

ALGUNOS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LAS COMUNICACIONES PRIVILEGIADAS

M.Sc. Mario de Jesús Jiménez Aguilar*

RESUMEN

El presente artículo pretende ofrecer algunas ideas sobre los alcances de la reserva de comunicaciones privilegiadas (orales, escritas o digitales) como parte del derecho fundamental de defensa en el marco de nuestra legislación y la jurisprudencia erga omnes que define a los derechos constitucionales como limitados y no absolutos, formulando algunas hipótesis fácticas que, a juicio del autor, deben ser interpretadas a favor de la tutela del derecho de defensa en sentido amplio o reveladas vía comunicación criminal a favor de la preservación de otros bienes jurídicos fundamentales, previo juicio de ponderación informado por principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Palabras clave: interceptación de las comunicaciones, comunicaciones privilegiadas, estrategia de defensa, derechos fundamentales, principios de razonabilidad y proporcionalidad.

ABSTRACT

This article will offer readers some ideas about confidential or privileged communications between Defense counsel and their clients as essential part of the Constitutional right of defense according to Costa Rican regulatory provisions and Constitutional case law resolutions about limited and not absolut character of fundamental rights, presenting some factual hypothesis in our opinion, most be interpreted enhancing broad sense of defense right or, in the other hand, revealed by reporting to authorized police when criminal acts are discovered in order to preserve other essential rights through reasonability and proportionality principles.

Key words: communications tapping, confidential communications, defense strategy, constitutional rights, reasonability and proportionality principles

Recibido: 7 de julio de 2021

Aprobado: 8 de diciembre 2021

* Máster en Administración de Justicia Penal, Universidad Nacional de Costa Rica; licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica; juez contralor propietario, Centro Judicial de Interceptación de las Comunicaciones CJIC; mjimenezag@poder-judicial.go.cr.

I. Introducción

La privacidad de la información y el secreto de las comunicaciones en cualesquiera de sus formas (escrita, oral, digital o entre personas) es una garantía contenida en el artículo 24 constitucional frente a las posibles intromisiones ilícitas del poder público.

Con arreglo a esa norma, cada uno de los aspectos que tienden a su vulneración legítima estará a cargo de los tribunales de la república cuando aquella resulte necesaria para la investigación de ciertos delitos graves y que estén taxativamente incorporados en la ley. Desde la decisión misma de intervenir los dispositivos de comunicación hasta su cese, las tareas de supervisión y control compete a jueces y juezas de garantía, reglando que ese control y su responsabilidad serán indelegables.

La Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, N.º 7425 del 9 de agosto de 1994 y sus reformas enuncian los procedimientos a seguir y las respectivas sanciones a las personas servidoras encargadas en caso de incumplimiento.

Por su parte, la Ley N.º 8754 del 24 de julio de 2009, Ley contra la Delincuencia Organizada, crea el Centro Judicial de Intervención de las Comunicaciones (CJIC) como un órgano de carácter jurisdiccional, especializado para la ejecución de las distintas órdenes de interceptación que emanen de los juzgados territoriales, integrado por personas juzgadoras de garantía comprometidas en el examen objetivo e imparcial de la información privada que es sometida a su conocimiento, con el fin de filtra el contenido de relevancia para las pesquisas de aquel otro que no lo es.

Esta función de garantía también importa la obligatoriedad sobre la interposición oportuna de noticias criminis cuando se halle inevitablemente la comisión de nuevos hechos delictivos.

Pero esta preponderante tarea de control y supervisión del material sensible no debe contentarse con la tutela del derecho fundamental a la intimidad, sino que ese fuero debe ir más allá y proteger el total de derechos fundamentales involucrados con esa intromisión legítima.

En este artículo, nos enfocaremos en la tutela efectiva del derecho constitucional de defensa de las personas intervenidas en la etapa más incipiente del proceso penal, particularmente el necesario resguardo de las comunicaciones prohibidas o privilegiadas; pero sin perder de perspectiva sus limitaciones cuando de aquellas derive información que deba ser comunicada a la Policía y al Ministerio Público, en un ejercicio de relativización de esa prohibición, esto como una forma de darle contenido y vigencia al bloque de constitucionalidad.

II. Planteamiento del problema

El artículo 26 de La Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, N.º 7425 del 9 de agosto de 1994 dispone en su párrafo segundo que “[...] no se podrán secuestrar, registrar o examinar los documentos privados ni intervenir las comunicaciones que realicen el abogado defensor debidamente acreditado como tal y su cliente, siempre que se produzcan en el ejercicio de su derecho de defensa”.

