

ALGUNAS CONSIDERACIONES BÁSICAS SOBRE LA PROTECCIÓN DEL SECRETO E INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS

JUAN RIVADENEYRA SÁNCHEZ

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.
Profesor invitado por la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco.

SUMARIO:

I. Introducción.- II. Orígenes y bien jurídico tutelado.- III. Consagración constitucional.- IV. Legislación nacional.- V. Elementos y alcances: 1. Componente subjetivo; 2. Componente objetivo; 3. Precisiones en cuanto a la normativa nacional; 3.1. Definición de los actos violatorios del secreto de la telecomunicaciones telefónica; 3.2. Contenido y extensión de la comunicación telefónica; 3.3. La protección de los datos personales; 3.4. Excepciones.- VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Tan antigua como la aparición y existencia del ser humano sobre la tierra, es la necesidad de este para comunicarse y transmitir emociones, ideas, sentimientos e información. Desde tiempos antiguos, los chinos aplicaban técnicas para la impresión y fabricación del papel, los babilonios emplearon la impresión con sellos de arcilla y, en la Edad Media, se hicieron grabados de páginas enteras usando grabados de madera; todo ello con el fin de comunicarse *letu sensu* con otros individuos, mediante una serie de manifestaciones en los más diversos órdenes.

Un hito fundamental en los intentos de "globalización" de la comunicación fue dado por el orfebre alemán, Johannes Gutenberg quien, para el año 1450, luego de experimentar por veinte años, ya había logrado perfeccionar su imprenta con tipos móviles (aunque luego tardó unos cuatro años más en dominar el proceso de composición e impresión). Su trabajo tendría luego enormes consecuencias culturales y sociales; gracias a ello, las novedades "de último momento" como el descubrimiento de América por Colón, las hazañas de Enrique el Navegante o las ideas del Renacimiento fueron posibles de ser comunicadas, diseminadas y conocidas por muchas personas en el mundo y en poco tiempo, en comparación a etapas anteriores.

Sobre la base de lo anterior, el siglo XV parecía esbozarse como el punto de partida que generaría el despegue de todo un proceso hacia la proliferación de otros nuevos medios comunicacionales. No obstante, el devenir histórico demostraría que, por el contrario, más bien hubo una evolución muy lenta en el tiempo. En efecto, casi con intervalos de cien años se sucedieron los inventos comunicacionales más relevantes: el periódico (1600), el telégrafo (1800) y el teléfono (1886).

La entrada al siglo XX y la aparición de la denominada Tercera Revolución Industrial, fueron determinantes para reducir la secuencia en el tiempo de aparición de nuevos medios de comunicación: la radiodifusión (1920), la televisión (1930), el computador (1950), el facsímil (1970) e Internet (1980), sin mencionar casos más cercanos como la telefonía móvil o la banda ancha, entre otros.

No obstante, todo este proceso de desarrollo, desde sus inicios, siempre ha estado presente en la vida cotidiana del ser humano, la comunicación interpersonal presencial o a distancia, en tanto proceso de interacción social basado en el lenguaje, la transmisión de mensajes, símbolos y señales. Podría afirmarse –sin temor a equivocación– que, hoy como ayer, las personas pasan más tiempo comunicándose con sus semejantes que realizando cualquier otra actividad.

La comunicación (humana) se presenta así como un concepto intrínseco a la persona, que le atañe exclusivamente. Una de sus variables instrumentales más relevantes en estos tiempos, por su frecuencia de empleo, son las telecomunicaciones y, en particular, las comunicaciones telefónicas. Estas, a la par de todos los resultados, beneficios sociales y económicos que ha trasladado a la persona y la sociedad en su conjunto, son objeto de toda una serie de regulaciones técnicas, jurídicas y económicas, teniendo como fin primordial el ser un vehículo de pacificación y desarrollo.¹

Desde el punto de vista del individuo, el empleo de las telecomunicaciones se constituye como un derecho básico cuyo ejercicio está directamente vinculado a la voluntad del sujeto y que se ejerce conforme a la normativa interna de cada país, en términos de derechos y obligaciones. Uno de esos derechos lo constituye, precisamente, el derecho a la inviolabilidad y secreto de las comunicaciones que tengan como interviniente a dicho sujeto.

El derecho subjetivo a la inviolabilidad y secreto de las comunicaciones ha sido, a lo largo del tiempo, materia de innumerables discusiones jurídicas en cuanto a si se trata de un derecho absoluto o relativo; esto es, si es que admite o no excepciones, en términos del conocimiento o acceso que puedan tener terceros respecto de las mismas. Ciertamente, adelantamos que es casi un patrón común en la legislación comparada admitir algunas excepciones, pero bajo ciertas situaciones, requisitos y criterios muy puntuales.

Recientemente, en los Estados Unidos, el tema del secreto de las telecomunicaciones se ha vuelto a poner sobre el tapete a raíz de un reporte de investigación publicado por el prestigioso diario *USA Today*, en el que se daba cuenta de una recolección de datos (registros de llamadas telefónicas) por parte de la Agencia Nacional de Seguridad² como parte de las acciones de inteligencia que habría adoptado el Gobierno norteamericano luego de los atentados del 11 septiembre de 2001. Si bien las investigaciones en torno a la veracidad y alcances de la denuncia se encuentran aún en curso, esta ha sido una nueva ocasión para abrir el debate sobre los límites del derecho a la inviolabilidad y secreto de las telecomunicaciones que hoy en día enfrenta, además, una situación muy particular, derivada de la intersección de dos fuerzas emergentes muy poderosas: terrorismo y tecnología. La disyuntiva en estos tiempos pasa por definir si la balanza se inclina por la primacía de los intereses y derechos individuales o por los intereses del Gobierno o la sociedad en su conjunto.

En este contexto, estas líneas tienen por objeto plantear algunas breves y puntuales reflexiones sobre los aspectos básicos en cuanto al alcance de este derecho, centrándolas en el caso de las comunicaciones telefónicas, dejando por un momento de lado –por limitaciones de espacio– el abordaje pleno del tema de las demás comunicaciones (aunque, en gran medida, un buen número de las reflexiones alcanzan a todas ellas).

II. ORÍGENES Y BIEN JURÍDICO TUTELADO

Desde tiempos remotos, en Roma se acuñó la frase “perkustración” –frase aún no recogida por la Real Academia– para referirse a la violación del secreto de la correspondencia (frase que proviene del latín “perkustro”)³ que tenía como sustento la protección del derecho a la intimidad personal. Posteriormente, se le identifica a este como uno de los más antiguos derechos humanos,

¹ Cf. Artículo 1 del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobada por Decreto Supremo No. 013-93-TCC y recientemente modificado por la Ley 28737.

