



CONGRESO DE LA REPUBLICA
ÁREA DE TRÁMITE DOCUMENTARIO
05 JUN 2018
RECIBIDO
Firma _____ Hora 3:00 pm

PROYECTO DE LEY N° 2962/2017-CR

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL PRIMER PÁRRAFO NUMERAL 4 DEL ARTICULO 230 DEL CODIGO PROCESAL PENAL REFERIDO A LA INTERVENCION DE COMUNICACIONES Y TELECOMUNICACIONES.

El Congresista de la República, **MODESTO FIGUEROA MINAYA**, integrante del grupo parlamentario Fuerza Popular y los demás congresistas que suscriben, en ejercicio de la potestad conferida por el artículo 107° de la Constitución Política del Estado, concordante con los artículos, 22° Inc. c), 75° y 76° del Reglamento del Congreso, propone al Congreso de la República lo siguiente:

FÓRMULA LEGAL

LEY QUE MODIFICA EL PRIMER PÁRRAFO NUMERAL 4° DEL ARTICULO 230° DEL CODIGO PROCESAL PENAL REFERIDO A LA INTERVENCION DE COMUNICACIONES Y TELECOMUNICACIONES

Artículo 1° Objeto de la Ley

La presente ley tiene por finalidad que los concesionarios de servicios públicos de las telecomunicaciones entreguen la información requerida por el juez en un plazo máximo de treinta días hábiles.

ARTÍCULO 2°. – **Modificación del artículo 230° del Código Procesal Penal**
Modifíquese el primer párrafo del numeral 4 del artículo 230 del Código Procesal Penal, el mismo que queda redactado de la siguiente manera:

Artículo 230°. – **Intervención, o grabación o registro de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación.**
(...)

4. Los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones deben facilitar, en forma inmediata, la geolocalización de teléfonos móviles y la diligencia de intervención, grabación o registro de las comunicaciones que haya sido dispuesta mediante resolución judicial, en tiempo real y en forma ininterrumpida, las 24 horas de los 365 días del año, **en un plazo máximo de treinta días hábiles**, bajo apercibimiento de ser pasible de las responsabilidades de Ley en caso de cumplimiento. Los servidores de las indicadas empresas deben guardar secreto acerca de las mismas, salvo que se les citare como testigo al procedimiento.
(...)

Artículo 3 Vigencia.

La presente ley entra en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial el peruano comunicúese al señor Presidente de la Republica para su promulgación.

Lima, mayo de 2018.

MODESTO FIGUEROA MINAYA
Congresista de la República

Daniel Salaverry Villa
Portavoz

Grupo Parlamentario Fuerza Popular

142177-ATD

Handwritten signature of Carlos Domínguez Herreño

Handwritten signature of Esthefania...

Handwritten signature of Víctor...

Handwritten signature of Juan...



EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. ANTECEDENTES:

El artículo 230° Intervención, o grabación o registro de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación.

- 4 Los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones deben facilitar, en forma inmediata, la geolocalización de teléfonos móviles y la diligencia de intervención, grabación o registro de las comunicaciones que haya sido dispuesta mediante resolución judicial, en tiempo real y en forma ininterrumpida las 24 horas de los 365 días del año, bajo apercibimiento de ser pasible de las responsabilidades de Ley en caso de cumplimiento. Los servidores de las indicadas empresas deben guardar secreto acerca de las mismas, salvo que se les citare como testigo al procedimiento.

- 4 Los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones deben facilitar, en forma inmediata, la geolocalización de teléfonos móviles y la diligencia de intervención, grabación o registro de las comunicaciones que haya sido dispuesta mediante resolución judicial, en tiempo real y en forma ininterrumpida las 24 horas de los 365 días del año, **en un plazo máximo de treinta días hábiles** bajo apercibimiento de ser pasible de las responsabilidades de Ley en caso de cumplimiento. Los servidores de las indicadas empresas deben guardar secreto acerca de las mismas, salvo que se les citare como testigo al procedimiento.

PROBLEMÁTICA:

Para comprender sobre las actas de transcripción de la **INTERVENCIÓN Y CONTROL DE COMUNICACIONES Y DOCUMENTOS PRIVADOS, AUTORIZADOS POR MEDIDA JUDICIAL**, a fin de merituar su valor probatorio se debe primero, verificar la observancia de la legalidad procesal y si el procedimiento se ha realizado con arreglo al principio de proporcionalidad puesto que este ejercicio procesal encaminado a la **BUSQUEDA DE PRUEBAS** contiene intrínsecamente la Restricción de Derechos Fundamentales. Así lo prescribe el artículo 202° del Código procesal penal, respecto a la legalidad procesal y 203° 1) del mismo código respecto a qué medidas limitativas de derechos deben realizarse con arreglo al **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**.

El Principio de Proporcionalidad, como marco regulador de las medidas limitativas de derechos, resulta inherente al Estado de Derecho, al valor de justicia, y al principio de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos configurándose además como un requisito de orden constitucional y no mera legalidad ordinaria y al mismo tiempo como pilar esencial de toda autorización judicial de injerencia en el secreto de las comunicaciones.