Derivado de la máxima constitucional de defensa¹, el legislador comprendió la necesidad

1 El canon 39 Constitucional señala que “a nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad”, accedido el 6/18/19, <http://pgrweb@go.cr>

de prohibir a los órganos jurisdiccionales encargados del examen, control y supervisión de información privada (hoy CJIC), la revelación pública de contenidos de comunicaciones (escritas, orales, electrónicas) que se refieran a la estrategia de defensa de las personas sometidas a interceptación.

Es contradictorio que un Estado de connotada ideología democrática pretenda legitimar la intromisión en la vida íntima de su ciudadanía, privándola de un adecuado ejercicio de su defensa mediante la anulación sorpresiva y anticipada de las armas que emplearán como antítesis policial. En la experiencia forense, se les conoce como comunicaciones prohibidas o privilegiadas y sobre las cuales debe existir un secreto absoluto para las autoridades de policía; es decir, no forman parte del elenco de información relevante para las pesquisas.

Pese a ello, hay algunas aristas que deben evaluarse antes de considerar una comunicación como privilegiada, lo que nos conducirá a examinar los alcances del fuero de protección mismo. ¿Cuándo debe considerarse que la comunicación de la persona intervenida la hace con un patrocinio letrado debidamente acreditado como tal, si por regla, aquella no es siquiera imputada? ¿Deben estimarse como protegidas todas y cada una de las comunicaciones que realizan las personas intervenidas con abogados y abogadas requiriendo tan solo un consejo profesional? ¿Qué tratamiento debe darse a los contenidos comunicativos actuales que urgen de un consejo profesional aleatorio, pero que tiempo después terminan formalizando un contrato de servicios profesionales entre la persona abogada y su cliente intervenido con idéntica estrategia? ¿Abraza el fuero de tutela a todas las revelaciones sobre estrategias de defensa giradas por profesionales en derecho a favor de los otros miembros del colectivo criminal? ¿Es válido ordenar el secreto de la estrategia de defensa

a favor de la persona intervenida privada de libertad que no se comunica directamente con el letrado, sino que, por esa razón, lo hace a través de su consorte?

Por su parte, teniendo claro que el patrocinio formal está bien definido, ¿qué contenido debe clasificarse y qué no? o ¿está la totalidad de la comunicación entre el o la profesional y la persona intervenida resguardada por el párrafo segundo del artículo 26 de la Ley 7425 arriba invocado? ¿Cómo resolver la controversia cuándo la persona profesional en derecho sugiere a las personas intervenidas la comisión de un hecho delictivo o contravencional como estrategia de defensa frente al mandato legal de interponer noticias criminis por delitos de acción pública? ¿Deben considerarse los derechos fundamentales a la intimidad y de oportuna defensa como ilimitados? O, por el contrario, ¿deben ponderarse sus límites y revelarse públicamente extractos de esa estrategia de defensa cuando conduzcan a la comisión de hechos delictivos? Si la respuesta a la anterior interrogante es positiva, ¿cuáles circunstancias delictivas están dentro del ámbito de protección de la norma y cuáles no?

Sin ánimo de agotar en estas preguntas los supuestos de hecho posibles, la realidad forense enfrenta diariamente a las personas juzgadoras encargadas del control y supervisión de las intervenciones, a realizar este ejercicio de valoración jurídica de las comunicaciones como una forma de dar contenido al marco constitucional y legal a las que se deben como jueces y juezas de garantía, donde no siempre es tan sencillo la toma de decisiones en uno u otro sentido.

Debe recordarse además que cada persona juzgadora goza de independencia judicial como garantía ciudadana, de ahí que lo propuesto en estas líneas no debe estimarse como un protocolo de actuaciones en el funcionamiento del CJIC.

III. Los límites a los derechos fundamentales en la doctrina y la jurisprudencia

La tutela efectiva de los derechos fundamentales constituye la piedra angular de cualquier sistema con orientación democrática como límite al poder público. Una sociedad que garantice a su ciudadanía el reconocimiento de sus prerrogativas más elementales, no solo dignifica a los sujetos que las integran, sino que contribuye a construir colectivos sociales más justos y equitativos, pues a mayor limitación del poder, mayor será la ampliación de las libertades².

Empero, cabe preguntarse si los llamados derechos fundamentales deben ser considerados normas con un núcleo esencial duro e inalterable (absoluto) o si, por el contrario, pueden ser restringidas³ y, si es afirmativa esta premisa, ¿bajo qué condiciones o presupuestos podría ser limitada una norma de esa naturaleza?

De igual forma, surge la interrogante de si esas restricciones deberían contenerse expresamente en la misma fuente que los origina (Constitución Política e instrumentos internacionales con valor superior) por las leyes de la república como norma de rango inferior o, incluso, a través del ejercicio interpretativo de la persona juzgadora en la cotidianeidad de su función.

