



# **Guía sobre Incautación de Datos**

**2019**

*Este es un documento de orientación que presenta bases sobre la materia bajo análisis.*

*Edición a cargo de la Oficina de Implementación del Sistema Penal Acusatorio de la Procuraduría General de la Nación*

## Índice

I.	Generalidades .....	5
II.	El rol constitucional de persecución del delito correspondiente al Ministerio Público .....	5
III.	Los actos de investigación y el rol de control de garantías .....	6
	A. ¿Qué son actos de investigación? .....	6
	B. Diferencias entre actos de investigación y prueba.....	7
	C. Diversos tipos de actos de investigación .....	7
	1. Actos de investigación que requieren autorización del Juez de Garantías .....	7
	2. Actos de investigación que no requieren autorización del Juez de Garantías .....	10
	3. Actos de investigación sujetos a control posterior del Juez de Garantías .....	14
	D. El rol del control de garantías.....	19
IV.	Especial referencia a la incautación de datos .....	21
	A. Conceptos derivados de la norma procesal .....	23
	B. Procedimiento para la incautación de datos .....	24
	C. Procedimiento para el examen de los datos incautados.....	25
	D. Sometimiento al control ante el Juez de Garantías .....	26
V.	Ley 81 de 2019 sobre protección de datos .....	27
VI.	Análisis de las exigencias de la Ley 51 de 2009 en materia de solicitud de información y control judicial.....	28
VII.	Cuando no estamos frente a una incautación de sistemas informáticos o de datos .....	30
VIII.	Pronunciamientos jurisdiccionales .....	30



## **I. Generalidades:**

Con la entrada en vigencia progresiva del Sistema Penal Acusatorio en la República de Panamá a partir del año 2011, uno de los cambios más notorios que se generó fue el relacionado con la implementación efectiva del principio de separación de funciones.

En atención a ello, el Ministerio Público fue despojado de aquellas funciones jurisdiccionales que antes mantenía tales como imponer medidas cautelares, ordenar allanamientos por motivación y decisión propia, ordenar intervenciones corporales, entre otras, y salvo por la excepción de ciertos supuestos muy concretos y de urgencia, le corresponde ahora al Órgano Judicial a través de los Jueces de Garantías autorizar la realización de los actos de investigación que puedan afectar derechos fundamentales o controlarlos con posterioridad a su realización dependiendo de la naturaleza de la figura (por ejemplo las entregas vigiladas y compras controladas de drogas que deben mantenerse en reserva hasta que se hayan realizado efectivamente, por mencionar algunas).

Previo al cambio de sistema, las reformas constitucionales aprobadas en el año 2004, al introducir la necesidad de autorización judicial para algunas diligencias que pudieran implicar afectación a la intimidad de las comunicaciones hicieron surgir el debate también sobre la incautación de datos y revisión de información contenida en computadoras, teléfonos celulares y otros dispositivos electrónicos.

La jurisprudencia empezó a marcar pautas estableciendo en primera instancia que las mismas requerían control pero con posterioridad fue atenuando los criterios, permitiendo un mayor margen de acción al Ministerio Público en el Sistema Mixto.

En el Sistema Penal Acusatorio muchos han sido los debates que se han presentado sobre el particular, situación que ha influido en que se haya generado una multiplicidad de criterios a nivel nacional, razón por la cual esta guía pretende realizar un estudio que facilite la unidad de actuación en la mayor medida posible.

## **II. El rol constitucional de persecución penal correspondiente al Ministerio Público:**

De conformidad con el artículo 219 de la Constitución Política de la República de Panamá, el Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, el Procurador de la Administración, los Fiscales y Personeros, así como por los demás funcionarios que establezca la ley.

Mientras que en su artículo 220 de la Carta Magna, establece las atribuciones de la institución, entre las que están:

1. Defender los intereses del Estado o del Municipio.
2. Promover el cumplimiento o ejecución de las Leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas.

3. Vigilar la conducta oficial de los funcionarios públicos y cuidar que todos desempeñen cumplidamente sus deberes.
4. **Perseguir los delitos** y contravenciones de disposiciones constitucionales o legales.
5. Servir de consejeros jurídicos a los funcionarios administrativos.
6. Ejercer las demás funciones que determine la Ley.

De estas funciones, destacamos en esta oportunidad la referida a la persecución del delito, que constituye la esencia de la Procuraduría General de la Nación y los despachos que de ella dependen.

Corresponde entonces al Ministerio Público dar inicio a las investigaciones, ya sea de manera oficiosa, por denuncia o querrela, y dirigir la realización de todas las acciones pertinentes que le permitan determinar cómo ocurrió el delito y qué persona o personas participaron de este.

Para cumplir con dicha labor debe realizar con el apoyo de los brazos auxiliares u ordenar que se realicen una serie de diligencias o actividades investigativas, las cuales en ocasiones estarán sujetas al control previo o posterior de las autoridades jurisdiccionales.

### **III. Los actos de investigación y el rol de control de garantías:**

#### **A. ¿Qué son actos de investigación?:**

Son aquellas diligencias que realiza el fiscal con la colaboración de los auxiliares de la investigación (cuerpo policial y forense), a efectos de determinar básicamente si existen elementos suficientes o fundamentos para formular la correspondiente acusación, pues de lo contrario, el fiscal deberá optar por una salida distinta, tales como el archivo provisional, la desestimación o el sobreseimiento. Ello sin dejar de lado que contará con otra serie de procedimientos alternos para la solución del conflicto penal.

