

## INTERVENCIÓN TELEFÓNICA

### 1) REQUISITOS

### 2) CUESTIONAMIENTOS

#### A) LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA FIGURA DEL FISCAL COMO AUTORIDAD COMPETENTE

#### B) LA INTERPRETACIÓN DEL ESTANDAR: PELIGRO EN LA DEMORA

#### C) CONVALIDACIÓN JUDICIAL

#### D) JURISPRUDENCIA

En materia de telecomunicaciones, esto es comunicaciones interpersonales a distancia, ya sea de manera presente (ej.teléfono o chat) o entre ausentes (correspondencia epistolar, mails o mensajes de texto); la ley 25760, contempló una excepción al régimen general vigente.

Esta excepción consiste en que el fiscal pueda pedir registros telefónicos y autorizar intervenciones telefónicas, cuando exista peligro en la demora y se trate de los delitos previstos en los artículos 142bis y 170 del Código Penal.

**Artículo 236, tercer párrafo del CPPN**, “*En las causas en que se investigue alguno de los delitos previstos en los artículos 142 bis y 170 del CODIGO PENAL DE LA NACION, o que tramiten en forma conexas con aquéllas, cuando existiese peligro en la demora, debidamente justificado, dichas facultades podrán ser ejercidas por el representante del MINISTERIO PUBLICO FISCAL, mediante auto fundado, con inmediata comunicación al Juez, quien deberá convalidarla en el término improrrogable de veinticuatro horas, bajo pena de nulidad del acto y consecuente ineficacia de la prueba introducida a partir de él.*”

### REQUISITOS

De este modo, el estándar del artículo 236 tercer párrafo CPPN exige que:

- a) se trate de una investigación sobre los artículos 170 y 142bis del Código Penal de la Nación o conexos a ellos,
- b) exista peligro en la demora debidamente justificado,
- c) sea posteriormente convalidado por el juez en un plazo no prorrogable de 24 horas.

### CUESTIONAMIENTOS

Los cuestionamientos que recibe esta disposición se concentran en la posible inconstitucionalidad de la facultad del fiscal para disponer la realización de este acto de coerción; y en la interpretación de los alcances de la exigencia de peligro en la demora.

#### A.1) LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA FIGURA DEL FISCAL COMO AUTORIDAD COMPETENTE

Se duda de la constitucionalidad de esta norma que erige a los fiscales como autoridad competente para la autorización de una intromisión en el ámbito de la intimidad.

Los argumentos invocados para resistir estos embates, se sustentan básicamente en la idea de **urgencia** que impone la investigación de estos casos; de manera congruente con el esquema general normativo que si bien da preferencia a los jueces como autoridad competente, autoriza excepcionalmente a las fuerzas de seguridad a realizar ciertos actos de coerción como allanamientos, requisas o detención de personas, siempre que se encuentre presente este elemento.

De modo que la operatividad de la norma, exigiría que los requisitos de fundamentación, proporcionalidad y convalidación judicial inmediata, se respeten no sólo de manera formal, sino también sustancial.

## Doctrina

[D'Albora Francisco J, Código Procesal Penal de la Nación, Lexis Nexis, Buenos Aires, VII edición, 2005. Lexis Nº 1301/003552](#)

*“Intervención por el Ministerio Público Fiscal: En la investigación de los delitos de secuestro extorsivo y privación ilegal de la libertad se autoriza al Fiscal - quien tiene a su cargo la instrucción- a disponer la intervención telefónica sólo cuando existan motivos suficientes para considerar que, de seguir el trámite normal mediante el pertinente requerimiento al juez, existiría peligro en la demora.*

*No desaparece la intervención jurisdiccional en la medida. Sólo que en vez de efectuarse en el momento de ser ordenada, es convalidada luego por el juez - dentro de las veinticuatro horas- bajo pena de nulidad. La convalidación no puede transformarse en una mera formalidad: el juez debe verificar la existencia de la fundamentación a la que alude el primer párrafo del art. 236 .*

*La alusión a la consecuente ineficacia de la prueba introducida por este medio ya se encontraba cubierta por las disposiciones del art. 172 “.*

**Levene (n) Ricardo, “La reforma procesal. A propósito de los delitos de privación de la libertad coactiva y secuestro extorsivo”, ADLA –E, 6103**

*“no estamos contestes que esta potestad de los jueces le sea transferida a los fiscales por cuanto ellos son parte pública, pero parte al fin. Ello les quita, por propia definición, el carácter objetivo que sí se supone en un juez, esto es la imparcialidad, de la que adolece el Ministerio Público Fiscal por el carácter de parte legítimamente constituida que posee en los procesos judiciales”.*

