

ÍNDICE SUMARIO

<i>Prólogo</i> , por EDGARDO A. DONNA	9
PREFACIO	13

CAPÍTULO I

I. La intervención de las comunicaciones: acepciones e implicancias	17
1. El novedoso caso de los mensajes de texto y procedimientos para imponerse de su contenido	20
2. ¿Intervención es lo mismo que obtener un listado de llamadas?	23
II. Requisitos de las intervenciones telefónicas	24
III. Trascendencia del estudio de los requisitos constitucionales; graves consecuencias de su incumplimiento	25
IV. Requisitos procedimentales	29

CAPÍTULO II

I. Primer requisito: Principio de legalidad	31
1. Anomia constitucional reglamentaria del artículo 18 de la Constitución Nacional	38
2. El secreto de las comunicaciones y la injerencia en el ámbito personal no prevista por las normas legales	49
3. El secreto comunicacional ante revolucionarias y peligrosas nuevas técnicas: las “grandes escuchas”: vigilancia, espionajes acústicos y filmaciones dentro y fuera de un domicilio particular	50

4. La privacidad: ámbito simple o intangiblemente privado	51
5. Vigilancia estratégica de telecomunicaciones por la autoridad administrativa o judicial	54

CAPÍTULO III

II. Segundo requisito constitucional: Orden judicial	57
1. Investidura de juez	57
2. Excepción a la orden judicial: intervenciones telefónicas administrativas en el Derecho Comparado	60
2.1. Alemania	61
2.2. Inglaterra	64
2.3. Francia	65
2.4. España	66
2.5. Argentina	67
3. El caso de la cabina telefónica	72
4. Investidura de juez ante la orden del secretario de juzgado	72
5. ¿“Autorización” de intervenciones telefónicas o facultad del fiscal?	75
6. ¿Pueden concederse autorizaciones en el Derecho argentino?	77
7. La competencia fiscal ordinaria y las investigaciones indeterminadas	77
8. Momento procesal de la intervención	81
9. ¿Pueden los fiscales en la investigación penal preparatoria o la policía ordenar intervenciones sin orden judicial? El CPPN y la reforma según ley 25.760/2003	82
10. La ley 25.760 del 11 de agosto de 2003	83
11. ¿Autorizaciones fiscales para intervenir conversaciones telefónicas fuera del catálogo de la reforma o en ritos provinciales que ignoran dichos supuestos?	86
11.1. Órdenes fiscales fuera del catálogo en la jurisprudencia nacional	96

12. Tipo de policía que podría intervenir las comunicaciones sin orden judicial en casos excepcionales. Intervenciones espontáneas	97
13. Antecedente de otro caso legal y anterior de autorización a los fiscales	98
14. Justificación de la intervención de comunicaciones por el fiscal	99
15. Colofón de las autorizaciones fiscales	100

CAPÍTULO IV

I. Otras excepciones a la orden judicial: las grabaciones obtenidas por particulares	103
II. Grabaciones de conversaciones entre presentes a pedido de la víctima y por orden judicial. El caso “Polidoro” como prueba esencial para revisar una condena firme	106
III. Grabaciones obtenidas por el propio imputado.	108
IV. No es procedente alegar causas de justificación para legitimar a la víctima que graba sin consentimiento al futuro imputado. El tema ante la atipicidad de la grabación o difusión sin consentimiento.	111
V. Grabaciones de particulares ajenos a la conversación telefónica	115
VI. Secuestro de lo grabado en un contestador automático	116
VII. Las grabaciones fonoelectrónicas en el proceso civil y el tabú de la autenticidad de las cintas	117
1. El problema de la admisibilidad y la ilicitud	119
2. ¿Analogía con las cartas misivas dirigidas a terceros? Procesos de familia.	122
3. El llamativo caso español: esposo que intercepta <i>e-mails</i> de su esposa infiel.	125
4. Grabaciones de empleadores a sus empleados y el derecho a la intimidad (otro interesante caso español)	127
VIII. Grabaciones obtenidas por particulares paralelas a la investigación judicial penal en contra del imputado. Repercusiones del caso “Skanska”.	129