Nuestra posición es que las prerrogativas más esenciales de la persona no pueden resultar

ilimitadas en la medida que, como seres gregarios, entren en colisión con los derechos también de primer orden de otras personas integrantes de la comunidad que tornen exigible su relativización.

Alexy apunta que:

, [...] el concepto de restricción de derecho fundamental ha sido definido solo para las reglas. Pero también principios pueden ser restricciones de derechos fundamentales. Cuando el Tribunal Constitucional Federal dice que 'derechos fundamentales de terceros que entren en colisión y otros valores jurídicos de rango constitucional' pueden limitar derechos fundamentales, se refiere a restricciones de derechos fundamentales que tienen el carácter de principios. Desde luego, por sí solos, tales principios restrictivos no pueden colocar al individuo en determinadas posiciones definitivamente restringidas (no-libertades, no-derechos). Para llegar a restricciones definitivas, se requiere una ponderación entre el respectivo principio de derecho fundamental y el principio que lo restringe. Por ello podría pensarse que solo las reglas –que de acuerdo con la ley de colisión representan el resultado de la ponderación– y no los principios, pueden ser restricciones⁴.

Siguiendo a dicho autor, debemos afirmar que esta colisión normativa supone en todos los casos, una ponderación de bienes jurídicos en juego, lo

2 Ferrajoli anotaba que “[...] la función garantista del derecho consiste en suma, en la limitación de los poderes y en la correspondiente ampliación de las libertades. Es en este sentido que la libertad depende de las leyes, cuya función es aquella, indicada por Kant, de hacer convivir la libertad de todos. Más aún, las libertades están destinadas por su naturaleza a convivir y cada vez que una libertad atenta contra la libertad de otros, quiere decir que la misma se ha convertido en un poder” Ferrajoli, Luigi. (2000). El garantismo y la filosofía del Derecho. Bogotá. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, p. 115.

3 El iusfilósofo alemán Robert Alexy señala que con arreglo a la teoría subjetivista del contenido esencial de la norma fundamental, las restricciones pueden ser absolutas o relativas. Según la teoría relativa, “[...] el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación. Las restricciones que responden al principio de proporcionalidad no lesionan la garantía del contenido esencial aun cuando en el caso particular no dejen nada del derecho fundamental [...] En cambio, según la teoría absoluta, existe un núcleo de cada derecho fundamental que en ningún caso, puede ser afectado”. Alexy, Robert. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Editorial Centro de Estudios Constitucionales, p. 288.

4 Alexy, Robert, op. cit, p. 275.

que desde ya nos orienta a la posibilidad de que la persona juzgadora ordinaria pueda relativizar una norma de carácter esencial de manera fundada a través de principios como los de razonabilidad y proporcionalidad.

Por el contrario, Jürgen Habermas recuerda que una ponderación normativa quita fuerza normativa a los derechos fundamentales, reduciéndolos al plano de los objetivos, programas y valores, además, no existiendo parámetros racionales para ello, la ponderación resulta en una dinámica irreflexiva o arbitraria⁵.

Habermas advierte sobre la peligrosidad de que, en análisis de situaciones fácticas en las que entren en colisión normas de orden fundamental, se apliquen principios que finalmente atiendan a la consuetud y se cree con ello su debilitamiento a través de juicios irracionales. Esto sugiere que relativizar la norma fundamental vacía el

contenido de su esencialidad por lo que el núcleo duro debe permanecer inalterable.

En lo conducente a nuestra jurisprudencia, la Sala Constitucional ha reiterado que los derechos fundamentales no son absolutos⁶, sino que pueden ser restringidos cuando deba garantizarse la tutela efectiva de iguales prerrogativas a favor de otras personas, limitaciones que pueden encontrarse expresamente en la misma ley o implícitamente (indirectamente) de la Constitución a través de la aplicación de principios.

Sobre este tema, en el voto 15170-2011 del 4 de noviembre de 2011, el Tribunal Constitucional destacó que:

[...]IV.- Los Derechos Fundamentales no son absolutos. Sin embargo, es menester señalar que no hay ningún derecho fundamental absoluto. Esta Sala, en reiteradas ocasiones,

5 Habermas, citado por Alexy, señala que “el peligro de ablandamiento de los derechos fundamentales tiene al lado el de los ‘juicios irracionales’ [...] no hay parámetros racionales para ponderar [...] la ponderación se ejecuta arbitraria e irreflexivamente según estándares y jerarquías consuetudinarias” Robert Alexy. (Enero-junio de 2009). “Derechos Fundamentales: ponderación y racionalidad”. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, número 11, pp. 6-7.

