación de llamadas telefónicas".

El autor cita jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal -in re "Lanata, Jorge Ernesto s/ desestimación"-, donde se asimiló el e-mail a la correspondencia epistolar, también se refirió al caso "Grimberg, Alfredo H. s/sobreseimiento" donde el tribunal de la causa estableció que igual resulta invalidada una actuación sin orden judicial previa tomando en cuenta que *"El correo electrónico es sin lugar a dudas correspondencia privada que está protegida por la Constitución Nacional y otros tratados sobre derechos humanos incorporados a ella"*. El primer fallo Lanata, Jorge⁷ lo que dice es:

"El avance de la tecnología en este sentido, pareciera haber dejado en la obsolescencia el bien jurídico que tutela (...) la protección de los papeles privados y la correspondencia. pero queda claro que el tan

difundido E-Mail de nuestros días es un medio idóneo, certero y veloz para enviar y recibir todo tipo de mensajes, misivas, fotografías, archivos complejos, etc., es decir, amplía la gama de posibilidades que brindaba el Correo tradicional al usuario que tenga acceso al nuevo sistema.

Es más, el correo electrónico posee características de protección de la privacidad más acentuadas que la inveterada vía postal a la que estábamos acostumbrados, ya que para su funcionamiento se requiere un prestador de servicio, el nombre del usuario y un código de acceso que impide a terceros extraños la intromisión en los datos que a través del mismo pueden emitirse o archivar"

Visto esto, es más que claro que los mensajes enviados desde un teléfono celular -chats, mensajes de voz, imágenes, videos, etc.- de igual manera constituyen correspondencia, por lo que para su incautación y definitivamente revisión necesitan una previa aprobación del juez de control. A diferencia de aquellos mensajes, imágenes o videos que son publicados en redes sociales como Facebook, Twitter, LinkedIn, entre otras, y, esto se debe a que son redes sociales públicas donde prácticamente cualquier persona puede ver los comentarios plasmados por el titular, así como cualquier información que se encuentre en su cuenta, como dirección del domicilio,

⁷ Caso "Lanata, Jorge s/desestimación".-<http://www.informatica-juridica.com/sentencia/caso-lanata-jorge-sdesestimacion/>



relación amorosa, estado civil, número telefónico, etc.

En términos similares se pronunció la Cámara de Casación⁸ Bonaerense para el 2009, cuando resolvió In re "G. P., J. A. s/ recurso de casación:

"la sala segunda rechazó la impugnación de la defensa respecto del análisis de la memoria de llamadas realizadas desde un teléfono celular. En tal sentido estableció que **el listado en cuestión no revestía la calidad de correspondencia toda vez que no per se no es capaz de develar de manera alguna las conversaciones entre locutor e interlocutor, ni puede asemejarse a la correspondencia epistolar cuando no se están interceptando las comunicaciones del imputado.**

El fallo refleja, sin definirla como tal, una diferenciación que el derecho comparado viene realizado respecto de los datos de comunicación y los denominados datos de tráfico. Debemos entender que los primeros son aquellos que permiten determinar la información intercambiada por las partes en el mensaje, mientras que los datos de tráfico, en cambio, no están

referidos a los contenidos sino solamente a la duración, fecha, origen y destino de esas comunicaciones. (Gonzalo. Iglesias) (2012)⁹ **(la negrita es mía)**

Un punto importante es con relación a la incautación de datos o correspondencia, éstos sólo deben ordenarse o aprobarse *-salvo criterio del juzgador basado en la independencia judicial-* cuando no existan otros medios plausibles o idóneos para el descubrimiento de la verdad histórica de los hechos, o sea, cuando se pueden utilizar mecanismos para probar el hecho y su posible vinculación *-investigación objetiva-* no se debe recurrir a solicitar la incautación de correspondencia o llevar a cabo la incautación de datos de manera caprichosa sobrepasando los límites de la razonabilidad. Debemos tener presente que, aun cuando se busca información del indiciado o imputado lo cierto es que al intervenir o examinar un determinado equipo de igual manera se está invadiendo la intimidad de otras personas, así que no solo vulnera la privacidad del indiciado, también violenta la intimidad de un sinnúmero de personas que quizás, no se percatarán que sus mensajes e imágenes pasaron por las manos de otros.