El resultado de los actos de investigación, que conforme al Código Judicial de 1987 constituyen prueba desde el sumario, en el nuevo sistema procesal únicamente serán tenidos como elementos de conocimiento o elementos de convicción (como se les denomina en el Código Procesal Penal) y si bien tendrán utilidad para la formulación de imputación o para que se decreten medidas cautelares personales y reales, por ejemplo, así como para todas las decisiones que tendrán que tomar los jueces en oralidad de forma anticipada, no revisten la entidad suficiente para motivar una condena, salvo que se trate de aquella alcanzada a través de un acuerdo de pena.

## **B. Diferencias entre actos de investigación y prueba:**

Los primeros, en atención a nuestra legislación, se practican durante la primera fase del procedimiento o fase de investigación por parte del fiscal, sin presencia de los jueces y son útiles solamente para la realización de audiencias preliminares.

En cambio, la prueba, es aquella que se practica ante el tribunal de juicio integrado por tres jueces o ante el jurado de conciencia, con la vigencia y ejercicio de principios como la inmediación y la bilateralidad o contradictorio y que servirá de base para fundamentar la decisión del caso, ya sea esta una absolución o una condena.

## **C. Diversos tipos de actos de investigación:**

En el Código Procesal Penal panameño contamos con actos de investigación que requieren autorización del Juez de Garantías, actos de investigación que no requieren control y actos de investigación que requieren control posterior del Juez de Garantías. Veamos:

### **1. Actos de investigación que requieren autorización del Juez de Garantías<sup>1</sup>:**

Los actos de investigación que requieren de autorización previa del Juez de Garantías, nos remiten a los Derechos Humanos y garantías fundamentales de los ciudadanos, cuyos estándares internacionales, como parte del bloque de constitucionalidad, llevaron al Estado panameño a la implementación de un nuevo modelo de administración de justicia, al adoptar un Código Procesal Penal de corte acusatorio.

Este nuevo ordenamiento procesal penal sienta las bases normativas e incorpora elementos esenciales del Sistema Penal Acusatorio, tales como la separación de funciones (artículo 5 CPP), correspondiéndole al Ministerio Público la investigación de las causas a través de sus Fiscales, separadas de la función jurisdiccional, la que es propia del Órgano Judicial a través de los Jueces, lo que es visto como un equilibrio dentro de la actividad procesal.

Precisamente sobre la base del principio de separación de funciones queda claramente establecido que todos aquellos actos de investigación que alcanzan los derechos y garantías del ciudadano como parte de las actividades que le corresponde ejecutar a los fiscales al dirigir la investigación y ejercer la acción penal requieren del control del Juez de Garantías, control este que atendiendo la naturaleza del acto demanda incluso para alguno de ellos autorización previa a su ejecución o realización.

---

<sup>1</sup> Acápites desarrollados por la licenciada Nursy Peralta, Fiscal de Circuito de la Sección de Decisión y Litigación Temprana Fiscalía Regional de Herrera, en el Código Procesal Penal comentado del Ministerio Público.

El control como tal que ejerce el juez sobre los posibles actos de investigación, no es más que la ponderación o análisis que realiza el mismo, al someter el fiscal a su consideración determinados actos, sobre los que debe destacarse aspectos relevantes que llevan a justificar la necesidad de practicar determinada actividad aun cuando esta conlleva invadir ciertos derechos y garantías fundamentales, al recaer el acto que se proyecta ejecutar ya sea sobre la persona misma en cuanto a su dignidad, integridad física o intimidad o bien sobre sus bienes o patrimonio. Este control se realiza, generalmente, mediante audiencia a la que deben concurrir todas las partes, que estén identificadas en el momento judicial que se requiere.

Concretamente el control previo del Juez de Garantías viene a constituir un requisito de validez en materia probatoria y garantías del proceso. Dicho en otros términos este constituye una condición indispensable en la obtención de determinadas pruebas, validez que precisa el juez al entrar a valorar previamente sobre la base de la justificación bajo conceptos de necesidad y proporcionalidad, los que requieren ser motivados razonadamente por el Fiscal, además de verificar que la solicitud del acto cumpla con los requisitos formales y materiales que demanda el Código al respecto.

Abordados aspectos generales en cuanto a la apreciación que hacen tanto los ordenamientos jurídicos como la doctrina, sobre la prevalencia de los Derechos Humanos y por ende los Derechos y Garantías Fundamentales, podemos verificar que nuestro Código de Procedimiento Penal contempla actos de investigación que requieren Autorización del Juez de Garantías, dentro del Título I, Capítulo II, en los artículos que van del artículo 293 al 313, entre estos tenemos el allanamiento ( artículo 293- 308).

Este tipo de acto de investigación implica la afectación de derechos fundamentales, que se traduce claramente en la inviolabilidad de domicilio, tal cual lo prevé el artículo 29, de la Constitución Nacional, sumados a otros derechos y garantías inherentes a toda persona humana y a su patrimonio, siendo estas prerrogativas de ley las que sustentan la necesidad de obtener previo a su realización la autorización del Juez para lo cual debe cumplir con una serie de requisitos formales y materiales, atendiendo el tipo de bien a registrar (artículo 296).