6 El voto 4205-1996 de la Sala Constitucional señaló en este tema que “[...] es corrientemente aceptada la tesis de que algunos derechos subjetivos no son absolutos, en el sentido de que nacen limitados; en primer lugar, en razón de que se desarrollan dentro del marco de las reglas que regulan la convivencia social; y en segundo, en razón de que su ejercicio está sujeto a límites intrínsecos a su propia naturaleza. Estos límites se refieren al derecho en sí, es decir, a su contenido específico, de manera tal que la Constitución al consagrar una libertad pública y remitirla a la ley para su definición, lo hace para que determine sus alcances. No se trata de restringir la libertad cuyo contenido ya se encuentra definido por la propia Constitución, sino únicamente de precisar, con normas técnicas, el contenido de la libertad en cuestión. Las limitaciones se refieren al ejercicio efectivo de las libertades públicas, es decir, implican por sí mismas una disminución en la esfera jurídica del sujeto, bajo ciertas condiciones y en determinadas circunstancias. Por esta razón constituyen las fronteras del derecho, más allá de las cuáles no se está ante el legítimo ejercicio del mismo. Para que sean válidas las limitaciones a los derechos fundamentales deben estar contenidas en la propia Constitución, o en su defecto, la misma debe autorizar al legislador para imponerlas, en determinadas condiciones. II. Los derechos fundamentales de cada persona deben coexistir con todos y cada uno de los derechos fundamentales de los demás; por lo que en aras de la convivencia se hace necesario muchas veces un recorte en el ejercicio de esos derechos y libertades, aunque sea únicamente en la medida precisa para que las otras personas los disfruten en iguales condiciones. Sin embargo, el principio de la coexistencia de las libertades públicas -el derecho de terceros- no es la única fuente justa para imponer limitaciones a éstas; los conceptos “moral”, concebida como el conjunto de principios y de creencias fundamentales vigentes en la sociedad, cuya violación ofenda gravemente a la generalidad de sus miembros-, y “orden público”, también actúan como factores justificantes de las limitaciones de los derechos fundamentales. Se trata de conceptos jurídicos indeterminados, cuya definición es en extremo difícil.” Sin embargo, no obstante que los derechos fundamentales pueden estar sujetos a determinadas restricciones, éstas resultan legítimas únicamente cuando son necesarias para hacer posible la vigencia de los valores democráticos y constitucionales, por lo que además de “necesaria”, “útil”, “razonable” u “oportuna”, la restricción debe implicar la existencia de una necesidad social imperiosa que la sustente”. Accedida el 07/02/2019 en <https://nexuspj@go.cr>.

ha establecido que el ejercicio de las libertades acordadas por la Constitución no es absoluto y pueden ser objeto de restricciones cuando se encuentren de por medio intereses superiores (véase sentencia número 1115-94), así, y claro está, mientras no se afecte su contenido mínimo esencial (véase sentencia número 2008- 001564). Por ende, los derechos no son absolutos, sino que están sometidos a una serie de limitaciones por razones superiores, en especial en aras de la garantía, protección y promoción de los intereses públicos y en el resguardo efectivo de los derechos fundamentales de las personas. [...] Asimismo, y tomando en cuenta lo señalado, existen límites implícitos de los derechos fundamentales, los cuales serán explicados a continuación. V.- Los límites implícitos de los Derechos Fundamentales. [...] Como es bien sabido, la doctrina constitucional distingue entre límites expresos e implícitos. Los primeros son aquellos que se consignan de forma clara y precisa en el texto constitucional, pues no hay derechos absolutos, sino limitados. Su formulación puede ser a través de cláusulas generales o por medio de límites concretos. Ejemplos de éstas la encontramos en el artículo 10.1 de la Constitución española, cuando señala que el ejercicio del derecho de los demás es un límite de los derechos fundamentales. Igual doctrina sigue el numeral 31.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que indica, de forma clara y precisa, que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática. Una manifestación de aquéllos –los concretos- es el numeral 30 de nuestra Constitución, cuando señala que la libertad de información no comprende el acceso a los secretos de Estado.

Los segundos son los no previstos en la Constitución, sin embargo, se derivan de una manera indirecta de ésta. Se justifican en la necesidad de proteger o preservar otros derechos constitucionales y bienes o valores constitucionalmente protegidos. Ejemplo de estos límites los encontramos no solo en la Carta Fundamental, sino también en los instrumentos internacionales de derechos humanos. En efecto, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en los artículos 7, 8, 9 y 10, hay ciertos principios para justificar los límites en los derechos fundamentales, tales como: la seguridad nacional, defensa territorial, seguridad pública, orden público y prevención de delitos, reserva o secreto de determinadas materias y defensa y garantía de la autoridad de independencia del poder judicial. Asimismo, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos tenemos que en el artículo 30, después de reconocer el principio de reserva de ley, se admiten restricciones a los derechos y libertades reconocidas en ese instrumento internacional cuando hayan razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas. Dentro de los bienes o valores constitucionales que constituyen límites implícitos a los derechos fundamentales tenemos el orden público constitucional [...]. (El resaltado es propio).