Para comprender esto, vemos que el capítulo que trata sobre el control previo tiene de igual manera los allanamientos o interceptación de comunicaciones, práctica que no

⁸ <http://www.protecciondedatos.com.ar/jurisp7.htm>

⁹ De: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/inviolabilidad-de-la-correspondencia-y-comunicaciones-electronicas-en-el-derecho-argentino>



necesita una notificación previa del indiciado y el por qué es sencillo, *de notificarlo con antelación que su residencia será allanada y estar esté involucrado en actos delictivos, sería ponerlo en preaviso para la destrucción de elementos de prueba, o limitarse a conversar sobre determinado asunto desde dicho aparato electrónico cuando sepa que está siendo intervenido, por tal motivo, **dichas solicitudes son particularmente personalísimas y confidenciales entre juez y fiscal,*** con el fin de evitar la posible fuga de información y destrucción de posibles pruebas.

Entonces, tenemos que la incautación de correspondencia no requiere de notificación previa del indiciado/imputado o su defensor; sin embargo, cuando se tengan elementos de convicción tendentes a demostrar la constitución de una conducta delictual el agente fiscal puede llevar a cabo la diligencia de incautación de datos, la cual sí debe ser notificada al indiciado y su defensor, ya que es el Fiscal el director de la investigación y es bajo su responsabilidad exclusiva que se realizará dicha diligencia, luego entonces, será sometida al criterio del juez natural (Art. 314 y ss., CPP).

La Corte Suprema de Justicia, a través de fallo de 27 de marzo de 2014¹⁰ nos ha ilustrado sobre una disyuntiva con relación a la legalidad en la incautación de datos cuando éstos pertenecen a la víctima o testigos del hecho delictivo:

“No debe perderse de vista que, según se desprende de las alegaciones de las partes y de las constancias allegadas al proceso constitucional, la diligencia de incautación de datos acusado de violatoria de derechos y garantías fundamentales, *se realizó sobre equipos telefónicos propiedad de las víctimas y testigos, quienes voluntariamente los proporcionaron al Agente de Instrucción;* sin que esto se entienda como una violación a su derecho a la intimidad de la correspondencia y las comunicaciones recogido en el artículo 29 de la Constitución Política, pues obviamente ha cedido de manera voluntaria parte de sus derechos en pro de la investigación seguida a sus victimarios. **Recuérdese que a todo ciudadano le asiste el derecho de ejercer control sobre su vida íntima o privada y en esa autodeterminación puede disponer que datos o información hace del conocimiento de terceros.**

Se entiende pues, que los datos incautados no se encontraban en equipos, oficinas u archivos de propiedad de los indiciados; es decir, no le pertenecían, por lo que no se requería su autorización ni se infringieron sus derechos constitucionales en la diligencia de incautación. Que lo anterior no se entiende

¹⁰ **Sala:** Pleno; jueves, 27 de marzo de 2014; Amparo de Garantías Constitucionales Apelación; **Exp.** 931-13. De: <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>



como una limitación al derecho de defensa, pues obviamente en las etapas procesales correspondientes los imputados podrán cuestionar y contradecir, en ejercicio de su legítimo derecho, la legalidad o veracidad de la información incautada". *(El resaltado y la negrita es nuestra)*