CAPÍTULO V

I. Intervención de las comunicaciones mediante imágenes y sonidos	133
1. Grabaciones audiovisuales. Naturaleza jurídica: documento	133
2. Referencias legales a la prueba de filmaciones y el cuidado de su autenticidad	137
3. Las grabaciones audiovisuales como derecho a ofrecer los medios de prueba pertinentes y la taxatividad de los medios de prueba.	139
4. Grabaciones audiovisuales y prohibición de autoincriminación	140
5. Grabaciones audiovisuales por medios privados.	140
6. Grabaciones audiovisuales periodísticas acordadas por quienes luego resultan imputados.	141
7. Grabaciones audiovisuales obtenidas por la propia víctima	142
8. Filmaciones por cámaras de seguridad de diversas instituciones y lugares públicos como restricciones preventivas	144
9. Filmaciones privadas obtenidas por personas ajenas a la comunicación	146
10. Las grabaciones audiovisuales con cámaras “ocultas”	147
11. Las grabaciones audiovisuales con cámaras “ocultas” por orden o con supervisión judicial	148
12. Grabaciones audiovisuales en el interior del domicilio usando “zoom” en búsqueda de comercialización de drogas: paradigmáticos casos de Entre Ríos y Mar del Plata	151
13. Grabaciones audiovisuales ocultas y agentes encubiertos.	155
14. Grabaciones audiovisuales “ocultas” como tareas de inteligencia policial.	156
15. Filmación por cámaras ocultas de actos procesales ordenadas judicialmente. Otro caso paradigmático: el atentado con explosivos a la sede de la Amia	157
16. Las grabaciones audiovisuales con cámaras ocultas sin orden judicial efectuadas por medios televisivos.	157

17. Cámaras ocultas de periodistas y derecho a la intimidad	158
18. Cámaras ocultas de periodistas. Particularidades: derecho a la no autoincriminación y violación de domicilio del imputado. Secreto profesional periodístico	159
18.1. Violación del derecho a autoincriminarse	159
18.2. Violación de domicilio	161
18.3. Secreto profesional del imputado y secreto periodístico	161
18.4. Argumentos en pro y en contra del secreto de las fuentes de información	164
18.5. Carácter del secreto de las fuentes de información	168
19. Adulteración de la exhibición de la filmación	170
20. Las grabaciones audiovisuales con cámaras ocultas sin orden judicial efectuadas por medios televisivos en ayuda de la víctima	172
21. Videovigilancia en espacios públicos: el caso de los baños públicos	173
22. Síntesis de grabaciones audiovisuales en el proceso	174
23. Las grabaciones audiovisuales en el ámbito del proceso civil	175
24. Las grabaciones audiovisuales particulares en el proceso laboral	177
25. Grabaciones audiovisuales de empleadores con cámaras ocultas	179
26. Regla de inclusión y exclusión de las pruebas de grabaciones audiovisuales particulares	181

CAPÍTULO VI

I. Tercer requisito constitucional: juez competente	183
II. Juez penal	183
III. Límite de la secuencia temporal para interceptar	185
IV. Competencia territorial	186
V. Competencia territorial e intervenciones telefónicas en delitos de privación ilegítima de la libertad y secuestro extorsivo	187

VI. ¿Es competente el juez civil o comercial o laboral para intervenciones de teléfonos?	188
VII. Instrumentación de la disposición judicial	189
VIII. Allanamiento de morada privada e intervención telefónica	191

CAPÍTULO VII

I. Cuarto requisito constitucional: debida motivación. Introducción.	193
II. La Constitución Nacional y el deber de motivación judicial	196
III. No sólo para las sentencias. La Constitución de Santa Fe	198
IV. Características de la debida motivación	200
V. La falta de fundamento y la impugnación.	202
VI. Consecuencia de la falta de motivación: nulidad, supresión de la transcripción y destrucción de los soportes grabados	204
VII. Precisiones de cómo debe entenderse la motivación. Debida descripción de los hechos	205
VIII. Razón de ser de la motivación de intervenciones telefónicas. Acceso policial al juez de la investigación	209
IX. Requisito subjetivo: el contenido de la motivación y grado de conocimiento	212
X. Carácter de la resolución que anula la orden por falta de motivación	214
XI. Intervención de las telecomunicaciones: computadora u ordenador personal. Mensajes de texto	214