De lo anterior, podemos afirmar que el régimen constitucional patrio adoptó la teoría relativista sobre el contenido de los derechos fundamentales, descartando su naturaleza absoluta. Así, las restricciones o limitaciones que graviten sobre ellos bien pueden provenir del texto expreso del bloque de constitucionalidad o, indirectamente de este mismo, mediante la aplicación de principios elementales que encuentran justificación en la necesidad de proteger o preservar otros derechos constitucionales y bienes o valores constitucionalmente protegidos.

Con ello, podemos también afirmar que, en obligatoria aplicación del derecho de la Constitución en su cotidianeidad, las personas juzgadoras están inobjetablemente facultadas para, si es el caso, relativizar el contenido de una prerrogativa fundamental cuando resulte estrictamente necesario para tutelar otros bienes constitucionalmente amparados.

IV. Algunos supuestos problemáticos en la tutela constitucional en las comunicaciones privilegiadas

En su oportunidad, se acotó sobre la importancia de un estricto ejercicio de control y supervisión de las comunicaciones a cargo de las personas juzgadoras del CJIC en pleno resguardo del derecho fundamental a la intimidad. Se apuntó que dicho escrutinio debía ser estrictamente jurisdiccional y que no debía agotarse en la preservación de lo reglado en el canon 24 constitucional, sino que bien podía permear otras prerrogativas que a la postre podrían resultar lesionadas.

Se enfatizó la prohibición de revelar a las autoridades de investigación todo contenido sensible que evidenciara las estrategias de defensa entre el patrocinio letrado y las personas objeto de pesquisa, reglado en el párrafo segundo del artículo 26 de la Ley 7425 del 9 de agosto de 1994.

Se buscaría, de esta forma, evitar que, ante un acto de proporciones intrusivas como la interceptación de las comunicaciones privadas, el poder público se impusiera anticipadamente del conocimiento de las herramientas jurídico-legales de las personas intervenidas en su defensa, conculcándola.

Pero, ¿le confiere el núcleo esencial del derecho de defensa la imposibilidad de ser relativizado en ciertas circunstancias? En el apartado anterior, se puso de relieve que ningún derecho constitucional tiene un carácter absoluto cuando colisione con otros valores jurídicos que estén constitucionalidad protegidos, pudiendo entonces ser ablandados o relativizados como resultado de un ejercicio de ponderación⁷.

No debe perderse de perspectiva que las personas juzgadoras (particularmente del CJIC) ostentan independencia judicial para decidir en uno u otro caso, la aplicación absoluta o relativa de la prohibición contenida en el artículo de referencia, por lo que no se plantea en este trabajo la creación de un protocolo de actuaciones o propuesta parecida.

La valoración fáctica de los supuestos tiene un profundo sentido casuístico, y la decisión final estará cimentada en todo momento en la valoración jurídica que le otorgue a cada una, merced a esa independencia funcional. A efectos didácticos, se han preparado algunos casos límite que podrían ser problemáticos

7 Tórtora Aravena recuerda que “[...] la primera categoría de limitaciones se refiere a aquellas restricciones que nacen del respeto por los derechos fundamentales de los demás sujetos, vale decir, de los demás miembros de la comunidad, circunstancia que impide a cada titular utilizar su derecho en perjuicio de otro. También involucra el cumplimiento del bien común. Al respecto, no debemos olvidar lo dispuesto por el art. 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: ‘los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática. Al ser cada derecho un reflejo de la dignidad intrínseca de cada ser, no es posible pensar en que una de estas prerrogativas esenciales pueda verse afectada por el ejercicio de otro derecho esencial. Preferir los derechos de uno, en desmedro de los del otro, va a significar que se privilegia la dignidad de una persona en perjuicio de la dignidad de otro ser humano, lo que atenta en definitiva, no solo en contra de la razón sino que sobre todo, en contra de las bases mismas de la teoría de los derechos humanos’”. Tórtora Aravena, Hugo. (2010). “Las limitaciones a los derechos fundamentales”, Revista de Estudios Constitucionales. Año 8, n.º 2, p. 173.

i. La persona intervenida requiere de una persona profesional en Derecho cercana a ella, una opinión o consejo profesional

La comunicación más allá de una conversación amistosa contiene una solicitud expresa de consejo profesional a una persona abogada con relación a una futura estrategia de defensa sobre la hipótesis policial por la que se giró la orden de interceptación. Aun cuando persisten nebulosas sobre la acreditación profesional actual (contrato de servicios de asistencia profesional), ambos interlocutores convienen en comunicarse posteriormente para continuar con el tema.

ii. La persona profesional en Derecho está debidamente acreditada como patrocinio letrado de otros miembros de la organización criminal; pero no asumirá la defensa de la persona intervenida