Sobre el allanamiento autorizado previamente por el juez, no subsisten mayores cuestionamientos en cuanto a su licitud, sin embargo han surgido debates respecto a los resultados de dicho allanamiento en el que deriva el hallazgo casual lo cual ha ocupado el análisis de los tribunales; tal es el caso de la valoración hecha por la Corte Suprema de Justicia al conocer en alzada la Apelación interpuesta por Euribiades González, dentro del Amparo de Garantías constitucionales que interpuso en contra de la Resolución del 14 abril de 2014, del Tribunal Superior del Segundo Distrito Judicial (Coclé y Veraguas ). La disconformidad del recurrente se dió por la decisión del Juez de Garantías de Veraguas, al no declarar la nulidad del hallazgo casual y la ilicitud de las evidencias obtenidas en el allanamiento efectuado por el Ministerio Público en la residencia ocupada por A.R., porque a su parecer, “dicho hallazgo tenía que someterse al control posterior por parte del Juez de Garantías dentro del tiempo oportuno..., ello por cuanto considera que el artículo 302 del

CPP, que regula el hallazgo casual, en ninguna de sus partes dispone que el mismo tenga validez, ...solo por darse dentro de la diligencia de allanamiento para otro caso”.

El Tribunal de alzada al entrar a examinar las argumentaciones del recurrente sobre la base del criterio del Tribunal a-quo, lo hizo señalando “que es necesario indicar primeramente, que la regla en materia de allanamiento a residencias, es que los mismos deben estar precedidos de la autorización por parte del Juez de Garantías, previa petición fundada por parte del Fiscal (artículo 293), que la petición debe cumplir con los requisitos que dispone el Código Procesal Penal (artículo 296). Precisa la Corte que el Hallazgo casual no se encuentra expresamente previsto dentro del catálogo de diligencias que deben ser sometidas a control posterior por parte del Fiscal y que aparecen listadas en el artículo 298 del Código Procesal Penal, concluye indicando que “coincide con el Tribunal de primera instancia en que el Fiscal ha sido autorizado a la práctica de un allanamiento para una finalidad y obtiene evidencia que no ha sido objeto directo del reconocimiento no está obligado a la luz del Código de procedimiento penal a someter dicho hallazgo casual al control del Juez de garantías ...”<sup>2</sup>

El criterio esbozado por los tribunales en este caso, resalta el alcance que tiene la autorización que otorgó el Juez de Garantías previamente al Fiscal para realizar el referido allanamiento.

Otro de los actos que regula nuestro ordenamiento procesal penal que deben ser sometidos al control previo del Juez de Garantías son la incautación de correspondencia y la interceptación de comunicaciones, reguladas en los artículos 310 y 311, respectivamente.

Ambos actos se concretan en el derecho a la intimidad respecto a las comunicaciones, materia que ha sido desarrollada por la Corte Constitucional Colombiana, al señalar que “frente a la protección de las comunicaciones privadas contra interceptaciones arbitrarias, dicha Corte Constitucional, ha reiterado que el derecho a la intimidad garantiza a los asociados una esfera o espacio de su vida privada, inmune a la interferencia arbitraria, de otros en especial si la interceptación es realizada por agentes del Estado..., sin embargo esa doctrina constitucional también ha reconocido que el derecho a la intimidad no es absoluto y ha señalado por ejemplo que cuando se trata de personas y hechos de importancia pública, el derecho a la información prevalece prima facie sobre el derecho a la intimidad.”<sup>3</sup>(5).

En el mismo sentido el artículo 312 del Código Procesal Penal, que regula las intervenciones corporales establece que en el evento de que la persona una vez se le informe sobre la necesidad de la intervención a la que se debe someter y conociendo sus derechos se negare, el Fiscal solicitará la correspondiente autorización ante el del Juez de Garantías, fundamentándose en el rechazo de quien se requiere y la pertinencia de la prueba.

Oscar Augusto Toro Lucena, al abordar el tema “Intervenciones Corporales y derechos fundamentales, puntualiza que “las intervenciones corporales cobran vida dentro

---

<sup>2</sup> Resolución de 15 de diciembre de 2014 del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, que resuelve recurso de apelación presentado por el licenciado Euribiades J. González.

<sup>3</sup> Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-594/14.

del contexto de las diligencias de investigación penal, por lo que se han convertido en materia de estudio de varios tratadistas, ya que estas medidas de investigación recaen directamente sobre el cuerpo humano, por lo que indica en un mismo sentido que estas diligencias suponen una evidente afectación a los derechos fundamentales que tienden a proteger la intimidad corporal.”<sup>4</sup>

Es precisamente por la naturaleza de este acto y el bien sobre el que recae que deviene como lo venimos señalando el deber del Fiscal de motivar bajo qué presupuestos se sustenta la necesidad y proporcionalidad de un acto tan invasivo, dejando claramente establecido la existencia de una situación previa que legitime su irrefutable ejecución.

## **2. Actos de investigación que no requieren autorización del Juez de Garantías<sup>5</sup>:**

El nuevo Código Procesal Penal reconoce el principio de separación de funciones, mediante el cual se consagra que las funciones de investigación le están atribuidas exclusivamente al Ministerio Público. El objeto de la investigación es procurar la solución del conflicto y establecer si existen fundamentos para la presentación de la acusación mediante la obtención de toda la información y elementos de convicción que sean necesarios para esa finalidad; por lo cual en esta etapa de investigación se consignará y asegurará todo cuanto conduzca a la comprobación del hecho y a la identificación de los autores y partícipes.

En virtud de esto, el Ministerio Público puede practicar actos de investigación sin autorización, con autorización y con autorización posterior. Dichos actos de investigación tienen como finalidad identificar, observar, recaudar, analizar y obtener las evidencias o los elementos materiales probatorios que serán vertidos en el juicio para confirmar las proposiciones fácticas de las partes en conflicto, así como para justificar con grado de probabilidad, las decisiones que corresponden al Juez de Garantías en las etapas preliminares del procedimiento penal.<sup>6</sup>

El acto de investigación no se refiere a una afirmación, sino en todo caso a una hipótesis, a un estado de desconocimiento o conocimiento imperfecto de hechos y persigue alcanzar ese conocimiento o perfeccionamiento, para determinar si puede hacerse una afirmación y qué afirmación sobre ciertos hechos.