CAPÍTULO VIII

I. Requisitos objetivos o estáticos de la debida fundamentación de las intervenciones.	217
1. Tipo de la resolución	217
2. Modalidades de la motivación.	219
3. Motivación autónoma	220
4. Motivación basada en la remisión al pedido de intervención	220

5. Motivación embozada: ¿una tercera vía?	225
6. Fundamentación <i>ex post</i>	230
7. Resolución por formulario impreso. Entre la voracidad de la primera instancia y la quietud de la segunda o tercera.	231
8. Omisión de dictado de resolución pertinente.	234
9. Falta de la foja donde consta el auto de intervención	235
10. El tema de las citas legales aplicables	236
11. Individualización del teléfono a intervenir	237
12. Teléfono de un legislador nacional	237
13. Los sujetos pasivos de la intervención.	238
14. Teléfono utilizado por distinta persona al sujeto intervenido	238
15. Intervención de teléfonos de terceros	239
16. ¿Interpretación restrictiva de las intervenciones respecto de terceros? El teléfono del defensor. El caso “Amía”.	242
17. Privacidad de terceros	244
18. Derecho al conocimiento de lo grabado por los terceros.	245
19. Asuntos en los que se validó el requisito estático de la debida motivación	246
20. Asuntos en los que se invalidó el requisito estático de la debida motivación	249
21. La individualización del uso de aparatos técnicos para intervenir en la legislación italiana	251
22. La obligatoriedad de efectuar intervenciones en la ley argentina mediante la Oficina de Observaciones Judiciales de la Secretaría de Inteligencia del Estado. Excepciones	252

CAPÍTULO IX

I. Quinto y sexto requisitos constitucionales: principio de especialidad y principio de intervención indiciaria (aspecto dinámico o subjetivo)	255
1. Principio de especialidad	255

2. Requisito constitucional de la intervención indiciaria.	259
3. Los indicios	263
4. Los indicios como contenido de las sospechas	265
5. Indicios de motivación, policía e instructor.	267
6. El grado de conocimiento específico de la intervención indiciaria: las indicaciones bastantes	267
7. Detalle de la formación de las indicaciones bastantes.	273
8. Las tareas de inteligencia.	273
9. Denuncia anónima	275
10. Testigo de identidad reservada.	278
11. Pauta de valoración de la intervención indiciaria: ni ingenuidad permisiva ni paranoia represiva	279
12. Supuestos de nulidad específicos por falta de motivación en la intervención indiciaria.	280
13. Casos concretos reputados como debida motivación: cumplimiento embozado del requisito constitucional de intervención indiciaria	283
14. Líneas jurisprudenciales en torno a la acreditación del requisito constitucional de la intervención indiciaria	286

CAPÍTULO X

I. Séptimo requisito constitucional: El principio de proporcionalidad.	289
1. El principio de proporcionalidad y su conexión con el principio de razonabilidad en el sistema jurídico	289
2. El principio de proporcionalidad en el orden penal: de fondo y procesal	291
3. El principio de proporcionalidad en la Constitución Nacional	293
4. Las referencias al principio de proporcionalidad en la jurisprudencia y la doctrina nacional	297
5. Naturaleza del principio de proporcionalidad	302
6. Presupuestos del principio de la proporcionalidad	304
6.1. Oportunidad.	304
6.2. Manifestación del valor justicia del Estado de Derecho	305

CAPÍTULO XI

I. Elementos o componentes del principio de la proporcionalidad	307
1. Aptitud de la medida	307
2. Necesidad de la medida	308
3. Subsidiaridad de la medida de la intervención de las telecomunicaciones.	311
4. Correspondencia de la medida con los fines invocados	318
5. El objetivo de las intervenciones telefónicas.	319