En este supuesto, la comunicación (oral, escrita o electrónica) evidencia que la persona profesional en Derecho estaría planteando una estrategia de defensa a favor de las personas coautoras o partícipes ya procesadas de un hecho delictivo en el que también participó la persona intervenida; pero no asumirá la defensa de esta última, sino que lo hará otra persona profesional con idéntica estrategia.

iii. La persona intervenida se encuentra privada de libertad, y se descubre la estrategia de defensa por interpuesta persona

La comunicación sobre la estrategia de defensa que se planteará -v. gr. durante la audiencia de medidas cautelares- no es directamente facilitada por el patrocinio letrado de la persona privada de libertad, sino que es revelada por su consorte empleando un medio de interceptación válido.

En este caso, la persona profesional encomienda en el familiar de la persona intervenida la información sobre los detalles de esa estrategia, argumentando que los teléfonos públicos carcelarios podrían estar intervenidos, y que prefiere utilizar esa primera vía.

En los supuestos enunciados, nuestra opinión es que la tutela efectiva del derecho de defensa debe interpretarse en su sentido más amplio. En el ejemplo marcado con el acápite i, la existencia de una duda sobre la acreditación del patrocinio letrado no debe conducir a un rechazo prima facie del fuero de protección, sino debe anticipar la eventual formalización de esa relación profesional en un futuro cercano, evitando hacer pública la información vertida.

En lo que respecta al supuesto ii, queda evidenciado que la persona profesional que revela la estrategia no solo no es el patrocinio letrado de la persona intervenida, sino también aquella está dirigida a los otros miembros de la organización criminal que están siendo procesados; pero que no le es ajena a la persona intervenida. El aspecto medular de este caso descansa en la imposibilidad de separar los hechos en los que la persona intervenida participó y, por cuya estrategia de defensa, se verá también beneficiada.

Finalmente, en cuanto a la hipótesis formulada en el apartado iii, pese a que falta uno de los presupuestos legales establecidos (uno de los interlocutores debe ser patrocinio de la persona interceptada), el conocimiento sobre la estrategia de defensa se obtiene interposita persona, dado que la persona profesional desconfía de la privacidad de los teléfonos públicos del sistema carcelario.

A nuestro parecer, el hecho de que la persona intervenida se encuentre privada de libertad confiere un aditamento especial y obliga con

mayor acento a actuar con inobjetable reserva al funcionariado de control de legalidad.

Ahora bien, no todas las situaciones límite deben inclinarse necesariamente a favor del fuero de protección. Las situaciones fácticas pueden resultar tan diversas como sorpresivas y no se pueden descartar otros eventos que, en un sentido pragmático, pueden resultar problemáticos. De momento, expondremos dos de ellos:

1) La persona profesional en Derecho, debidamente acreditada como tal, le recomienda a su cliente (persona intervenida) como estrategia de defensa, la comisión de un hecho contravencional

El patrocinio letrado de la persona intervenida le aconseja a su cliente que *amenace personalmente* a los y las testigos de cargo con la finalidad de desmotivar su presencia en juicio y así lograr impunidad (art. 391, inc. 2 del Código Penal).

2) La persona profesional en Derecho, debidamente acreditada como tal, le recomienda a la persona intervenida, dentro de su estrategia de defensa, la comisión de un hecho delictivo

La defensa de la persona intervenida le plantea a esta la comisión de hechos típicos y antijurídicos como alternativa única para lograr su absolutoria. Le indica que, como parte de su estrategia, el cliente debe falsificar la cédula del ofendido, introducir hechos falsos en una escritura pública y darle muerte al testigo presencial de la fiscalía.

Parece que el primer acápite no ofrece mayor problema práctico, habida cuenta de que, si bien podría existir un reproche ético subyacente, los hechos contravencionales excluyen al delito y, en consecuencia, no existe obligación alguna de comunicar esa noticia.

Por su parte, la Sala Constitucional ya había zanjado el tema de la imposibilidad de emplear el contenido de comunicaciones telefónicas en procesos disciplinarios como único medio probatorio para justificar la sanción⁸.