---

<sup>4</sup> Oscar Toro Lucena. Intervenciones corporales y derechos fundamentales: límites.

<sup>5</sup> Acápite desarrollado por el licenciado Isaac Chang Vega, Fiscal de Circuito de la Sección de Familia de la Fiscalía Regional de Veraguas, en el Código Procesal Penal comentado del Ministerio Público.

<sup>6</sup> BEDOYA CIERRA, Luis Fernando. La prueba en el proceso penal colombiano. Colombia, Fiscalía General de la Nación, 2008, p.39) citado por Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. www. Jurídicas. Unam. Mx.

Trataremos en este punto, los actos de investigación que no requieren autorización del Juez de Garantías y que nuestro Código Procesal Penal incluye dentro del Libro Tercero, Procedimiento Penal, Título I, Fase de investigación, Capítulo IV. Esta clasificación obedece a la calidad de las fuentes y medios utilizados.

En cuanto a la inspección ocular al lugar de los hechos, tenemos que esta diligencia permite el examen u observación junto con la descripción de personas, lugares y cosas y tiene como finalidad verificar hechos, determinar la presencia de indicios, rastros y otros efectos materiales del delito, debiendo también describirse el estado de los lugares. Además, se debe hacer constar el estado de las personas, las cosas o los lugares; si el hecho deja huellas, rastro o señales se recopilarán, se tomará nota y se especificarán detalladamente y se dejará constancia de la descripción de lugar en que el hecho se hubiera cometido, del estado de los objetos que en él se encontraran y de todo otro dato pertinente. Se pueden tomar fotografías, filmación o grabación y, en general, la reproducción de imágenes (artículo 273).

Igualmente, en la diligencia de inspección se deben recoger las evidencias útiles y tomar las medidas para preservarlas. En este sentido, el manual de procedimiento del sistema de cadena de custodia del año 2015 del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses establece el proceso y los procedimientos de un sistema de cadena de custodia, con el propósito de garantizar la autenticidad de los indicios y/o evidencias, cumpliendo con los estándares internacionales sobre la materia, desde su recolección hasta su disposición final; es decir que, lo mismo que fue recolectado, debe ser lo mismo que va a ser elemento de convicción y valoración en un proceso penal. De acuerdo a este manual las actividades en el lugar de los hechos comienzan cuando los servicios de seguridad pública reciben información sobre la ocurrencia de un posible hecho, a través del Centro de Comunicaciones (o cualquier otro medio), entidades de socorro, Ministerio Público o ciudadanos que hagan presencia en el lugar de los hechos y finaliza con el aseguramiento del lugar, previa confirmación del hecho.

En el directorio de servicios periciales del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses del año 2013, se indica que el objeto de la inspección técnica ocular del lugar de los hechos es el procesamiento y recolección de los indicios y/o evidencias físicas en el lugar de los hechos o en el lugar donde se descubran.

En la diligencia de inspección participan tanto la policía regular como los funcionarios de la dirección de investigación judicial y otros servidores públicos que concurren al lugar de los hechos (como miembros de la cruz roja, bomberos, etc.), pero bajo la dirección del ministerio público (artículo 288 CPP). La sección de criminalística de campo, de la subdirección de criminalística del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses participa en esta diligencia para lo cual debe practicar actividades como: recibir el formato único de entrega del lugar de los hechos, fijar preliminarmente la escena, evaluar el acordonamiento, establecer ruta de acceso, identificar el tipo de escena, fijar el lugar de los hechos y de los indicios, recolección, embalaje y envío de indicios.

Como formalidad se exige que se levante un acta por escrito de los participantes, así como se puede utilizar cualquier soporte tecnológico como por ejemplo filmadoras. Una vez verificada la operación se certificará el día, la hora y el lugar en que esta se realizó, el nombre, la dirección y la profesión u oficio de quienes intervinieron en ella. En todo caso, se adoptarán las medidas necesarias para evitar la alteración de los originales objeto de la operación. (Artículo 273 in fine). El funcionario podrá transcribir posteriormente lo recogido en la descripción. La descripción puede ser incorporada al juicio, sin perjuicio de que el funcionario y el testigo instrumental puedan ser citados para prestar testimonio.

Presencia del testigo (artículo 319). Para realizar la inspección o registro, se podrá ordenar que durante la diligencia no se ausenten las personas que se encuentren en el lugar o que comparezca inmediatamente cualquier otra. Los que desobedezcan incurrirán en la responsabilidad establecida en el Código para el testigo reticente, sin perjuicio de ser compelido por la Policía Nacional. También el artículo 290 del código señala que cuando no fuera posible individualizar al autor o a los partícipes y testigos, el ministerio público o los agentes de los organismos de investigación podrán disponer que los presentes no se alejen del lugar o que no se comuniquen entre sí antes de informar.

Entrevista ante el agente investigador (Artículo 320). Toda persona requerida por el Ministerio Público durante la investigación estará obligada a comparecer y a decir la verdad de cuanto conozca y le sea preguntado. Si la persona citada no compareciera sin justa causa, se podrá ordenar su conducción. La restricción de libertad no puede prolongarse más allá de la duración de la diligencia. El Fiscal deberá informar a la persona acerca de su derecho a no declarar contra sí misma, contra su cónyuge o su conviviente o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Comparecencia del imputado ante el Ministerio Público (Artículo 321). Durante la etapa de investigación, el imputado podrá ser citado por el Fiscal cuando este lo estime necesario para el esclarecimiento de los hechos o para llegar a los acuerdos permitidos por el presente Código. El imputado deberá estar asistido por su abogado. El imputado además tiene derecho a comparecer ante el ministerio público las veces que lo solicite (artículo 93)

Exhumación (Artículo 322). Cuando las exigencias de la investigación así lo aconsejen, el Fiscal podrá ordenar la exhumación del cadáver para realizar los peritajes necesarios. Cuando la exhumación tenga lugar en las comarcas indígenas, se tendrán en cuenta las costumbres de la población respectiva.