[Carbone, Carlos A. “La ley 25.760 y la intervención de las comunicaciones telefónicas por mandato fiscal en el CPPN”, SJA 5/1/2005 JA 2005-I-976, Lexis Nexis nro.0003/011046](#)

*“Quiere decir que en el marco del Código Procesal Penal de la Nación ahora no hay dudas -conforme al texto de la ley- de la legalidad de la intervención de las comunicaciones telefónicas por parte de la Fiscalía. Creemos que el supuesto resistiría el embate de su inconstitucionalidad, por cuanto la orden judicial no se elimina sino que se pospone, de modo que si el juez no la confirma, se fulmina la eficacia de todo lo actuado por el fiscal. A su vez, el tema puede también resolverse aplicando los conceptos que seguidamente mencionaremos*

*Ante todo debemos recordar que la reforma consagra una facultad al fiscal desde hace mucho reconocida en el derecho comparado.*

*El derecho procesal europeo en el ámbito de delitos comunes reconoce la exclusividad de la orden de supervisión y registro de las telecomunicaciones por parte de los jueces, como el StPO. alemán en el art. 100.b.*

*Pero trascriptón dispone: “En caso de peligro por la demora, la disposición también puede ser adoptada por la Fiscalía. La decisión de la Fiscalía queda sin efecto si no es confirmada por el juez en el término de tres días”.*

*El Código Procesal Penal Italiano en el art. 267.1 establece que el fiscal en la investigación penal preparatoria deberá solicitar al juez las medidas de interceptación de conversaciones telefónicas. Pero en el párr. 2º dispone: “En caso de urgencia y cuando haya motivo fundado para considerar que del retraso pudieran derivarse graves perjuicios para las investigaciones, el Ministerio Público dispondrá la interceptación mediante decreto motivado, que será inmediatamente comunicado y en cualquier caso en no más de veinticuatro horas al juez que dentro de las cuarenta y ocho horas desde que se dictó la resolución, decidirá sobre la convalidación con decreto motivado. Si el decreto del Ministerio Fiscal no resulta convalidado en el término establecido, la interceptación no puede ser perseguida y los resultados de la misma no podrán ser utilizados. El decreto del Ministerio Público que disponga las interceptaciones indicará las modalidades y la duración de las operaciones.*

*Aquella no podrá superar los quince días pero podrá ser prorrogada por el juez mediante decreto motivado".*

*Surge así que la norma italiana es mucho más cuidada y garantista no sólo por los plazos, sino también por la previsión del procedimiento a seguir en el caso de la no convalidación del magistrado.*

*Lo expuesto nos convence de que en estos casos de intervenciones por parte del Ministerio Público no debe hablarse de orden judicial, por cuanto quien limita el derecho del secreto comunicacional es el fiscal y no el órgano jurisdiccional; el juez sólo puede convalidar o no la orden de restricción que ya impartió el fiscal: de ahí que la ley italiana hable de "decreto" del Ministerio Público.*

*Tampoco de una excepción al requisito de la orden judicial, por cuanto la intervención telefónica o el allanamiento de la morada serán autorizados por el fiscal, procedimiento que adquiere un carácter interino, dada su naturaleza, lo que excede la provisoriedad ad referendum del juez, el que, si lo cree necesario, convalidará la autorización, actuando así el requisito constitucional de la orden judicial, ya que si la justicia no da el visto bueno esa intervención queda sin efecto"*

## **B) LA INTERPRETACIÓN DEL ESTANDAR: PELIGRO EN LA DEMORA**

De manera similar a la controversia que plantea la interpretación amplia o restrictiva del artículo 227 inciso 5to. del Código Procesal Penal, existen también distintas posiciones respecto de cómo debe interpretarse el estándar de peligro en la demora que exige el artículo 236 tercer párrafo del CPP.

- a) De manera análoga a la interpretación restrictiva del artículo 227 inciso 5to. del CPPN, es decir, cuando estuviera en peligro la vida o la integridad física de la víctima
- b) Con una visión más amplia, cuando la víctima se encontrare en peligro o bien; una vez a salvo, cuando exista inminencia de fuga de los sospechados o la desaparición de las pruebas del delito
- c) Cuando resulte inviable la posibilidad de poder ubicar al juez a tiempo.