Por otro lado, se debe tomar en cuenta que la incorporación sobre la prueba ilícita en el Código procesal penal es de recibido en el artículo VII del Título Preliminar se prescribe que *"Todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio"*.¹

La actividad probatoria en el proceso penal está regulada por la constitución (...) ² *"Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la Ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidos por la Ley. (...)"* ³ "El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

ALCANCES DEL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES.

La Constitución reconoce este derecho en los términos siguientes: Toda persona tiene derecho: *"...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"*.⁴ 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 Samuel B. Abad Yupanqui. El derecho al secreto de las comunicaciones 15 anota Balaguer Callejón

¹ Artículo VII Título preliminar - Código procesal penal

² Artículo 155° Código procesal penal

³ Artículo 157° Código procesal penal

⁴ Artículo 2 inciso 10 de la constitución política del Perú



(1995: 13): «En cualquier caso, intimidación 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 16 Pensamiento Constitucional Año XVI N° 16 / ISSN 1027-6769 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»⁵

(Enfoque Dogmático del texto constitucional) Que, el autor Gómez Colomer ha señalado: el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, implica que cualquier persona física o jurídica, nacional o extranjera tiene garantizado por la Constitución que sus relaciones habladas o escritas con otras personas, sea cual fuere su contenido, no pueden ser escuchadas, espiadas, interceptadas, conocidas ni hechas públicas sin su consentimiento, por terceros o autoridades, salvo que sea ordenado por resolución motivada de un Juez.⁶

(Análisis del texto Constitucional) Que, el texto constitucional en análisis establece como presupuesto general la Inviolabilidad de las Comunicaciones y como excepción: 1) Su apertura, 2) Incautación, 3) Interceptación o 4) su intervención por mandato judicial; esto es ya en el mismo texto constitucional encontramos distinción entre lo que es una apertura de comunicación, una incautación, una interceptación y una intervención; en dicho sentido nos encontramos ante un bagaje de posibilidades de actuación para poder tener acceso a comunicaciones o telecomunicaciones; siempre con mandato judicial. Siendo que además el autor Juan Morales Godo.⁷ ha señalado el bien jurídico tutelado es la intimidad de las comunicaciones personales orales, e implica necesariamente **la no interceptación y escucha de la conversación** por parte de un tercero, que... se introduce en la línea telefónica para captar el dicho de los dialogantes.

En dicho contexto la definición de Interceptación e intervención de comunicaciones está referida a introducirse en la línea telefónica para captar el dicho de los intervenidos; más no el acceso a información respecto al titular de la línea de teléfono y el record de llamadas ya efectuadas, lo cual en obvio sentido es distinto.

(Texto Procesal Penal) Que, el artículo 230° del Nuevo Código Procesal penal señala "El Fiscal cuando existan suficientes elementos de

⁵ Samuel B. Abad Yupanqui. El derecho al secreto de las comunicaciones.

⁶ La Constitución Comentada, Tomo I, editorial Gaceta Jurídica, año 2005, página 138.

⁷ Ob. Cit, página 143.



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 con las investigaciones, podrá solicitar al Juez de Investigación Preparatoria la intervención y grabación de comunicaciones telefónicas, radiales o de otras formas de comunicación".

(Análisis del texto procesal penal a la luz del Texto Constitucional)

Que, el texto legal (art. 230° del Nuevo Código Procesal Penal), ha establecido que el Fiscal solicitará la intervención de las comunicaciones o telecomunicaciones y grabación de las mismas; cuando el tipo penal investigado tenga una pena privativa de libertad mayor de cuatro años; sin embargo esta intervención y grabación de las comunicaciones, tiene por finalidad intervenir un teléfono y grabar la conversación; lo cual es diferente a acceder solamente al nombre del titular del equipo telefónico y al record (listado) de llamadas efectuadas, marcadas y recibidas; en consecuencia debe entenderse que la regulación Constitucional ha sido más amplia que la regulación procesal penal, esto en virtud que la primera ha amparado como excepción al texto constitucional: 1) la apertura, 2) la incautación, 3) la interceptación y 4) la intervención, mientras que el código procesal penal ha regulado solamente las dos últimas (entiéndase supeditadas a que el tipo penal tenga un margen normativo de cuatro años de pena privativa de libertad); en consecuencia al no existir una limitación legal (penológica) para el pedido de acceso al nombre del titular del teléfono y al record de llamadas telefónicas resulta factible poner una fecha límite para la recepción de la información solicitada que no debe exceder los sesenta días naturales.

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.

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.⁸

⁸ Samuel B. Abad Yupanqui. El derecho al secreto de las comunicaciones.



LOS "PETROAUDIOS": 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»⁹.

PROPUESTA DE SOLUCION:

La presente iniciativa persigue como principal objetivo, que se aplique un plazo razonable de treinta días hábiles para la entrega de la información requerida, por el juez a fin de poder mejorar la eficacia procesal de los casos en las que se requiere el levantamiento de las comunicaciones.

EFFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA

La vigencia de la presente ley no trasgrede normas constitucionales ni otras normas vigentes, y solo modifica parte de un artículo del Código procesal Penal.

ANALISIS COSTO BENEFICIO

La presente iniciativa legislativa no genera gastos y no afecta al presupuesto de las entidades públicas.

⁹ STC 0655-2010-PHC/TC, del 27 de octubre de 2010.