Por su parte quien atacó la decisión del Tribunal A-Quo, sostuvo que cuando la autoridad demandada legalizó las diligencias de investigación realizadas por el Ministerio Público -incautación de datos-, actuó al margen de la Constitución y la ley, lo cual representó un acto lesivo, ya que vulneró su derecho de defensa en concepto de violación directa contenido en el artículo 22 constitucional, y, el debido proceso de manera directa por comisión de acuerdo a lo consagrado en el artículo 32 de dicha excerta legal. En la misma línea sostuvo el accionante que el Ministerio Público, quien es el responsable del desarrollo de esta diligencia, no cumplió con lo reglado en el artículo 314 del Código Procesal Penal, esto es, citar a dicha diligencia al imputado y su defensor. En este punto, es preciso aclarar que la incautación de datos tal y como lo señaló la Corte correspondió al equipo celular de la víctima y los testigos, mas no de los indiciados, por lo que es evidente que no se vulneró derecho alguno, recordemos que el artículo señalado establece la notificación o comunicación al imputado cuando sea a este a quien se le realizará dicha diligencia.

Retomando el fallo citado supra, el pleno con relación a lo atacado por el amparista, nos ilustró de la siguiente manera:

"... el Ministerio Público, a través de sendas providencias de solicitud de incautación de datos (...) dispone practicar Diligencia de Inspección, a las empresas Cable & Wireless y Movistar, para solicitar el flujo de llamadas entrantes y salientes e historial de los IMEI, nombre de los abonados y dirección domiciliaria de cinco números de teléfonos en períodos específicos...

Para esta Superioridad le asiste razón al Tribunal A-quo cuando en el contenido de la resolución censurada expone, que atendiendo a este nuevo sistema penal de corte acusatorio, el Código de Procedimiento Penal enlista y marca una diferencia entre aquellas diligencias que pueden ser objeto de control posterior y, aquellas que requieren una autorización previa del Juez de Garantía, para que puedan ser ejecutadas por el Ministerio Público durante la fase de investigación.

En ese orden de ideas, se desprende de las principales constancias procesales que efectivamente la captación de datos regulado en el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, se encuentra contenido dentro de aquellos actos de



investigación, que el Agente Fiscal puede desarrollar y, posteriormente, convalidar en audiencia ante el Juez de Garantía, conforme preceptúa el artículo 317 lex cit...

Lo anterior nos permite colegir con el Tribunal de instancia de que no ha mediado violación al derecho de defensa, como señala el activador constitucional, por el contrario se constata que ha tenido la oportunidad de esgrimir su posición sobre la legalidad de estas diligencias."

Uno de los puntos sumamente importantes y aclarativos plasmados por la judicatura es que el Juez de Garantías Gustavo De Gracia, sustentó que las actuaciones de la Fiscalía se ajustaron dentro de la legalidad procesal, máxime que los actos de control van dirigidos a controlar actuaciones que infringen derechos y garantías de las personas investigadas -no imputadas-, ante esto, la Corte dijo: **"...el ejercicio interpretativo sostenido de los Jueces de Garantías es que ese control de legalidad no va dirigido a los actos de la víctima o testigos, cuando estos de manera voluntaria, y renunciando a su derecho protegido (intimidación) suministran a la Fiscalía actuante sus propios números telefónicos..."** (La negrita y el resaltado es nuestro)¹¹.

En la misma línea de pensamiento, la Corte Constitucional de Colombia, mediante Sentencia No.

T-349/93, manifestó:

"...Toda persona dispone, por su misma naturaleza, de una esfera íntima dentro de la cual puede refugiarse, impidiendo que los demás tengan acceso a ella pues corresponde de manera exclusiva e inalienable a su individualidad. El derecho a ese ámbito propio es uno de los fundamentales en cuanto inherente a la persona humana y goza de expresa protección constitucional.

Como apunta Georges Burdeau en su obra "Las Libertades Públicas", **si hay un derecho inscrito en la naturaleza del hombre, ese es ante todo aquel de hacer de su casa y de su correspondencia lugar y motivo de deleitación y de paz."**

Continúa el fallo arriba mencionado señalando lo siguiente:

"...se protege la intimidad como una forma de asegurar la paz y la tranquilidad que exige el desarrollo físico, intelectual y moral de las personas, vale decir, como un derecho de la personalidad.