² Cf. *USA Today* (Thursday, May 11, 2006) “NSA has massive database of American’s phone calls”, pag. 1A; *USA Today* (Fri, Sat, Sun, May 12-14, 2006) “Furore erupts over NSA’s secret phone call database”, p. 1A. “The National Security Agency has been secretly collecting the phone call records of tens of millions of Americans using data provided by AT&T Verizon and BellSouth (...) The NSA program reaches into homes and businesses across the nation by assessing information about the calls of ordinary Americans- most of whom aren’t suspected of any crime. This program does not involve the NSA listening to or recording conversations (...)”.

³ MARTÍN MORALES, Ricardo, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Editorial Civitas, Madrid, 1995, p. 21.

con sus primeras manifestaciones, como el derecho a la inviolabilidad del domicilio –cuyo sustrato se identifica también con el derecho a la intimidad–, que se remontan a tiempos de la Edad Media.

A finales del siglo XVIII, la Asamblea Nacional Francesa ya había proclamado formalmente el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia. Desde ese momento, se sucedieron las diversas consagraciones constitucionales en otras partes del mundo y, por cierto, también con su reconocimiento posterior en normas supranacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos⁴, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948⁵, con lo cual se evidencia su estrecha vinculación con el valor supremo de la libertad individual.

Si bien en todo este devenir histórico y legislativo han circundado al tema diversos derechos consagrados (inviolabilidad de correspondencia, de domicilio, de las comunicaciones, reserva de los datos personales, etc), aparece como evidente que el objeto de protección siempre gira sobre el denominado derecho a la intimidad.

La persona, a lo largo de su existencia, tiene sentimientos, pensamientos, interviene en hechos que, en principio, le atañen exclusivamente a ella por ser íntimamente vinculados a la esfera individual. Se trata de una serie de eventos relacionados con sus emociones, experiencias o vivencias personales, de impresiones, opiniones o, en general, de hechos que se ubican en un área exclusiva de su vida. Es, típicamente, un derecho *intuitu personae*. Ergo, la posibilidad de que terceros accedan o divulguen aquello que se encuentra en la esfera privada del sujeto, es algo cuya viabilidad le corresponde única y exclusivamente al sujeto; expresado de otro modo, sólo el sujeto titular del derecho es quien de manera autónoma puede decidir si permite que terceros accedan al conocimiento o divulguen aquello que se encuentra dentro del ámbito de su propia esfera privada.

De modo resumido, aparece entonces como un derecho que afecta, en relación con su objeto, a la dimensión moral de la persona, por lo que podría afirmarse que lo anterior delimita la caracterización del concepto del derecho a la intimidad, en tanto bien jurídico tutelado. En el mismo, como se aprecia, subyace claramente el derecho a la autodeterminación del individuo o el valor supremo de la libertad individual.

Lo anterior, a nuestro juicio, determina que la protección del derecho al secreto o inviolabilidad de las comunicaciones se presente más bien como una garantía de corte formal, pero no por ella desprovista de la debida protección legal. Se constituye, entonces, como una garantía formal que tutela directamente el derecho a la intimidad.

III. CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL

Dada su vinculación con valores supremos como el de la libertad o la intimidad, el derecho a la inviolabilidad o secreto de las comunicaciones suele tener consagración a nivel constitucional en una gran mayoría de países del mundo⁶ y a lo cual no es ajena la región latinoamericana.

⁴ Numeral 2 de su artículo 11: "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación".

⁵ Artículo 12: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques".

⁶ Cfr. Constitución de Antigua y Barbuda (artículo 5), Constitución de Chipre (artículo 17), Constitución de Dinamarca (artículo 72), Constitución de España (artículo 18), Constitución de Alemania (artículo 10), Constitución de Bélgica (artículo 29), Constitución de Finlandia (artículo 10), Constitución de Grecia (artículo 19), Constitución de Italia (artículo 15), Constitución del Reino de Países Bajos (artículo 13), Constitución de Portugal (artículo 34), Constitución de Suecia (artículo 6), entre otros textos constitucionales.

La legislación comparada presenta prácticamente unanimidad en torno a la naturaleza constitucional del derecho a la inviolabilidad y secreto de las telecomunicaciones. Diversas Constituciones de países latinoamericanos han recogido dicha protección, entre las cuales destacamos la de Brasil (artículo 5), Costa Rica (artículo 24), Cuba (artículo 57), El Salvador (artículo 24), Guatemala (artículo 24), Honduras (artículo 100), México (artículo 16), Panamá (artículo 29), Paraguay (artículo 36), Uruguay (artículo 28) y Venezuela (artículo 48).

IV. LEGISLACIÓN NACIONAL

En lo que corresponde a la legislación nacional, el principio del derecho a la inviolabilidad y secreto de las telecomunicaciones estuvo presente desde la Constitución de 1933. Es interesante, en este caso, evidenciar la evolución y extensión de los alcances del derecho, que se ha experimentado en los dos textos constitucionales que le sucedieron, como producto y en clara muestra de adecuación al desarrollo tecnológico y la aparición de nuevos medios para cursar comunicaciones (omisión de toda referencia a comunicaciones telefónicas en la Carta Magna del 33; inclusión de las comunicaciones cablegráficas y telegráficas en la Carta Magna del 79; y, finalmente, inclusión del concepto omnicompreensivo de telecomunicaciones en la Carta del 93):

Constitución para la República del Perú (1933)

Artículo 66.- *"La correspondencia es inviolable. Las cartas y papeles privados no pueden ser ocupados, interceptados ni registrados, sino por la autoridad judicial, en los casos y en la forma establecidos por la ley. No producen efecto legal las cartas y los papeles privados violados o sustraídos"*.

Constitución para la República del Perú (1979)

Artículo 2.- *"Toda persona tiene derecho: (...)*

8.- A la inviolabilidad y el secreto de los papeles privados y de las comunicaciones. La correspondencia sólo puede ser incautada, interceptada o abierta por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. El mismo principio se observa con respecto a las comunicaciones telegráficas y cablegráficas. Se prohíben la interferencia y la intervención de las comunicaciones telefónicas. Las cartas y demás documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal. Los libros comprobantes y documentos de contabilidad están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley".