8 En voto 1571-1996 del 29 de marzo de 1996, la Sala Constitucional dispuso sobre este particular que: “[...] Partiendo de las anteriores precisiones, y específicamente en aplicación de las mismas respecto del caso concreto, debe decirse que nuestro Constituyente fue muy estricto y claro al autorizar la intervención de las comunicaciones toda vez que esa medida sólo procede para investigar los delitos que contempla expresamente la ley en el artículo 9 citado. Por tales razones, en el caso bajo estudio, al haberse pretendido sancionar al recurrente a partir de un descubrimiento casual - que tan sólo podría ser utilizado como noticia pero nunca como prueba para demostrar la existencia de una posible falta disciplinaria- es obvio que la decisión tomada tanto por el Tribunal de la Inspección Judicial como por el Consejo Superior del Poder Judicial, y mediante la cual se revoca el nombramiento del aquí recurrente, resulta ser contraria a nuestra Constitución Política y por ende violatoria de los derechos criminales fundamentales del recurrente. En efecto, ello es así en vista de que el Tribunal de la Inspección Judicial utilizó, como fuente de prueba en contra del amparado, el contenido de una intervención telefónica practicada contra sujetos distintos al recurrente y que revestía fines estrictamente penales puesto que se estaba investigando un delito de tráfico internacional de drogas; Tribunal que erradamente emite un criterio en tales condiciones y que después es avalado, sin consideración alguna, por el Consejo Superior del Poder Judicial. Resulta entonces evidente que, en contra de la autorización dada por el Ordenamiento, se le dio efectos y a una intervención telefónica en perjuicio de un tercero ajeno a la medida decretada y todo ello con la intención de que pudiera ser utilizada en fines completamente distintos de los constitucionalmente contemplados, es decir, no para investigar delitos, sino dentro de un procedimiento disciplinario. extraprocesales extrapenales IV. Desde esta perspectiva, se quiebra en primer lugar el principio constitucional consagrado en el numeral 24 según el cual, la intervención de las comunicaciones sólo podrá ser decretada para la investigación de delitos, y en segundo lugar, se lesiona el principio de proporcionalidad al utilizarse el resultado obtenido en perjuicio de un tercero no destinatario de la orden judicial y para fines disciplinarios, lo que, obviamente, no guarda la más mínima relación con la lesión implícita a un derecho fundamental, por más importantes que se estimen los principios de corrección en el desempeño de la función pública y especialmente en la Administración de Justicia”. Accedido el 7/02/19 en <https://nexuspj@go.cr>.

En lo atinente al segundo supuesto fáctico, el panorama ya no se aprecia tan claro dada la existencia de una colisión de normas jurídicas: por un lado, la obligatoriedad que impone al órgano contralor de legalidad (CJIC) la interposición de noticias criminales en delitos de acción pública y, por otro, el fuero de reserva que sentencia el artículo 26 de la Ley 7425.

Para quienes enarbolan la teoría absoluta – tratada por Alexy y mencionada líneas atrás– el núcleo duro y esencial del derecho de defensa impediría hacer las respectivas comunicaciones al Ministerio Público sin importar lo reprochable que resulten las acciones delictivas a emprender.

Para las personas seguidoras del relativismo, será indiscutible un ejercicio de ponderación de valores jurídicos en juego, donde bien podría ablandarse una prerrogativa fundamental para salvaguardar otras también tuteladas. La hipótesis planteada propone tres hechos típicos de variable entidad y, con ello, de muy distinta gravedad (falsificación de documento, falsedad ideológica y homicidio calificado), lo que torna más complejo el análisis.

En nuestra opinión, partiendo de la ya reconocida relativización de los derechos fundamentales adoptada por nuestra jurisprudencia erga omnes, en el supuesto de una comunicación en la que se incluya dentro de la estrategia de defensa la comisión de hechos delictivos, el órgano contralor de legalidad deberá verificar prima facie un necesario juicio de ponderación de bienes jurídicos y tomar la decisión que salvaguarde aquellos de mayor entidad jurídica.

Los criterios de valoración no están reglados objetivamente, por lo que debe actuarse

cautelosamente con la finalidad de no caer en subjetivismos irracionales que dejen vacío de contenido a la máxima fundamental de defensa. Una alternativa objetiva podría tomar como base los niveles de jerarquía de los bienes jurídicos tutelados por el legislador en el Código Penal o la gravedad de las sanciones punitivas en cada tipo en su extremo mayor.

En el caso expuesto, parece que no existe duda alguna en punto a la comunicación inmediata a la policía encargada de la interceptación y al Ministerio Público vía noticia criminal con respecto al homicidio planificado con el fin de lograr su evitación.

Pero, en el caso de los otros dos ilícitos (falsificación de documento y falsedad ideológica), el extremo punitivo mayor no supera los seis años de prisión, por lo que cabe cuestionarse si son hechos lo suficientemente graves como para develar el fuero de protección del artículo 26 de la Ley 7425.

Nuestra posición es que el levantamiento de dicha prohibición solo será proporcional cuando los hechos que se descubran (aun siendo simples actos preparatorios) conculquen bienes jurídicos de mayor relevancia penal como –pero no agotado– en los delitos contra la vida, la libertad y la seguridad común que busquen una ventaja procesal.