Esta particular naturaleza suya determina que la intimidad sea también un derecho general, absoluto, extrapatrimonial,

¹¹ **Sala:** Pleno; jueves, 27 de marzo de 2014; Amparo de Garantías Constitucionales Apelación; **Exp.** 931-13. De: <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>



inalienable e imprescriptible y que se pueda hacer valer "erga omnes", vale decir, tanto frente al Estado como a los particulares. En consecuencia, toda persona, por el hecho de serlo, es titular a priori de este derecho y el único legitimado para permitir la divulgación de datos concernientes a su vida privada. Su finalidad es la de asegurar la protección de intereses morales; su titular no puede renunciar total o definitivamente a la intimidad pues dicho acto estaría viciado de nulidad absoluta". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Sentencia T-414 de junio de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Ciro Angarita Barón).

(...)

"Todas aquellas conductas de agentes estatales o de particulares en cuya virtud se traspasen los límites de la intimidad, bien se trate de los que circundan el libre desarrollo de la personalidad de cada individuo, ya de los que preservan la privacidad del núcleo familiar, lesionan un derecho fundamental cuya consagración positiva es apenas el reconocimiento de una normal condición de convivencia humana y un elemento imprescindible para que se pueda hablar de **libertad** en el sentido de aptitud de decisión sobre los propios actos sin coacción externa."

Como se avistará el derecho a la intimidad es uno de los bienes intangibles más preciados, el cual es consustancial al bien -criterio propio- más significativo de todo el sistema penal acusatorio, **la dignidad del ser humano**, esto, toda vez que una persona a la cual se le viole este derecho internaliza un sin número de emociones, frustraciones, aflicciones, de las cuales asumo no son fáciles de superar; la pregunta sería ¿Para una persona sin dignidad, qué sentido tiene la vida? ¿Cuáles son los pensamientos de una persona a quien se le mutila su dignidad? ¿Qué sentimientos afloran al momento en que se ve un ser humano vulnerada en su dignidad?

Qué decir sobre la interceptación de comunicaciones, en la cual se conjugan una serie de derechos y elementos de prueba que proporcionan un abanico de posibilidades procesales y toda una gama de interpretaciones. Así podemos ver que el artículo 311 del CPP, habla de autorización previa con relación a la grabación o no de las conversaciones e interceptación de comunicaciones cibernéticas, seguimientos satelitales, vigilancia electrónica y comunicaciones telefónicas para acreditar el hecho punible y la vinculación de determinada persona; pero esta aprobación por parte del juez debe ser valorada con sumo cuidado por todo lo antes expuesto, además consideramos que -criterio propio- este tipo de permisiones violatoria de derechos amparada en la protección de la paz social, obedecen a un grupo extremadamente seleccionado de conductas tipificadas



como delito en nuestra norma sustantiva, entre estas podemos señalar la macrocriminalidad, delitos contra la seguridad colectiva, relacionados con drogas, asociación ilícita para delinquir, terrorismo, entre otros; delitos contra

la personalidad jurídica del Estado, delitos contra la Humanidad, etc., es decir, aquellos delitos donde puede aplicarse el derecho penal del enemigo desarrollado por Jacobs.

CONCLUSIONES

Encontramos que la intimidad es consustancial a la dignidad de todo ser humano, derechos que se encuentran internalizados en los convenios y pactos internacionales, así como en nuestra Constitución Política y la norma sustantiva y adjetiva en materia penal, de esto no cabe la menor duda. En iguales términos me atrevería a decir que la intimidad, privacidad por ser connatural a la esencia misma del ser, jamás podrá verse o valorarse de manera aislada, es decir, siempre estará presente en todo proceso penal, sin importar la conducta que se esté investigando, imputando o acusando.

Es por esto, que el momento de solicitar, aprobar o ejecutar cualquier acto de investigación que involucre la intimidad de la persona, deben *a priori* haberse estudiado todas las situaciones posibles, analizado todos los posibles mecanismos para llegar a la verdad más próxima y, *a posteriori* determinadamente evaluar si la decisión o conducta desplegada *-por el Fiscal o el Juez-* se amoldó a Derecho.