Constitución para la República del Perú (1993)

Artículo 2.- *"Toda persona tiene derecho: (...)*

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados,

Añadimos, a nivel consultorio ver por ejemplo el caso europeo y la Directiva 97/66/CE/DOCE L 24 de 30/01/98; Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones. Artículo 4.- Confidencialidad de las comunicaciones.- 1. Los Estados miembros garantizarán, mediante normas nacionales, la confidencialidad de las comunicaciones realizadas a través de los redes públicas de telecomunicación y de los servicios de telecomunicación accesibles al público. En particular, prohibirán la escucha, la grabación, el almacenamiento u otros tipos de interceptación o vigilancia de las comunicaciones por personas ajenas de los usuarios, sin el consentimiento de los usuarios interesados, salvo cuando esté autorizada legalmente, de conformidad con el apartado 1 del artículo 14. 2. El apartado 1 no se aplicará a las grabaciones legalmente autorizadas de comunicaciones en el marco de una práctica comercial lícita destinada a aportar pruebas de una transacción comercial o de cualquier otra comunicación comercial.

interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal. Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial”.

La extensión de la cobertura normativa del secreto de las telecomunicaciones no es más que casi fiel reflejo de lo que en la legislación comparada se puede observar como un patrón evolutivo común que va aparejado del desarrollo de nuevos soportes de la comunicación. Las legislaciones del siglo XIX e inicios del siglo XX se concentran, únicamente, en la protección del secreto de la correspondencia, en tanto que, posteriormente, el surgimiento de muchos otros medios para cursar comunicaciones de manera más rápida y efectiva determinó la necesidad de la extensión del concepto.

En nuestro medio, el precepto constitucional relativo al secreto de las telecomunicaciones, también tiene su correlato en diversos textos legales: (a) artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones¹; (b) artículo 13 del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones²; (c) numeral 4.1 de la Directiva No. 002-96-MTC/15.17³; (d) artículo 8 de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades de OSIPTEL⁴, entre otros⁵.

Como no puede ser de otro modo, la normativa nacional cuenta también con la respectiva tipificación penal para el caso de violación de este derecho fundamental:

Código Penal Peruano (Capítulo IV; Violación del Secreto de las Comunicaciones)

Artículo 161.- Violación de correspondencia

“El que abre, indebidamente, una carta, un pliego, telegrama, radiograma, despacho telefónico u otro documento de naturaleza análoga, que no le esté dirigido, o se apodera indebidamente de alguno de estos documentos, aunque no esté cerrado, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con sesenta a noventa días-multa”.

Artículo 162.- Interferencia telefónica

“El que, indebidamente, interfiere o escucha una conversación telefónica o similar será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años. Si el agente es funcionario público, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4”.

Artículo 163.- Supresión o extravío indebido de correspondencia

“El que, indebidamente, suprime o extravía de su destino una correspondencia epistolar o telegráfica, aunque no la haya violado, será reprimido con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuenta días-jornadas”.

¹ Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo No. 013-95-TCC.

² Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo No. 027-2004-MTC.

³ Aprobada por Resolución Ministerial No. 622-96-MTC/15.17.

⁴ Aprobada mediante Ley 27336.

⁵ Se suelen incorporar también referencias al secreto de las telecomunicaciones y la protección de datos en los diversos contratos de concesión para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones que habilitan a los operadores a proveer tales servicios. Por solo citar un ejemplo, mencionamos el contrato de concesión celebrado entre el Estado Peruano y la CPT y ENTEL (hoy Telefónica del Perú): la empresa concesionaria establecerá medidas y procedimientos razonables para salvaguardar el secreto de las telecomunicaciones y mantener la confidencialidad de la información personal relativa a los usuarios que obtenga en el curso de sus negocios. La empresa concesionaria designará a nivel de la administración de la empresa el personal que estará a cargo de la implementación, cumplimiento y supervisión de tales medidas. La empresa concesionaria enviará al Ministerio y a OSIPTEL un informe anual sobre las medidas y procedimientos que se hayan

Artículo 164.- Publicación indebida de correspondencia

“El que publica, indebidamente, una correspondencia epistolar o telegráfica, no destinada a la publicidad, aunque le haya sido dirigida, será reprimido, si el hecho causa algún perjuicio a otro, con limitación de días libres de veinte a cincuenta jornadas”.

V. ELEMENTOS Y ALCANCES

En todo proceso de comunicación telefónica, se verifica la emisión, transmisión y/o recepción de mensajes, sonidos, datos o información de la más diversa naturaleza. Por tanto, para que se materialice toda comunicación telefónica se requiere necesariamente de:

- (i) un emisor (transmisor, llamante u originante de la comunicación);
- (ii) un receptor (llamado o destinatario del mensaje transmitido por el emisor); y,
- (iii) un medio o canal que posibilite la transmisión del mensaje del emisor hacia el receptor (para efectos de este análisis, el medio está constituido por la red o redes de telecomunicaciones de los denominados servicios de telefonía fija o telefonía móvil).¹²

I. Componente subjetivo

Sobre la base de considerar lo anterior –que atañe a una constatación elemental de todo proceso de comunicación telefónica–, puede afirmarse que, en lo que corresponde a los elementos subjetivos, la inviolabilidad y secreto de las comunicaciones telefónicas tiene dos sujetos titulares del derecho, esto es, tanto el sujeto llamante como el sujeto llamado.

Ciertamente, todo acto de tercero a efectos de difundir, escuchar, interceptar, interferir o intervenir comunicaciones telefónicas cursadas entre emisor y receptor, importa la invasión de la esfera privada y la afectación de la intimidad de ambos sujetos comunicantes, más allá de si el mensaje relevante ha sido o no transmitido por una sola de las partes intervinientes en la comunicación.

Es importante relevar el carácter dual de este derecho, puesto que no es infrecuente encontrar referencias prácticas a la identificación de un solo titular del derecho, restringiendo dicha titularidad a la parte llamante. Por lo demás, dicha percepción errada omite considerar que el carácter de emisor o llamante es atribuido usualmente respecto de la realización técnica de la comunicación telefónica (quién originó la llamada), que no guarda ninguna relación con el bien tutelado, pues, como se ha indicado, son ambos sujetos los titulares del derecho, más allá de que uno de ellos haya sido quien inició la comunicación o que uno sólo sea aquel que cursó el mensaje o comunicación materia de una eventual divulgación o interceptación. La protección del derecho a la inviolabilidad y secreto de las telecomunicaciones no se da, entonces, solo respecto de quien inicia la llamada o toma la iniciativa de llamar al receptor, sino de ambos intervinientes en la comunicación.