Levantamiento y peritaje del cadáver (Artículo 323). En los casos de muerte violenta o cuando se sospeche que una persona falleció a consecuencia de un delito, el Fiscal deberá practicar una inspección en el lugar de los hechos y disponer el levantamiento del cadáver, el peritaje correspondiente para establecer la causa y la manera de muerte, así como cualquier estado patológico preexistente y la forma médico- legal del hecho. Se deberán tomar las previsiones para mantener la seguridad de la evidencia recogida, siguiendo el protocolo que

garantice su inviolabilidad. La identificación del cadáver se efectuará por cualquier medio posible, incluidos los testimoniales. Si no se obtiene la identificación y su estado lo permite, el cadáver estará a disposición pública por un tiempo prudencial, en la morgue del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, a fin de quien posea datos que puedan contribuir a los procedimientos se los comunique al Fiscal.

En los casos en que el Ministerio Público no ordene la autopsia, las partes pueden solicitar al Juez de Garantías que la disponga. Si el fallecimiento se produce como resultado de un desastre natural en que la causa del deceso sea consecuencia directa de esos sucesos, no será exigible la autopsia para la entrega del cadáver a sus familiares, previa identificación.

Requisa de personas y registro de vehículos (Artículo 325). Cuando existan motivos suficientes para presumir que una persona oculta entre sus ropas o lleva adheridos a su cuerpo objetos relacionados con un delito, los miembros de la Policía Nacional podrán realizar la requisa de la persona. Para proceder a la medida, el agente deberá advertir a la persona de la sospecha y del objeto que se busca, solicitándole que exhiba el objeto de que se trate. Las requisas se practicarán separadamente, respetando el pudor y la dignidad de las personas. Si se hiciera sobre una mujer, será efectuada por otra. Al registro de vehículos también se aplican estas disposiciones. Dicho registro deberá realizarse en presencia del conductor del vehículo cuando existan motivos suficientes para presumir que dentro de este se oculta algún objeto relacionado con un delito. Antes de proceder a la medida, se debe advertir al ocupante de la sospecha y del objeto que se busca, solicitándole que lo exhiba.

Reconocimiento (Artículo 326). Cuando proceda el reconocimiento de una persona, el Fiscal o el Juez podrán ordenar, con comunicación previa a las partes, que se practique la diligencia respectiva con el fin de identificarla o de establecer que quien la menciona la conoce o la ha visto.

Presupuestos para el reconocimiento (Artículo 327). Antes del reconocimiento, quien deba hacerlo, será interrogado para que describa a la persona de quien se trata, diga si la conoce o si, con anterioridad, la ha visto personalmente o en imagen.

Además, deberá manifestar si después del hecho investigado ha visto nuevamente a la persona, en qué lugar y por qué motivo. Con excepción del imputado, el declarante será instruido acerca de sus obligaciones y de las responsabilidades por su incumplimiento y prestará juramento de decir la verdad.

Procedimiento para reconocimiento (Artículo 328). La persona que será sometida al reconocimiento se colocará entre al menos seis personas de rasgos físicos parecidos a ella. Quien realice el reconocimiento deberá decir si entre las personas presentes se halla la que mencionó y, en caso afirmativo, la señalará con precisión. La observación de la rueda de personas puede ser practicada desde un lugar oculto, cuando se considere conveniente para la seguridad del testigo. Esta diligencia constará en un acta y registrará las circunstancias

útiles, incluidas el nombre y la cédula de identidad personal de los que hayan formado la fila de personas.

El reconocimiento procede aun sin consentimiento del investigado. Cuando el investigado no pueda ser conducido personalmente, se procederá a utilizar su fotografía u otros registros, observando las mismas reglas. El acto de reconocimiento de personas debe realizarse en presencia del defensor del imputado. La falta de comparecencia del defensor podrá ser suplida por un defensor público.

Reconocimiento múltiple (Artículo 329). Cuando varias personas deban reconocer a una sola, cada reconocimiento se practicará por separado, sin que se comuniquen entre sí.

Reconocimiento fotográfico (artículo 330). El reconocimiento fotográfico que incluya a un investigado será notificado a su defensor, quien podrá asistir o designar a un testigo para que esté presente en dicha diligencia, y se efectuará en los archivos actualizados de identificación del organismo de investigación o en la oficina donde reposen las fotografías. El reconocimiento se practicará sobre un número no menor de diez fotografías, se dejará constancia escrita de la diligencia con la firma de quienes participen en ella y se levantará un acta junto con la fotografía del imputado reconocido. Esta diligencia será efectuada ante el Fiscal, sin necesidad de autorización alguna.

### **3. Actos de investigación sujetos a control posterior del Juez de Garantías<sup>7</sup>:**

El Sistema Acusatorio incorpora la figura del Juez de Garantías, quien deberá controlar las actuaciones del Fiscal en cuanto a la investigación penal se refiere, a fin de dotar de legitimidad la persecución penal salvaguardando los derechos y garantías de las partes.

En este orden de ideas existen actos que por su naturaleza requieren un evidente control previo, para evitar causar una afectación de garantías, sin que estén debidamente justificados, dentro de lo cual se podrán exceptuar ciertos casos preestablecidos en la legislación que permiten excepcionalmente controlarlos con posterioridad.