No es cuestión de aprobar o desaprobar las solicitudes o actuaciones

del fiscal de manera excéntrica, es decir, no podemos inclinarnos a un garantismo absoluto *-negarlo todo-*, ni mantener un estado de jueces policía *-aprobarlo todo-*, cada caso en particular tendrá sus porqués, sus motivos, sus sustentos, sus argumentos y, será la administración de justicia en última instancia quien establecerá si las diligencias solicitadas o llevadas a cabo por el Ministerio Público se encontraron justificadas o no, es decir, después de hacer una valoración sobre la proporcionalidad, la necesidad y la razonabilidad del acto, hasta entonces se podrá determinar si el mismo se ajusta a Derecho, esto, siempre teniendo como norte la dignidad concatenada a la necesidad de la paz social.

Fierro-Méndez. (2004), enciende las luces del cuestionamiento cuando expone la siguiente interrogante: "Cuando se emite el juicio de culpabilidad hacia quien delinque, y se concluye que debe ser objeto de un tratamiento resocializador, surge la pregunta de si ¿Se debe resocializar únicamente al delincuente o también a la sociedad? (Pág. 261)



BIBLIOGRAFÍA

1. Constitución Política de la República de Panamá.
2. Código Procesal Penal.
3. Código Penal.
4. Declaración Universal de los Derechos del Hombre.
5. Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto San José).
6. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.
7. Corte Constitucional de Colombia.
8. BENAVENTE H. (2013)
9. SALVAT, Tomo 11; Enciclopedia. (2004).
10. RAE. www.wordreference.com/definicion/correspondencia.
11. Dr. Gonzalo Iglesias. Revista Digital El Derecho Informatico.com. (2010) <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/inviolabilidad-de-la-correspondencia-y-comunicaciones-electronicas-en-el-derecho-argentino>
12. FIERRO-MÉNDEZ. H. Detención y Libertad. Editorial Leyer. 2004.
13. DE GRACIA. G., y LATORRE. L. *Manual Operativo De Garantías Y Juzgamiento*. V.2 mayo. 2012. Panamá.

“Cuatro características corresponden al juez:

*Escuchar cortésmente,
responder sabiamente,
ponderar prudentemente y
decidir imparcialmente.”*

Sócrates





CARLOS BARRAGÁN QUIRÓZ

constitucionales que fundamentan el sistema acusatorio, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ) y, Corte Suprema de Justicia de Panamá, Managua, 24 de noviembre de 2014.

Ha ocupado diferentes posiciones en el Órgano Judicial, siguiendo el escalafón, inicia para el 2004 como Escribiente II en el Juzgado de Niñez y Adolescencia de Primer Circuito Judicial de Panamá, a Oficial Mayor en el Juzgado Tercero Municipal de Familia de Primer Distrito Judicial de Panamá, Asistente de Defensor de Oficio, Secretario Judicial y Juez Municipal Mixto. Ha ejercido como Asistente de Abogado en el Ministerio de Educación –Dirección Nacional de Asesoría Legal-, Defensor de Oficio de Circuito. Se desempeñó como Asistente Administrativo en la Autoridad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa (AMPYME).

Actualmente labora como Juez de Garantías en la provincia de Colón.

El licenciado Barragán ocupó el segundo lugar en el Primer Concurso de Ensayo Jurídico Sapientia 2016.

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por ISAE Universidad, Técnico en Administración de Aduanas de la Universidad de Panamá, Diplomado en Sistema Penal Acusatorio por UPAM, Técnico Superior en Administración de Empresas con Orientación en Recursos Humanos, Informática Administrativa y Administración de Mediana y Pequeña Empresa con Orientación en Recursos Humanos por el Centro de Estudios Regionales de Panamá- CERPA-

Además, Maestría en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ) y, Corte Suprema de Justicia de Panamá. 2015-2016. Postgrado en Sistema Penal Acusatorio, en la Universidad de las Américas (UDELAS), 2015. Posgrado en Derecho Procesal Penal, con mención en los principios