### **Doctrina**

**[Carbone, Carlos A. "La ley 25.760 y la intervención de las comunicaciones telefónicas por mandato fiscal en el CPPN", SJA 5/1/2005 JA 2005-I-976, Lexis Nexis nro.0003/011046](#)**

*"En este tema adquiere especial relevancia la relación directa que pueda tener la restricción del secreto de las comunicaciones con la evitación de la lesión a bienes jurídicos de terceros, sobre todo si están en vías de preparación, comienzo de ejecución o se consumaron y los efectos lesivos se siguen consumando (como en el secuestro extorsivo sin pagar todavía el rescate), o si han cesado estos efectos, si hay indicios graves de la inminencia de la fuga de los sospechados o desaparición de los efectos del delito.(...)*

*Pero deberán ser casos extremos, excepcionalísimos, donde sea patente la razón de urgencia de no poder ubicar al juez a tiempo -lo que en algunas provincias es muy raro que suceda- .*

*Por otra parte, será tarea del fallo que legitime estas intervenciones la de plasmar de modo certero los requisitos gravemente excepcionales que convencieron al juzgador para autorizar esa intervención de las comunicaciones"*

**García, Luis M. La vigilancia de las telecomunicaciones y otras comunicaciones interpersonales según la jurisprudencia elaborada en torno al Código Procesal Penal de la Nación. El procesamiento en el Código Procesal Penal de la Nación, p.303. Publicado en Garantías**

**constitucionales en la investigación penal, compiladores Plazas F. y Hazan L., Ed. Del Puerto BsAs, 2006.**

*“Sin embargo, la interpretación del alcance de esta excepción no esta libre de dificultades, en primer lugar, porque la excepción reposa en el “peligro en la demora, debidamente justificada”, pero no se dan pautas sobre cuál sería el objeto que correría peligro. Por tratarse de una facultad restringida a los casos de los arts. 142 bis y 170, CP, y otros conexos con ellos, esto es, delitos de ejecución continuada en los que la vida y la integridad física de la víctima podrían estar en serio peligro, podría interpretarse que la ley se refiere a los casos de estos delitos, todavía en curso de ejecución, para facilitar el salvataje de la víctima. Sin embargo, el art. 236, párrafo tercero, CPP Nación no distingue si el delito está en curso de ejecución, o si su ejecución ya ha cesado. Alguna doctrina entiende que el peligro en la demora podría referirse a la necesidad de salvataje de bienes jurídicos superiores de terceros, durante la etapa de preparación o ejecución, o si ha cesado esta, si hay indicios graves de la inminencia de la fuga de los sospechados o desaparición de los efectos del delito. El art. 132 bis, CPP Nación, introducido también por la ley 25.760, podría dar pie a esta interpretación, en tanto éste autorizado al juez o fiscal competentes a actuar fuera de su jurisdicción territorial “cuando se encontrase en peligro la vida de la víctima o la demora pudiese comprometer seriamente el éxito de la investigación”. Sin embargo, es discutible que el segundo supuesto plantee un criterio pertinente para autorizar la prescindencia de la orden judicial de injerencia, pues no se advierte por qué, cesada la ejecución del delito, el éxito de la investigación deba ser privilegiado en estos casos, frente a delitos de igual o mayor gravedad que no caen en el supuesto de hecho del art. 236, párrafo tercero, CPP Nación. En segundo lugar, también plantea problemas conceptuales y prácticos la determinación de las bases objetivas sobre las que se pueda justificar la existencia misma del peligro o la razón de urgencia para obrar prescindiendo del recurso al juez, porque hoy en día, con el desarrollo de las comunicaciones, es en principio teóricamente posible acceder en cualquier momento al juez para obtener de él la expedición de la orden, al menos en los casos en que la fiscalía tiene su asiento en la misma ciudad que el juez”.*

### **C) CONVALIDACIÓN JUDICIAL**

Para rebatir los planteos de constitucionalidad que sugiere la facultad del fiscal ejecutar este acto de coerción; la ley exige además del auto fundado, de la inmediata comunicación al juez para que emita su convalidación *“en el término improrrogable de veinticuatro horas, bajo pena de nulidad del acto y consecuente ineficacia de la prueba introducida a partir de él.”*

De este modo, la fundamentación previa, la brevedad del término (24 horas) y la sanción con la que se amenaza su inobservancia, han sido concebidos como requisitos para que la convalidación no consista en una mera formalidad sino en un control sustancial por parte del juez, quien en definitiva será la autoridad competente para confirmar la validez del acto.