Por otro lado, existen de igual forma actos que para garantizar su eficacia, requieren que su control por parte del Juez de Garantías, se realice posterior a su ejecución, y para tal fin deben cumplirse con ciertos lineamientos presupuestados en nuestra legislación, dentro de los cuales tenemos consagrados en el Capítulo III del Libro Tercero de Procedimiento, Título I Fase de Investigación, la Incautación de Datos consagrada en el artículo 314, Las Operaciones Encubiertas artículo 315, y La Entrega Vigilada internacional artículo 316.

---

<sup>7</sup> Acápite desarrollado por la licenciada Diana Callender, Fiscal de Circuito de la Sección de Asistencia a Juicio de Herrera, en el Código Procesal Penal comentado del Ministerio Público (en la actualidad Fiscal Superior en el Tercer Distrito Judicial – provincia de Chiriquí).

Como plazo para el control de dichos actos de investigación norma el artículo 317 CPP, que presupone un plazo no mayor de diez días, excluyendo los relacionados con delincuencia organizada que establece un plazo excepcional de 60 días.

Dicha norma concluye señalando que *“En la audiencia de control ante el Juez de Garantías, las partes podrán objetar las medidas adoptadas por los Fiscales, sus auxiliares o los funcionarios policiales en ejercicio de las facultades reconocidas en este Capítulo. El Juez en audiencia oral resolverá lo que corresponda”*. Permitiendo el derecho al contradictorio para que la contraparte se oponga.

El artículo 314 del Código Procesal Penal, regula las incautaciones de datos que a la letra dice:

“Cuando se incauten equipos informáticos o datos almacenados en cualquier otro soporte regirán las mismas limitaciones referidas al secreto profesional y a la reserva sobre el contenido de los documentos incautados.

El examen del contenido de los datos se cumplirá bajo la responsabilidad del Fiscal que lo realiza. A dicha diligencia se citará, con la debida antelación, a la persona imputada y su defensor. Sin embargo, la ausencia de ellos no impide la realización del acto.

El equipo o la información que no resulten útiles a la investigación o comprendidos como objetos no incautables serán devueltos de inmediato y no podrán utilizarse para la investigación”.

De esta normativa han surgido varias interpretaciones a considerar. En primer lugar, vemos que la norma establece que debe tratarse de una incautación; este término es indicativo que implica una forzosa adquisición del equipo informático (celulares, computadoras, cámaras, entre otros) o bien de los datos que están almacenados en los mismos.

A raíz de esto surge un debate respecto a considerar una incautación de datos, un video o celular, entregado voluntariamente por determinada persona o entidad, donde no hubo un forzamiento para adquirir dicho equipo o dato. Sobre este aspecto particular existe un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia que mediante fallo de fecha 29 de octubre de 2015, por Delito de Homicidio Agravado en perjuicio de José Luis Mendoza Peñalba (q.e.p.d.), estableció lo siguiente:

“En ese mismo orden de ideas, el artículo 307 de la misma excerta legal en comento señala que quien tenga en su poder objetos o documentos que puedan servir como medio de pruebas estará obligado a presentarlos y entregarlos cuando les sean requeridos, siendo aplicables medidas de coacción permitidas para el testigo que rehúsa declarar. Si los objetos no son entregados, se dispondrá su incautación.

Como es posible apreciar, cuando el texto legal menciona la incautación lo hace como medida coercitiva que debe emplearse ante la falta de colaboración de las entidades obligadas a proporcionar objetos o documentos que reposen en su poder; lo que permite a la autoridad competente apoderarse o tomar posesión de los mismos. En este sentido es evidente que la normativa legal no exige la incautación de datos para hacerse de los registros almacenados o conservados por las empresas telefónicas, distribuidoras o concesionarias, pues, sólo es requerido el pedido de éstos a través de una resolución motivada congruente a los principios de proporcionalidad y excepcionalidad.

Este control posterior exigido por la Ley pareciera traer confusión sobre la incautación y el suministro voluntario de los datos, pero debemos tener claro que, en términos legales, la ausencia de medida de coerción para la obtención de los datos, es el elemento diferenciador de las figuras...

En base a esta realidad, el derecho a la intimidad, puede develar aspectos de la vida privada de la persona, por lo que corresponde al Estado brindar las protecciones necesarias al respecto... Es en virtud de este derecho fundamental, que resulta vital someter a control posterior la obtención de información de las compañías telefónicas, aún cuando no se trata de una incautación de datos propiamente tal.

Por otro lado, la norma establece que “*regirán las mismas limitaciones referidas al secreto profesional y a la reserva sobre el contenido de los documentos incautados*” lo cual nos conduce al artículo 390 CPP respecto al secreto profesional.

Sin lugar a dudas el aspecto más controversial surge en cuanto al segundo párrafo de esta norma procesal que presupone que “*El examen del contenido de los datos se cumplirá bajo la responsabilidad del Fiscal que lo realiza. A dicha diligencia se citará, con la debida antelación, a la persona imputada y su defensor. Sin embargo, la ausencia de ellos no impide la realización del acto.*” (el subrayado es nuestro).

Este señalamiento se encuentra redactado en el segundo párrafo del artículo 314 CPP, señalando que la actuación de examinar datos, entendiéndose los datos que ya fueron incautados, lo que presupone una diligencia independiente de la incautación, consistente en un examen o análisis de datos, requiere que deba citarse con antelación a la persona imputada y a su defensor, esto es a ambos, no solamente al defensor o al imputado, sino a ambos, ya que no dice “o”, sino “y” a su defensor, lo cual no excluye al imputado de ser citado para dicha diligencia.