Para tales efectos, el órgano contralor de legalidad (CJIC) deberá justificar razonadamente por qué hace el levantamiento de esa reserva mediante resolución fundada que bien podría materializarse a través del ejercicio permisivo que prevé el ordenamiento con las causas de justificación⁹.

9 Dado que el artículo 24 de la Ley 7425 del 9 de agosto de 1994 describe típicamente el delito de “divulgación dolosa” con un propósito diferente al establecido en la orden y en la que el sujeto activo incluye a la persona juzgadora, esta decisión podría estar debidamente justificada en lo dispuesto en la sección IV del título I del Código Penal que regula lo concerniente a las causas de justificación, siendo de interés los numerales 25 y 27 de esa normativa. El 25 señala que “no delinque [sic] quien obrare en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho”; en tanto que el 27 del mismo texto indica: “no comete delito [sic] el que, ante una situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno lesiona otro para evitar un mal mayor, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) que el peligro sea actual o inminente, b) que no lo haya provocado voluntariamente y c) que no sea evitable de otra manera [...]”. Accedida el 7/02/19 en <http://pgrweb@go.cr>

En lo conducente a otros delitos de acción pública – pero no limitado - como los cometidos en perjuicio de menores de edad, delincuencia económica y funcional o los delitos contenidos en la Ley N.º 8204 del 26 de diciembre de 2001¹⁰ que se descubran en una comunicación entre la persona intervenida y su patrocinio letrado, el órgano supervisor deberá separar el contenido criminoso que será comunicado de aquel otro protegido por la reserva.

Conclusión

La protección de las comunicaciones privilegiadas en cualesquiera de sus modos (orales, escritas o digitales) constituye un derivado del derecho fundamental de defensa y un límite al poder público.

La no revelación de las estrategias de defensa entre la persona profesional en Derecho y los sujetos intervenidos es además una expresión característica de los sistemas democráticos avanzados en la medida que, frente a un acto intrusivo y conculcador de prerrogativas constitucionales, no se “incautan” las herramientas jurídicas que opondrá la persona intervenida en su defensa.

Sin embargo, no todas las comunicaciones ocurridas entre ambos ostentan la claridad que enuncia la ley, pues algunas de ellas contienen aristas que deben ser cuidadosamente evaluadas por el personal jurisdiccional contralor. La experiencia advierte de situaciones en las que, aun sin cumplir los requerimientos legales estrictos para su prohibición, gozan de esa reserva mediante la interpretación del derecho de defensa en un sentido amplio.

Pero también podrían presentarse situaciones en las que la razón de ser de la estrategia de defensa apunta a la comisión de hechos delictivos graves que ponen en riesgo la vida, la integridad física o la libertad de otras personas, erigiendo una colisión de normas jurídicas superiores que deben también ser resguardadas por mandato constitucional.

La relativización de los derechos fundamentales adoptada por la jurisprudencia erga omnes permite al órgano contralor de legalidad (CJIC) revelar este tipo de información privilegiada mediante una decisión fundada que bien podría estar amparada en una causa de justificación, previo juicio de ponderación de bienes jurídicos constitucionales comprometidos.

Referencias bibliográficas

Alexy, Robert. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Editorial Centro de Estudios Constitucionales.

Alexy, Robert. (Enero-junio de 2009). Derechos “fundamentales: ponderación y racionalidad”. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, número 11.

Ferrajoli, Luigi. (2000). El garatismo y la filosofía del derecho. Bogotá. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho.

Tórtora Aravena, Hugo. (2010). “Las limitaciones a los derechos fundamentales”. Revista de Estudios Constitucionales. Año 8, n.º 2.

Constitución Política de la República de Costa Rica, accedida el 9/25/19 en <http://pgrweb.go.cr>.

10 La Ley N.º 8204 es la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo, accedida el 6/20/19 e <http://pgrweb@go.cr>.

Código Penal, accedido el 9/28/19 en <http://pgrweb@go.cr>.

Código Procesal Penal, accedido el 9/27/19 en <http://pgrweb@go.cr>.

Ley de Registro, Examen y Secuestro de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, N.º 7425 del 9 de agosto de 1994, accedida el 9/20/19 en <http://pgrweb@go.cr>.

Ley contra la Delincuencia Organizada, N.º 8754 del 24 de julio de 2009, accedida el 09/20/19 en <http://pgrweb@go.cr>.

Sala Constitucional. Voto 4205-1996 del 20 de agosto de 1996, accedido el 10/02/19 en <https://nexuspj@poder-judicial.go.cr>

Sala Constitucional. Voto 1571-1996 del 29 de marzo de 1996, accedido el 10/02/19 en <https://nexuspj@poder-judicial.go.cr>

Sala Constitucional. Voto 15710-2011 del 4 de noviembre de 2011, accedido el 10/02/19 en <https://nexuspj@poder-judicial.go.cr>