Emisor y receptor, en tanto personas naturales o jurídicas y sea cual fuese la posición en que se encuentran en el proceso comunicativo, se encuentran amparados en consecuencia y en un mismo pie por la protección legal respectiva. Desde esa perspectiva, podría sustentarse que, cualquier autorización a efectos del conocimiento por parte de terceros o divulgación de la existencia o

establecido en su funcionamiento y sobre los cambios y las mejoras necesarias, debiendo presentar tales informes el 15 de febrero de cada año, comenzando el año siguiente al de la fecha efectiva. La empresa concesionaria salvaguardará el secreto de las telecomunicaciones y mantendrá la confidencialidad de la información personal relativa a sus usuarios, que obtenga en el curso de sus negocios, salvo (i) el consentimiento previo, expreso y por escrito del usuario y demás partes involucradas o (ii) una orden judicial específica (Sección 8.09 (a)(b) Parte II – Contrato de Concesión ENTEL- Perú) (Sección 8.10 (a) – Contrato de Concesión CPT- Perú) (Sección 8.10 (a)(b) Parte I – Contrato de Concesión ENTEL- Perú).

¹² Cf. Clasificación de los servicios públicos de telecomunicaciones en Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones (Título I, Capítulo IV) y Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones (Sección Segunda).

contenido de una comunicación, pasa necesariamente por el consentimiento previo y expreso de ambos, tanto del emisor, como del receptor de la comunicación.

Un aspecto importante a relevar, es que la protección alcanza siempre a quienes efectivamente se comunican por vía telefónica y no necesariamente respecto de aquel(los) que es(son) titular(es) del medio por el cual se cursa la comunicación.

En efecto, en términos de la legislación sectorial nacional de las telecomunicaciones, la protección alcanza a los usuarios¹¹ del servicio telefónico, sean o no abonados¹² del servicio. Sin lugar a dudas que un abonado puede ser titular del derecho sujeto a protección, pero lo será sólo en la medida en que haya actuado simultáneamente como usuario del servicio y, concretamente, haya actuado como usuario respecto de la comunicación específica materia de protección.

Aunque evidente, no puede dejar de mencionarse que, a nuestro juicio, ambos titulares del derecho a la privacidad y secreto de las comunicaciones (emisor y receptor), lo son en cuanto personas (naturales o jurídicas) e independientemente de si han alcanzado o no la mayoría de edad. En este último caso, si bien en los menores de edad pueden existir grados de evolución, maduración y conciencia progresiva del sentido de lo que es la intimidad personal, ello no afectaría en lo absoluto su debida protección jurídica, con independencia si en la comunicación interviene o no como contraparte un mayor de edad (tómese como ejemplo y referente la protección a la imagen de menores que está consagrada y plenamente protegida para otros casos en la legislación).

Como se puede apreciar, la protección del derecho se verifica ante un escenario en el cual aparecen dos personas físicas (emisor y receptor) como intervinientes en la comunicación. No obstante, resulta conveniente mencionar que la protección inclusive puede extenderse en algunos casos puntuales en los que no haya existido un receptor (persona física) de manera inmediata, sino que el mensaje haya sido transmitido mediante el uso de servicios públicos de telefonía sin que se haya logrado establecer la comunicación interpersonal, sino más bien se haya depositado o almacenado el mensaje en medios magnéticos o similares, como lo pueden ser las denominadas casillas de voz. En dicho caso, no habrá un sujeto (persona) que habrá sido destinatario inmediato del mensaje cursado (lo será o podrá ser de manera mediata cuando acceda a la casilla y recupere el contenido del mensaje), pero sin duda alguna ello no menoscaba la protección jurídica que la normativa le otorga a ambos sujetos.

En consecuencia, la inmediatez de la recepción de la comunicación telefónica o la potencialidad de acceso diferido por parte del receptor no obsta para la protección de su reserva e inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas. Más aún, podría afirmarse, inclusive, que la no recuperación del mensaje por parte del receptor, tampoco menoscaba la debida protección legal pues, cuando menos, respecto del originante se plantea la misma necesidad de tutela de la intimidad.

Frecuentemente, también se plantea la interrogante respecto de si es materia de protección la reserva o inviolabilidad de las comunicaciones en caso uno o ambos intervinientes hayan fallecido. ¿Son derechos puramente intuitu personae que se extinguen ante el deceso de las partes? ¿Trasciende este derecho a la vida de las personas de modo tal que pueda ser ejercido por sus sucesoras? En la hipótesis de fallecimiento de una de las partes, por lo indicado anteriormente, estimamos que la situación de protección es exactamente la misma y se mantiene inólumna. En el caso de fallecimiento de ambos, la situación puede presentar ciertas particularidades de modo tal que, en algunos casos

¹¹ Entendiéndose por tal a la persona que utilice efectivamente el servicio telefónico con diversos fines, aunque no haya contratado dicho servicio o sea titular de la línea telefónica por la cual se ha cursado la comunicación.

¹² Entendiéndose por tal a la persona física o jurídica que sea parte o haya suscrito un contrato con el respectivo proveedor u operador del servicio de telefonía para la prestación de tales servicios.

límite, podría pensarse en admitir algunas excepciones, sobretudo en aquellos supuestos donde la revelación (aunque no haya tenido el consentimiento expreso de las partes antes de fallecer) no produciría daño alguno ni afectaría la imagen de ambas partes, por tratarse de información que ha perdido actualidad o ya no reviste ninguna relevancia personal o social.

Finalmente, un par de casos –interesantes y de no muy pacífica solución– mencionados por la doctrina están relacionados a la tutela del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas en el entorno de las relaciones familiares.¹⁵

El primero, se refiere al caso de la potestad de los padres respecto de sus hijos para intervenir de cualquier manera en las comunicaciones telefónicas de estos. En este caso, se plantea de modo general, la no penalización del hecho, siempre y cuando exista un valor superior a proteger como es la indispensable protección del hijo. No obstante, la doctrina recomienda que cada caso sea analizado en función a sus propias particularidades.

Debe anotarse que en la situación planteada, en el caso de la legislación nacional, eventualmente podrían presentarse algunos problemas derivados de la tipificación penal del respectivo delito, tomando en cuenta que, para este supuesto, en algunos casos de la legislación comparada, se identifican normas expresas a título de excepción (por ejemplo el artículo 497 del Código Penal Español, que excluye de la tipificación a los padres, tutores o quien hagan sus veces, respecto de las comunicaciones o cartas de sus hijos menores que se encuentren a su cargo o bajo su dependencia); excepción que no se identifica claramente en la normativa nacional.