#### **Doctrina**

**[Carbone, Carlos A. “La ley 25.760 y la intervención de las comunicaciones telefónicas por mandato fiscal en el CPPN”, SJA 5/1/2005 JA 2005-I-976, Lexis Nexis nro.0003/011046](#)**

*“Inminente del art. 100. b.1, y luego al pedir la autorización del juez éste comprueba que no había tal peligro en la demora para esperar su pronunciamiento, podría aplicarse el criterio sostenido para los casos de registros domiciliarios en tales circunstancias, donde la doctrina -de consuno*

con la jurisprudencia dominante- sostiene que las pruebas no podrán ser valoradas si la intervención fue arbitraria (18) .

Quiere decir que en el marco del Código Procesal Penal de la Nación ahora no hay dudas -conforme al texto de la ley- de la legalidad de la intervención de las comunicaciones telefónicas por parte de la Fiscalía. Creemos que el supuesto resistiría el embate de su inconstitucionalidad, por cuanto la orden judicial no se elimina sino que se pospone, de modo que si el juez no la confirma, se fulmina la eficacia de todo lo actuado por el fiscal. A su vez, el tema puede también resolverse aplicando los conceptos que seguidamente mencionaremos.

Pero además de estos argumentos contribuyen a su constitucionalidad otros factores, que analizaremos al referirnos a las leyes rituales que omiten esta autorización fiscal, porque en definitiva la reforma no hace otra cosa que consagrar algunas graves alternativas que se podrían dar ante el silencio de esas normas y ser validadas igualmente, como sosteníamos, antes de tal reforma.

**García Luis M, La vigilancia de las telecomunicaciones y otras comunicaciones interpersonales según la jurisprudencia elaborada en torno al Código Procesal Penal de la Nación. El procesamiento en el Código Procesal Penal de la Nación, p.303. Publicado en Garantías constitucionales en la investigación penal, compiladores Plazas F. y Hazan L., Ed. Del Puerto BsAs, 2006.**

*“No veo objeciones constitucionales de principio a esta excepción, que por lo demás tiene antecedentes en el derecho comparado, siempre que los presupuestos del ejercicio de tal autoridad por los fiscales sea sujeto a un escrutinio estricto por parte de los jueces, lo que todavía está por verse”.*

#### **D) JURISPRUDENCIA**

**VALIDEZ DE LA CONVALIDACIÓN JUDICIAL FUERA DE LAS 24 HORAS. Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro.4 de San Martín, sentencia en la causa 1624 de fecha 18 de mayo de 2007, caso Carniglia, (voto de los jueces María Lucía Cassain y Alejandro de Korvez)**

*“Si bien el artículo 236 del CPPN establece que en la investigación de delitos previstos en los artículos 142 bis y 170 del CP, cuando existiere peligro en la demora, estas podrán ser dispuestas por el Ministerio Público, ello no significa que en tales supuestos desaparezca la intervención jurisdiccional, sólo que en vez, de efectuarse en el momento de ser ordenada, es convalidada luego por el juez –como en el sub judice- e indudablemente una demora en horas no pasa de ser meramente una irregularidad irrelevante, que en modo alguno puede constituir una nulidad absoluta (art. 170 inciso 1 CPPN)”*

**NULIDAD DE LA CONVALIDACIÓN JUDICIAL FUERA DE LAS 24 HORAS. Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro.4 de San Martín, sentencia en la causa 1624 de fecha 18 de mayo de 2007, caso Carniglia, (voto del Dr. Diez Ojeda)**

*“...Las intervenciones fueron ordenadas por la fiscal de intervención sin dar adecuado cumplimiento a lo dispuesto por el tercer párrafo del artículo 236. En todos los casos, salvo el primero, se omitió dictar un auto fundado, donde se haga constar las circunstancias que provocaban el peligro en la demora y tampoco se cumplió con la inmediata comunicación al juez, por lo que las convalidaciones se practicaron largamente vencido el término improrrogable de veinticuatro horas exigido por la ley, bajo sanción de nulidad e ineficacia de la prueba introducida.*

*Es más, ninguna circunstancia fáctica emerge de las constancias de la causa, ni de la prueba recibida en la audiencia, que acrediten un peligro en la demora que haya impedido solicitar al juez las interceptaciones telefónicas y, menos*

*aun, que luego de haber hecho uso de facultad tan excepcional, se cumpla con la carga legal de anotar inmediatamente al juez de intervención. Tampoco los déficits señalados pueden subsanarse con las convalidaciones judiciales. Ellas se realizaron por decreto, fuera del término legal, sin una adecuada fundamentación, que exteriorice el control de razonabilidad, que le ha sido deferido por ley, en protección de los derechos fundamentales involucrados. La práctica judicial cotidiana, en nuestro ámbito, como puede observarse en numerosos expedientes, demuestra que no resulta difícil obtener de los jueces órdenes de interceptación telefónica mediante auto fundado, en breve plazo.”*