Sin embargo, algunos han interpretado que la incautación de datos en sí es la que requiere la citación del imputado y el defensor. Consideramos que la redacción de la norma

es clara en establecer que se trata del examen de los datos incautados, entendiéndose su análisis, (por ejemplo en el caso de los celulares el cruce de llamadas, en el caso de los vídeos, la fijación de imágenes, etc.).

Sobre este particular también surge otra situación, cuando se tratan de datos que tienen carácter de documentos confidenciales, así como las conocidas correspondencias electrónicas (WhatsApp, Twitter, Messenger, Facebook, Instagram, etc.) donde por la concurrencia de normas procesales (art.310 CPP) y constitucionales (art.29 CN), para evitar vulneración de garantías constitucionales, se solicita un control previo al Juez de Garantías como lo establece el artículo 310 CPP, sin embargo la pregunta sería si existe autorización previa de una juez para extraer no solo la correspondencia, sino también otros datos del celular que no corresponden a correspondencia electrónica, es o no necesario someterla a control posterior, ya que si lo que se busca es que un Juez controle las actuaciones y diligencias de los Fiscales, ya existiría un control previo, planteándonos la necesidad de un doble control, si lo que se busca es verificar que los datos incautados fueron los solicitados, para establecer aspectos de licitud, o que se le permita a la defensa controvertirlos, esto también podría ventilarse en la etapa intermedia en caso de aducirse como prueba, que es la etapa oportuna para incidencias y nulidades, donde se da la depuración de pruebas.

Actualmente se efectúa un doble control en estos casos, el previo por la correspondencia electrónica y el posterior para el resto de datos que no tienen dicha calidad, indistintamente que hayan sido previamente autorizados por el Juez de Garantías.

El artículo 315 del Código Procesal Penal, contempla las operaciones encubiertas:

“El Fiscal podrá practicar operaciones encubiertas, como compra controlada, entrega vigilada, análisis e infiltración de organizaciones criminal y vigilancia y seguimiento de personas en el curso de una investigación, con el propósito de recabar evidencias para determinar la ocurrencia del hecho punible, así como sus actores y partícipes.”

Los antecedentes de las operaciones encubiertas encuentran su génesis en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, cuyo propósito consistía en eliminar las causas profundas del problema del uso indebido de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, comprendida la demanda ilícita de drogas y las enormes ganancias derivadas del tráfico ilícito.

La referencia legal para las operaciones encubiertas utilizada anteriormente correspondía al artículo 25 del Texto Único de Drogas, Ley 23 de 30 de diciembre de 1986, reformada por la ley 13 de 27 de julio de 1994, el cual se transcribe en reglón seguido:

“Artículo 25. El Ministerio Público podrá realizar operaciones encubiertas en el curso de sus investigaciones con el propósito de identificar los autores, cómplices, encubridores, o para el

esclarecimiento de los hechos relacionadas con los delitos mencionados en esta ley.”

Para los delitos tipificados en el Título VI, del Libro Segundo del Código Penal, aprobado por la ley 13 de 18 de 1982, el mecanismo de operación encubierta se encontraba regulado en el artículo 16 de la ley N°16 de 31 de marzo de 2004.

“Artículo 16. El Ministerio Público podrá realizar operaciones encubiertas en el curso de sus investigaciones, con el propósito de identificar los autores, cómplices o encubridores, o para esclarecer los hechos relacionados con los delitos mencionados en el Título VI del Libro II del Código Penal. De igual manera, cuando existan indicios graves de la comisión de alguno de estos delitos; el Procurador General de la Nación podrá ordenar la interceptación y registro de las comunicaciones telefónicas, de correo electrónico o en foros de conversación a través de la red en las que participen las personas investigadas, con el objeto de recabar elementos de prueba relativos a tales delitos.

Las transcripciones de las grabaciones constarán en un acta en la que solo se incorporará aquello que guarde relación con el caso investigado, la cual será refrendada por el funcionario encargado de la diligencia y por su superior jerárquico.”

Resulta relevante señalar que este mecanismo procesal (Operaciones Encubiertas) como medio de investigación es una herramienta que puede ser utilizada en este nuevo Sistema Penal Acusatorio para todo tipo de causas penales, no está limitado para delincuencia organizada, es más se establece un término más amplio para investigaciones de carácter de delincuencia organizada de 60 días, y para el resto de diez días.

La Entrega Vigilada Art. 316 CPP.

“La Entrega Vigilada de naturaleza internacional requiere que el Estado interesado comunique, previamente, la entrada de la remesa ilícita e informe sobre acciones ejecutadas por ellos con relación a las mercancías sujetas al procedimiento de entrega vigilada.”

“La entrega vigilada externa o de origen y tránsito. Se produce en los casos en que la información sobre la remisión y circulación de las especies ilícitas es recepcionada o producida por las autoridades del Estado en donde se origina el envío o por las autoridades de cualquier otro Estado por donde la remesa ilegal debe transitar hacia su lugar de destino. Corresponderá a tal estado de origen o de tránsito la decisión y coordinación de la operación de entrega vigilada con los demás Estados que resulten involucrados con la circulación y destino de las especies controladas. En ese contexto se debe llegar “a un acuerdo entre los países participantes a fin de permitir la entrega del envío, y en su caso, el paso de los correos entre el país de origen, el país de destino y el país de tránsito”.