Lo planteado en el párrafo anterior, por cierto, no resulta de aplicación en el caso de hijos mayores de edad, en el cual, entendemos, se aplica la regla general y se consagra la plena protección como en cualquier otro caso común.

El segundo caso se relaciona con la intervención o interferencia de las comunicaciones telefónicas entre los cónyuges. En este supuesto, de manera general, se refiere también a una remisión de la casuística en cada situación, aunque se identifica claramente el argumento de refuerzo de la libertad e individualidad de las personas.

Dentro de lo que se podría denominar la intimidad conyugal, se distingue entre la intimidad de cada una de las personas consideradas en su singularidad y la cesión bilateral de una parte de esa intimidad como cuota que pasa a integrarse en la vida privada de la pareja. Es obvio que la decisión de dos personas de compartir su vida comporta un recíproco derecho de acceso a algunos aspectos de la intimidad del otro, pero ello no puede llegar a suponer la desaparición de todo espacio íntimo. El afecto matrimonial no encierra la intimidad de cada uno de los cónyuges, del mismo modo que la sexualidad compartida no elimina el derecho a la libertad sexual, que es lo que hace posible que, incluso en el matrimonio, pueda existir un delito de violación.¹⁶

2. Componente objetivo

El componente objetivo, tal como se mencionó en líneas anteriores, está dado por el medio a través del cual se posibilita la comunicación; esto es, las redes de telecomunicaciones¹⁷ por las cuales se presta el servicio telefónico, sea telefonía fija o telefonía móvil.

¹⁵ MARTÍN MORALES, Ricardo, *Op.Cit.*, p. 69 y siguientes; asimismo ver SAENZ CAPEL, José El derecho a la intimidad y las escuchas telefónicas, DFN Editora, Argentina, 1999, p. 72 y ss.

¹⁶ MARTÍN MORALES, Ricardo, *Op.Cit.*, p. 72.

¹⁷ Entendiéndose por red de telecomunicaciones a los sistemas de transmisión, equipos de conmutación y otros recursos que permiten la transmisión de señales entre puntos de terminación delimitados por cable, por medios radioeléctricos, por medios ópticos o por otros medios electromagnéticos que se utilizan, total o parcialmente, para la prestación de servicios públicos de telecomunicación tales como el servicio telefónico fijo o móvil.

Resulta importante advertir que este componente no se limita a los extremos visibles o perceptibles de la comunicación como podrían ser los aparatos terminales (v.g. teléfonos), sino que se extiende a toda la red e infraestructuras que posibilitan e intervienen en esa comunicación (red con todos sus elementos de acceso, conmutación y transporte a diversos niveles).

Las comunicaciones telefónicas que, para estos efectos, son objeto de protección legal mediante su reserva, pueden ser cursadas de manera indistinta mediante la intervención de una sola red de comunicaciones o mediante la intervención de más de una red y más de una empresa operadora del servicio telefónico. Esto último ocurrirá, por ejemplo, cuando una de las partes es abonado de una empresa prestadora del servicio diferente a la de la otra parte interviniente en la comunicación y, en cuyo caso esta se posibilita merced a la interconexión de las redes (siguiendo a la doctrina regulatoria más reconocida¹⁶ puede definirse a la interconexión como el conjunto de acuerdos de orden técnico, jurídico y económico que materializan la unión física entre dos redes –de diferentes operadores– con el objeto que los clientes de una de ellas puedan comunicarse en cualquier momento con los clientes de la otra y viceversa).¹⁷

Puede ocurrir también que la comunicación implique la intervención de redes de otras empresas distintas a las interconectadas (que, en ambos extremos, son proveedoras del servicio, sea ya al emisor o al receptor de la llamada telefónica, respectivamente). Será ese el caso, cuando, por ejemplo, además de las redes del llamante y llamado, interviene o intermedia una tercera red que provee el transporte de larga distancia mediante una infraestructura distinta; caso típico es el de las llamadas de larga distancia internacional.

Lo anterior cobra relevancia, pues, en el análisis de los casos de posibles violaciones al secreto y reserva de las comunicaciones telefónicas, en los que pueda resultar fundamental identificar en qué extremo del conducto comunicacional o en qué parte de la red o redes involucradas es que se puede haber materializado dicha violación, a efectos de la identificación del infractor. En cualquier caso, siendo ello transparente para emisor y receptor, resulta conveniente que ambos sujetos sean conscientes de que la comunicación puede estar siendo cursada con la intervención de más de una empresa operadora del servicio y con múltiples redes de diversos operadores.

3 Precisiones en cuanto a la normativa nacional

3.1. Definición de los actos violatorios del secreto de las comunicaciones telefónicas

La formulación de la normativa interna delinea sus textos poniendo énfasis en el desarrollo de la hipótesis de excepción o de vulneración del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. Se plantea así, más bien, una redacción de tipo negativo (en contraposición a una redacción positiva que alternativamente podría postular: "toda persona tiene derecho a que no se abra incaute, intercepte", etc), considerando un listado de acciones que tipifican dicho escenario y que contienen hasta dieciocho verbos relacionados¹⁸:

1. Abrir,
2. Incautar,

¹⁶ LEWIN, DAVID & KITCHEN, MALCOLM, *Interconnect, The Key to Effective Competition*, OVUM Ltd, London, UK, 1994.

¹⁷ Es el conjunto de acuerdos y reglas que tienen por objeto que los usuarios de los servicios de telecomunicaciones prestados por un operador puedan comunicarse con los usuarios de servicios de telecomunicaciones de la misma naturaleza, según la clasificación legal correspondiente, prestados por otro operador. (Artículo 3 – Resolución 001-98-CD/OSIPTEL – Perú)

¹⁸ Una aproximación jurídica contemporánea al tema puede encontrarse en VASQUEZ LEPINETTE, Tomás, *La obligación de interconexión de redes de telecomunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

¹⁹ Ver los textos respectivos antes citados de la Constitución (numeral 10, artículo 2), del Código Penal (artículos 161 al 164), del Texto Único Ordenado del Reglamento General la Ley de Telecomunicaciones (artículo 13) y de la Ley 27366 (numeral 8.2 del artículo 8.)

3. Interceptar,
4. Intervenir,
5. Sustraer,
6. Interferir,
7. Apoderarse,
8. Escuchar,
9. Suprimir,
10. Extraviar,
11. Cambiar o alterar,
12. Desviar su curso,
13. Publicar,
14. Divulgar,
15. Utilizar,
16. Tratar de conocer,
17. Facilitar el conocimiento por uno mismo; y,
18. Facilitar el conocimiento por terceros.