**INTERVENCIÓN POR ORDEN DEL FISCAL DE CORREOS ELECTRÓNICOS. SECUESTRO EXTORSIVO CON VÍCTIMA DESPAPARECIDA. Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Corrientes 14/6/07 “Gloria Pompeya Gómez de Schaerer f/ Denuncia p/ Sup. Secuestro Extorsivo”.**

*“Al momento de sancionarse la Constitución Nacional no existían los adelantos tecnológicos como los que se tienen a consideración, y es por ello que el Art. 18 de la C.N. destaca la fórmula “El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinara en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación”. A su vez, el art. 5 de la ley 25.520 dispone: “Las comunicaciones telefónicas postales, de telégrafo o facsímil o cualquier otro sistema de envío de objetos o transmisión de imágenes, voces o paquetes de datos, así como cualquier tipo de información, archivos, registros y/o documentos privados o de entrada o lectura no autorizada o no accesible al público, son inviolables en todo el ámbito de la República Argentina, excepto cuando mediare orden o dispensa judicial en sentido contrario”.*

*Es evidente que el planteo se enlaza también con la esfera de la intimidad protegida por el Art. 19 de la C.N. que reza “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”. El derecho a la intimidad está garantizado también por diversas normas y tratados internacionales, ratificados por nuestro país, así como por el art. V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por el art. 11 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, etc.*

*Nuestra Constitución Nacional protege esos derechos a condición de que no ofendan al orden y a la moral pública o perjudiquen a un tercero. Es allí donde encontramos sus límites.*

*La naturaleza de las actividades que la investigación puso de manifiesto no referían a los actos privados, personales y/o profesionales de los imputados. No se hurtaban en los aspectos íntimos o familiares (sus actos privados) sino en las acciones y comunicaciones que pudieran estar ligados a un hecho delictuoso, lo que evidentemente implica el perjuicio a terceros (víctima y sus familiares al que alude la cláusula constitucional).*

*Las cuentas de correo electrónico proporcionadas por las diversas empresas establecen determinados “términos y condiciones” así como “políticas de uso y privacidad” de dichas cuentas, que son aceptadas por el usuario al obtener su cuenta de correo electrónico gratuita o no.*

*En ciertas compañías, tales como Yahoo, Hotmail, Ubbi, Google, Arnet, Flash, Speedy entre muchísimas otras, se observa que la empresa proveedora pueda revelar y/o acceder a la información personal de los usuarios si ello fuere requerido por ley o en la creencia de buena fe de que tal acción es necesaria para cumplir las leyes o responder a las órdenes judiciales dirigidas a dichas*

*empresas o sitios Web, proteger y defender los derechos o la propiedad de los mismos y/o actuar en circunstancias urgentes para proteger la seguridad personal de los usuarios de los servicios brindados por las empresas o del público en general.*

*En definitiva, quien tiene el derecho de exclusión o permiso para acceder a la información, según la inteligencia y alcance del art. 18 de la C.N; es el proveedor del servicio y no el usuario quien –por otra parte y ab initio- ha otorgado su aquiescencia para permitir que toda la información existente se brinde en caso de un requerimiento legal o judicial. No cabe exigir entonces un auto fundado y la emisión de una orden judicial porque a la situación de excepción que prescribe el art. 5 de la ley 25.520, se suma la aquiescencia del usuario al haber aceptado las condiciones de uso y políticas de privacidad de la compañía (...) debe concluirse que no se han violado las cláusulas constitucionales que protegen la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia epistolar, los papeles privados, y la esfera de la intimidad (arts. 18 y 19 C.N.), y toda vez que el derecho de exclusión y la expectativa de privacidad (“expectativa justificable de intimidad”) se encontraban supeditados a las exigencias del bien común”.*

*(...) Por su parte, fue el Ministerio Público Fiscal quien efectuó la solicitud de informes en su autoridad competente a cargo de una investigación judicial penal, en el regular ejercicio de sus atribuciones (Art. 196 bis, ss y cc, del CPPN) y en especial porque así lo permite la facultad emergente del Art. 26 de la Ley Orgánica del Ministerio Público. Ello es así toda vez que se está en presencia de un secuestro extorsivo en el que la víctima se encontraba –y aún lo está- desaparecida, por lo que se procedió a la investigación en el marco de la vigencia de la Ley 25.760, que otorga mayores atribuciones a los fiscales”*