CAPÍTULO XII

I. Proporcionalidad en sentido estricto	323
1. Ponderación de los sacrificios	323
2. Sistemas con lista taxativa de delitos.	323
3. Sistema por monto de la pena	326
4. Sistema múltiple: listado taxativo y por monto de la pena.	326
5. Sistema de la lista genérica	328
6. Sistema de la eficacia intervencionista	328
7. En búsqueda de un criterio que permita desarrollar la naturaleza de los ilícitos que pueden generar intervención de telecomunicaciones	328
8. Criterio del bien jurídico protegido	331
9. Criterio de la gravedad del hecho	331
10. La gravedad del delito por el monto de la pena.	333
11. Criterio de gravedad del hecho por la trascendencia social del tipo	334
12. Faltas o contravenciones. El juego clandestino	337
13. La utilización del teléfono como medio de comisión del hecho. Amenazas, molestias telefónicas, etcétera	339
14. Principio de proporcionalidad y conversaciones privadas	340

CAPÍTULO XIII

I. El límite temporal	343
1. El límite temporal de la medida de intervención telefónica	343
2. La Ley 25.520 de Inteligencia del Estado, del 6 de diciembre de 2001	348
3. Duración de la intervención, duración de la instrucción y secreto del sumario	351
4. Los tres tipos de secreto de lo actuado.	354
4.1. La prohibición legal de acceso a extraños.	354
4.2. La prohibición legal de acceso a las partes. El secreto preindagatoria.	354
4.3. La facultad judicial de prohibición de acceso a las partes. El secreto posindagatoria.	355
5. Repercusión del secreto del sumario en la operatoria de las intervenciones telefónicas	356
6. ¿Intervenciones sin secreto del sumario?.	357
7. El plazo de duración de la intervención en la jurisprudencia	359
8. Las intervenciones de las comunicaciones en el teléfono de la víctima	360
9. La prórroga de la intervención.	362
10. Intervenciones “hasta nuevo aviso o prorrogables automáticamente” y control judicial	365

CAPÍTULO XIV

I. Hallazgos casuales: especialidad, intervención indiciaria y proporcionalidad.	367
1. Los descubrimientos fortuitos o hallazgos casuales o delitos “dibujados” en el teléfono con relación a los requisitos constitucionales	367
2. La eficacia de los descubrimientos fortuitos	369
3. Validez congénita.	370

4. Problemas que plantean los hallazgos casuales con relación a los requisitos constitucionales	371
5. Problemas con relación a la proporcionalidad.	371
6. Problemas con relación a la especialidad	372
7. Hallazgos casuales según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.	372
8. Hallazgos casuales y proporcionalidad estricta: lista de delitos.	373
9. La situación en Alemania.	374
10. La situación en Italia	377
11. La situación española.	377
12. La jurisprudencia española	380
13. Cómo abordar el tema de los descubrimientos casuales o fortuitos	384
14. Análisis de las soluciones propuestas	385
15. Proyección de los supuestos en materia de registro o allanamiento de domicilio.	389
16. Distinción o similaridad entre una orden de allanamiento y otra de intervención de las comunicaciones	390
17. Pautas señaladas para los descubrimientos casuales en materia de allanamiento o registro de domicilio	391
18. La flagrancia.	392
19. La teoría de la adición	392
20. La gravedad del delito casual.	392
21. Teoría del <i>plain-view</i>	393
22. La solución a partir de la intervención indiciaria	393
23. Las restricciones inevitables	395
24. El descubrimiento fortuito como restricción imponderada.	396
25. Restricciones preventivas.	397
26. Conclusión	397

CAPÍTULO XV

I. Séptimo requisito constitucional: el control judicial	403
1. Repercusión en la esfera de privacidad	403
2. Componentes del control	403
3. La escucha <i>de la escucha</i> por el órgano judicial	406
APÉNDICE	409
BIBLIOGRAFÍA	415