Adviértase que la formulación de todas estas acciones se encuentran referidas de modo general a la intervención sobre todo tipo de comunicaciones, documentos privados, correspondencia, telecomunicaciones en general, etc. De ahí que, para efectos de estas breves líneas, enfocadas en el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas, solo resulten aplicables aquellas que guarden consistencia con lo anterior; excluyéndose, en consecuencia, y solo para estos efectos, algunas referencias como las de "abrir", "extraviar", "sustraer" o "incautar" que se encontrarían más bien relacionadas a comunicaciones o información que atañe a la intimidad personal, obrantes en documentos físicos (caso típico, el de la correspondencia postal).

Lo anterior permite identificar algunos rasgos definitorios y alcances de la protección del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. Como puede apreciarse, las normas plantean acciones estrechamente vinculadas al proceso de la comunicación misma (como la interceptación, la intervención, la escucha o el desvío del curso de la comunicación), a la propia reserva de la comunicación (facilitación del conocimiento por parte de terceros, publicar, divulgar, tratar de conocer) o al curso natural que debe tener la comunicación en tanto proceso que supone que el mensaje llegue efectivamente al receptor y de la misma manera en que fue emitido (interferir, cambiar o alterar, desviar su curso).

Este último caso revelaría, por ejemplo, que la protección no solo alcanzaría la reserva sobre la comunicación misma, sino que también podría extenderse al derecho a sostener, iniciar y materializar una comunicación telefónica. Siendo ello así, el no permitir deliberadamente la realización de una comunicación telefónica (confluyendo los demás requisitos tipificantes) o alterar debidamente su curso o los cauces normales por los que debe realizarse, afecta el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas (nuevamente aparece aquí la relación con la protección de la libertad individual).

En esa línea de pensamiento, la protección del derecho del sujeto activo se extendería a:

- a. Todo acto que intencionalmente implique el conocimiento no autorizado de la comunicación efectuada, mediante la realización de cualquiera de las dieciocho acciones indebidas antes listadas. Para dichos efectos, se comprende tanto el acceso al conocimiento

de la comunicación de aquel que eventualmente accede a la misma (no siendo emisor ni receptor) o por parte de terceros como producto de la acción de aquel que ha interferido en la misma.²²

- b. Todo acto que intencionalmente afecte el curso normal de una comunicación; esto es que, la interrumpa, imposibilite o impida desde un inicio, la altere, modifique o desnaturalice de cualquier manera.

3.2. Contenido y existencia de la comunicación telefónica

Nuestro texto constitucional, para efectos del análisis de las comunicaciones telefónicas, alude genéricamente a las expresiones "comunicaciones" o "telecomunicaciones", dando la impresión de circunscribir la protección solamente al contenido de la comunicación (el contenido del mensaje que el emisor transmitió al receptor del mensaje o, expresado de otro modo, "qué le dijo" el emisor al receptor).

Sin embargo, tal como se aprecia en el Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones (artículo 13) la protección abarca también un segundo nivel: la existencia de la comunicación.

Esta distinción es sumamente relevante, porque marca la pauta de algo que muchas veces suele ser confundido o erradamente identificado como sinónimo, siendo que ambos conceptos, aunque vinculados, tienen alcances muy diferentes.

Como ya se mencionó, "el contenido" de la comunicación se refiere propiamente al contenido del mensaje que una parte interviniente en la comunicación transmitió a la otra y respecto del cual los sujetos activos tienen derecho a que no sea conocido, intervenido o alterado por parte de terceros; en tanto que "la existencia" no se refiere al contenido del mensaje, sino al derecho de los sujetos activos a que se mantenga la reserva sobre la propia existencia de la comunicación (con prescindencia del mensaje, sea o no que este se haya logrado cursar).

En este último caso, "la existencia" de la comunicación, en términos concretos, supone que personas no autorizadas no tengan acceso al conocimiento de determinada información tal como: i) el número de línea telefónica desde la cual se originó la llamada, ii) el número de línea telefónica hacia la cual se cursó la llamada, iii) la fecha y hora de la realización de la llamada, iv) la duración de la llamada, entre otros.

La protección de la existencia de la comunicación telefónica, entonces, se refiere a la reserva sobre la información relativa a quién llamó a quién (o, para ser más precisos, qué línea telefónica estableció una comunicación con otra línea telefónica)²³, en qué fecha, a qué hora, cuánto duró la llamada, etc.

Relacionada con la existencia de la comunicación aparece, por ejemplo, la información contenida en los recibos de consumo telefónico que contienen el desglose detallado de las llamadas que ha efectuado el titular o abonado del servicio o cualquier otra información en la que aparezca la información en detalle antes mencionada. Ello, que básicamente se suele identificar como un medio

²² Sin embargo, adviértase que la vulneración del secreto o inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas, se materializa por el solo hecho de realizar alguna de las acciones ilícitas ahí indicadas, no resultando indispensable para tal fin la divulgación del contenido o existencia de la comunicación (siendo que, como es obvio, ello también constituye una vulneración de tal derecho).

²³ Se reitera aquí la referencia en cuanto a que el sujeto activo y titular del derecho es el usuario, es decir, aquel que realizó la comunicación o intervino en ella –esto comprende tanto a emisor y receptor–, puesto que la identificación de la línea desde la cual o hacia la cual se realizó la llamada telefónica, no importa, necesariamente, que la comunicación haya sido efectuada por el abonado.

que mejora las posibilidades para que el abonado pueda verificar que las tarifas aplicadas por el proveedor del servicio han sido las correctas, también encierra un potencial riesgo de afectar la intimidad de los usuarios. Por ello, en otras latitudes, la legislación comparada ha optado por fomentar el desarrollo de opciones de servicios de telecomunicaciones, como posibilidades de pago que permitan el acceso anónimo o estrictamente privado a través del pago con tarjetas de crédito o de suprimir un determinado número de cifras de los números a los que se haya llamado y mencionados, en las facturas detalladas (por ejemplo, Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones).

En cualquier caso, es importante anotar que la facturación desglosada o detallada alcanza, en atención a los fines ya mencionados de verificación o control de los consumos en llamadas realizadas por el abonado (titular del servicio telefónico), mas no alcanzaría ni incluiría el acceso a información sobre las llamadas telefónicas recibidas por el abonado. Se parte aquí de una necesidad recogida excepcionalmente por la normativa de diversos países, incluido el nuestro, que se plantea como un derecho de todo usuario y que lo habilita (en tanto emisor o llamante) a contar con una relación detallada de las llamadas iniciadas o realizadas con prescindencia de la voluntad del receptor (llamado), en tanto que para efectos del acceso al detalle de las llamadas recibidas se requeriría necesariamente del consentimiento de aquel que a su turno ha jugado el rol de llamante. En suma, nuevamente aquí se consolida el concepto de que la autorización (sea respecto del acceso al contenido o existencia) tiene que provenir necesariamente de ambos sujetos titulares del derecho.

En consecuencia, si bien tanto el contenido como la existencia de la comunicación son objeto de la misma protección jurídica y con la misma intensidad, ambos tienen matices que inciden en mayor o menor grado, según sea el caso, en la intimidad de las personas o sujetos activos del derecho (mayor grado en el caso del contenido y menor grado en el caso de la existencia). No obstante, enfatizamos que ello no perjudica en lo absoluto la protección legal de ambos conceptos.

3.3. La protección de los datos personales

Como se ha visto anteriormente, el ámbito de aplicación del secreto e inviolabilidad de las comunicaciones se encuentra claramente definido por la normativa. Circundan al mismo una serie de otros derechos que en nuestro medio suelen confundirse y mezclarse; un caso típico lo constituye el del derecho a la reserva y protección de los datos personales de los clientes de empresas prestadoras de servicios públicos de telefonía fija o móvil.

Los datos personales, en puridad, no guardan relación alguna ni con la existencia ni el contenido de la comunicación. Son parte de un concepto distinto y, más bien, están conformados por toda la información relevante de la persona que ha contratado la provisión de tales servicios, tales como el nombre o razón social, dirección domiciliaria, dirección de correo electrónico, número de línea telefónica fija o móvil, cantidad o tipo de servicio contratado, lugar de instalación del servicio, fecha de contratación, entre otros.

La protección de los datos personales tiene algunos alcances relacionados, por un lado, con la persona jurídica que provee el servicio telefónico (fijo o móvil) y, por otro lado, con el público en general. En cuanto a lo primero, básicamente se consagra la protección en términos que la información personal que los clientes trasladan a las empresas prestadoras al momento de contratar el servicio (o posteriormente en caso de requerirse), sea mantenida en reserva y sea empleada para los únicos fines directamente relacionados con la provisión del servicio o la identificación de un abonado concreto (por ejemplo, remisión de recibos telefónicos) y no para otros distintos.

Relacionado a lo anterior aparece también, por ejemplo, el derecho de los abonados a solicitar gratuitamente que su información no sea empleada para fines de marketing o ventas directas a cargos de terceros ajenos a la empresa proveedora.

En cuanto a su alcance sobre el público en general, la referencia aludiría directamente a la información contenida en los directorios telefónicos o comúnmente denominados, guías telefónicas.²⁴ Considerando que las guías son ampliamente divulgadas y accesibles al público, se postula que el derecho a la intimidad de las personas exige que los abonados tengan la posibilidad de decidir en qué medida se publican sus datos personales en dichas guías.²⁵

3.4. Excepciones

Las excepciones reconocidas por la normativa referida al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas siempre han originado polémica, no solo en el ámbito jurídico sino también político. Hacemos la precisión, que no consideramos como excepción a la autorización que los propios titulares del derecho confieren a terceros pues se trata de actos típicamente voluntarios (que se asemejan a la figura de la renuncia de derecho), no impuestos por terceros como lo pueden constituir las órdenes judiciales.

Dada la especial naturaleza de este derecho y el bien jurídico tutelado, las excepciones solo se deben admitir en casos muy restringidos y de manera taxativa (como toda excepción). De ese modo, admitir el ingreso a la esfera de la vida privada o de la intimidad, necesariamente debe obedecer a la necesidad de protección de valores superiores o fines muy elevados, como resultaría el combatir delitos que amenacen gravemente la sociedad en su conjunto (terrorismo o tráfico ilícito de drogas) o que atenten contra la seguridad o defensa nacional. Tal como se mencionaba en la introducción de este artículo, se define la excepción sobre la base de determinar la primacía de los intereses del gobierno o la sociedad en su conjunto sobre los intereses y derechos individuales.

Ciertamente, es sabido que, en casos de excepción como los que ameritan la intervención en las comunicaciones, se facilita la posibilidad de identificar a los autores, prevenir la consumación de un delito o la recopilación de importantes medios probatorios dentro del marco de un proceso judicial.

Se refiere también que las excepciones al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas deben observar algunos principios básicos; a saber: i) judicialidad, ii) formalidad, iii) motivación suficiente iv) proporcionalidad, v) especialidad, y, vi) temporalidad.

La judicialidad, viene dada por el hecho que la intervención solo puede originarse previa resolución o mandato judicial, expedido, por supuesto, por el órgano jurisdiccional competente y observando las debidas formalidades de ley. Este principio resulta fundamental, pues de ese modo

²⁴ Obsérvese que en dicho caso, el argumento se extiende no sólo a las guías telefónicas impresas y que son distribuidas a los abonados por las propias empresas proveedoras del servicio, sino también a los servicios telefónicos que, mediante marcaciones de códigos cortos previamente establecidos por la normativa, permiten a cualquier persona acceder -por la vía telefónica- a la misma información contenida en las guías (en el caso peruano y a la fecha, servían el cual se accede mediante la marcación del número 103)

²⁵ Por ejemplo, el artículo 11 de la Directiva 95/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 1995, (relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones) ha establecido que los datos personales recogidos en las guías impresas o electrónicas accesibles al público o que pueden obtenerse a través de servicios de información deberán limitarse a lo estrictamente necesario para identificar a un abonado concreto, a menos que el abonado haya dado su consentimiento inequívoco para que se publiquen otros datos personales. Agrega que el abonado tendrá derecho, de forma gratuita a que se le excluya de una guía impresa o electrónica a petición propia, a indicar que sus datos personales no se utilicen para fines de venta directa, a que se omita parcialmente su dirección y a que no exista referencia que revele su sexo, cuando ello sea aplicable legítimamente.

se restringe, de modo garantista, cualquier orden de intervención sobre las comunicaciones a una previa evaluación y decisión de la judicatura.

La formalidad, se encuentra relacionada con la judicialidad y es más bien un derivado de ella; la orden o mandato judicial debe venir provisto de las garantías y formalidades del caso, propias de una solicitud de tal naturaleza y con arreglo a los requisitos formales que para cada caso establezca la normativa vigente.

La motivación suficiente es prácticamente autoexplicativa; no se puede concebir mandato judicial de intervención en las comunicaciones si es que el mismo no expone las consideraciones, sustento y motivación respectiva para tal fin. Ello cobra más relevancia, y se torna en indispensable, cuando se trata de una situación excepcional de afectación del derecho a la intimidad.

La proporcionalidad, asume que el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones no debe ser sobrepasado sino sólo en casos muy excepcionales; es decir, cuando la finalidad perseguida con la intervención en las comunicaciones sea realmente urgente e idónea, cuando la naturaleza del caso así lo justifique, y, puede agregarse, cuando exista una relación cierta entre la duración, extensión y resultado de la intervención. Ello plantea, a nuestro modo de ver, que solo será factible recurrir a la intervención en ausencia de otros mecanismos distintos que permitan arribar al mismo resultado.

La especialidad, a su turno, ayuda a que el mandato judicial que dispone o autoriza la intervención de las comunicaciones, debe estar referido puntual y concretamente a los hechos materia de investigación, mas no así a hechos o delitos distintos a los inicialmente previstos.²⁸ De ello se derivaría, que un mandato judicial planteado bajo la fórmula de una autorización genérica de intervención de las comunicaciones, adolecería de un vicio muy grave y no debería tener efectos legales.

Finalmente, la temporalidad se relaciona al tiempo de vigencia durante el cual se dispone la intervención de las comunicaciones; en ese sentido, el mandato judicial debería ser efectuado por un plazo que resulte razonable y delimitado bajo el logro de la finalidad perseguida.

Sirva lo anterior para evidenciar que nuestra legislación solo ha plasmado positivamente dos de los cinco principios antes mencionados que deben observarse en esta situación de excepción. En efecto, del análisis de la normativa interna, aparecen únicamente dos textos legales haciendo mención a los principios y de manera limitada; inciso 10 del artículo 2 del texto constitucional y artículo 13 del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, que nos remiten al principio de judicialidad ("mandamiento" o "mandato judicial") y al principio de motivación suficiente ("mandamiento motivado del juez"). Extendiendo forzosamente el concepto contenido en la Constitución Política ("garantías previstas en la ley") podría inclusive, postularse que nuestro ordenamiento recoge el principio de formalidad.

En cambio, nuestras normas internas, parecen omitir en sus textos toda referencia a los principios de la proporcionalidad, especialidad y temporalidad que, a nuestro entender, son tan esenciales como los demás mencionados, máxime si en ausencia de su observancia se corre el riesgo de incurrir en excesos. Un mandato judicial, bien motivado y con todas las formalidades de ley, pero que plantea una orden de intervención indefinida en el tiempo o *sine die*, o que formula una orden de

²⁸ Si se trata que en el transcurso de la ejecución de una intervención a las comunicaciones telefónicas es factible que accidentalmente se acceda al conocimiento de otros hechos ajenos a la investigación en curso. En dicho caso, se impone el riguroso deber de mantener la debida reserva sobre aquella información o comunicación a la que se ha accedido. De ahí la probable justificación del texto constitucional peruano cuando alude a "Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen". Ciertamente, en estos casos se plantea una situación racional y lógica que no deviene al principio de especialidad, a menos que el acceso a dicha información o comunicación no relacionada con la investigación haya sido efectuado de manera intencional. En dicho caso, habrá pues, una violación al principio de especialidad y, más aún, una violación directa al derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.

manera genérica sin indicar el caso específico materia de investigación o que formula el mandato contando con otros elementos alternativos para lograr el mismo fin, adolecería pues de requisitos fundamentales para su procedencia. Sin embargo, esta ausencia de mención en la norma positiva, a nuestro entender, no obsta para la completa e irrestricta observancia de todos y cada uno de los principios antes citados.

VI. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, resumimos las características básicas al derecho a la inviolabilidad o secreto de las comunicaciones telefónicas:

- a. Se trata de un derecho subjetivo y personal. Le atañe a todo ser humano por el sólo hecho de serlo, independientemente de cual sea su condición, raza, edad, sexo, nacionalidad, etc.
- b. Es un derecho de consagración constitucional.
- c. Es un derecho de reconocimiento internacional, incorporado inclusive en diversos instrumentos supranacionales relativos a la protección de los derechos humanos.
- d. Es un derecho de corte garantista y formal. Si bien es objeto de protección *per se*, cobra relevancia en cuanto su protección se explica en gran medida por la existencia de otros derechos que pueden ser violados. En este caso, se identifica como el principal (al punto que muchas veces se confunden ambos), al derecho a la intimidad, entendiendo por tal a la tutela del individuo respecto de cualquier tipo de intromisión en su esfera privada, proveniente de particulares o funcionarios públicos.
- e. Es un derecho dual que le corresponde a ambos sujetos intervinientes en la comunicación telefónica; por tanto cualquier excepción o autorización, debe requerir el consentimiento expreso y voluntario de ambos (emisor y receptor) con prescindencia de si uno u otro originó la llamada.
- f. Es un derecho que protege el carácter privado de las telecomunicaciones en abstracto; es decir, se le protege sin que sea relevante ni determinante cuál es (o fue) el contenido de la comunicación.²⁷
- g. La protección normativa alcanza a dos aspectos de la comunicación, aunque vinculados, claramente diferenciados: i) el contenido de la comunicación y, ii) la existencia de la comunicación.
- h. La protección de los datos personales de los clientes de servicios telefónicos, si bien tiene la respectiva cobertura legal y puede estar relacionada con el proceso de la comunicación telefónica, es un concepto distinto al del secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.
- i. No es un derecho de carácter absoluto en la medida en que, normativamente, suele admitir excepciones. La legislación comparada básicamente coincide en que, mediante una autorización judicial y sujeta a ciertos requisitos, pueda accederse a información relativa a las comunicaciones cursadas entre dos personas.
- j. Las excepciones al secreto o reserva de las comunicaciones telefónicas, mediante mandato judicial, deben observar necesariamente los principios de judicialidad, formalidad, motivación suficiente, proporcionalidad, especialidad y temporalidad.

²⁷ Derecho de consagración constitucional que protege la reserva o carácter privado de la comunicación, sea cual fuese el contenido de la misma; dicho de otro modo, el aspecto que se protege es la opacidad de la propia comunicación, no un contenido determinado (FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa, *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*, McGraw-Hill Interamericana de España S.A., Madrid, 1998, p. 127).