## E. El rol del control de garantías:

*¿Qué se protege con la intervención del Juez de Garantías para controlar de forma previa o posterior los actos de investigación?*

Lo que se protege son garantías fundamentales reconocidas por la Constitución Política de la República de Panamá, que van de los artículos 17 a 55, haciendo énfasis en las de mayor impacto en materia penal como lo son: la protección de la integridad física; la intimidad, relacionada con la privacidad de las comunicaciones y del domicilio; la libertad corporal y el libre tránsito, la igualdad y no discriminación, el derecho de acceso a la información, a la libertad de expresión, el debido proceso, la propiedad privada, entre otras.

En ese sentido, es claro el artículo 44 del Código Procesal Penal, que desde su primer párrafo apunta a esa protección y seguidamente deja a cargo de los Jueces de Garantías las decisiones de naturaleza jurisdiccional que deban tomarse durante la fase de investigación, al establecer que:

Artículo 44. Competencia del Juez de Garantías. **Es competencia de los Jueces de Garantías pronunciarse sobre el control de los actos de investigación que afecten o restrinjan derechos fundamentales del imputado o de la víctima, y sobre las medidas de protección a estas.** Además de lo anterior, conocerá:

1. De las advertencias a las partes sobre otros medios alternativos de solución de conflictos, de acuerdo con las reglas establecidas en este Código.
2. De todas las **decisiones de naturaleza jurisdiccional que se deban tomar durante la investigación**, salvo las excepciones previstas en este Código.
3. De las **medidas cautelares personales o reales.**
4. De la **admisión o inadmisión de las peticiones de pruebas anticipadas y de su práctica.**
5. De la **admisión del desistimiento de la pretensión punitiva.**
6. De la **admisión o inadmisión de los acuerdos** celebrados entre el Ministerio Público, el defensor y el imputado o acusado.
7. Elevar la causa a juicio, dictar sobreseimiento o cualquiera otra medida procesal.
8. Del procedimiento directo.
9. Las demás que determine la ley. (Lo destacado es nuestro).

La Corte Suprema de Justicia ha tenido oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones sobre esta función. Veamos algunos de los pronunciamientos judiciales.

***Amparo de Garantías Constitucionales. Pleno de la Corte Suprema de Justicia. 24 de Julio de 2013. Magistrado Ponente: Hernán A. De León Batista.***

“Con esto lo que se ha querido evidenciar, es que los actos en la etapa de la investigación, realizados por los agentes del Ministerio Público, son susceptibles de ser controlados ante la audiencia del Juez de Garantías, más aún, cuando de la propia norma reconoce esta garantía para cuando esas actuaciones, entre otros casos, restrinjan de forma general los derechos del imputado.

La redacción de dicha disposición, no limita la acción del Juez de Garantías únicamente para cuando se aborde el tema de medidas de protección, sino que claramente establece que también se puede ejercer cuando se trate de “actos” que afecten derechos de la persona.”

***Amparo de Garantías Constitucionales. Tribunal Superior del Segundo Distrito Judicial (Coclé y Veraguas). 15 de julio de 2015. Magistrado Sustanciador: Juan Francisco Castillo.***

“La principal función del Juez de Garantías es controlar y fiscalizar los actos de investigación evitando diligencias que afecten o restrinjan derechos fundamentales del imputado o de la víctima...

...El juez en esta etapa (fase de investigación) solo le correspondía verificar si se cumplieron con los presupuestos, entre ellos: si la medida estaba justificada en razón de la investigación que se adelantaba, si se expidió un decisión motivada y si se respetaron los plazos para acudir al Control jurisdiccional”.

***Jurisprudencia internacional Sentencia C-334/10 CONTROL JUDICIAL DE ACTUACIONES DE LA FISCALÍA - Objetivos.***

“Los objetivos por los cuales procede el control judicial, no son otros que: i) asegurar la legalidad formal y sustancial de la actuación, ii) proteger los derechos fundamentales de quienes, por activa o por pasiva, son afectos al proceso o a la investigación preliminar; iii) verificar la corrección del operador jurídico de la Fiscalía, en las medidas ordenadas y adoptadas para la conservación de la prueba, la persecución del delito y la procura de reparar a las víctimas y de restituir la confianza de la comunidad. Estos elementos deben ser tenidos en cuenta por el juez de control de garantías bien cuando se ha allanado, registrado, incautado y cuando se han interceptado comunicaciones, como cuando estudia si debe o no autorizar toda otra afectación de derechos fundamentales que pueda implicar el desarrollo de la investigación del delito.”

#### **IV. Especial referencia a la incautación de datos:**

Como antes vimos, la incautación es una medida de fuerza que implica la obtención de datos o elementos relacionados con el delito que están en manos de un particular, a la que se procede en virtud de orden escrita y motivada en la que se establezca la fundamentación de la medida y su finalidad, en vista de la imposibilidad de obtener esa información con la colaboración de quien la posee.<sup>8</sup>

La incautación de datos debe ser diferenciada de la simple petición de información a instituciones públicas o entidades privadas que si bien almacenan datos, tienen el deber de proporcionar esta información previa solicitud del Ministerio Público, sin necesidad de ordenar una incautación, tal como se desprende de los artículos 75 y 277 del Código Procesal Penal, que a la letra dice:

“**Artículo 75. Obligación de colaborar.** Las entidades públicas y privadas están obligadas a proporcionar la colaboración pronta, eficaz y completa a los requerimientos que formulen los agentes del Ministerio Público en cumplimiento de sus funciones, bajo apercibimiento de incurrir en las responsabilidades previstas en la ley.

Los agentes del Ministerio Público dispondrán de los poderes coercitivos que les confiere este Código, su Ley Orgánica o las leyes especiales.”

“**Artículo 277. Colaboración con el Ministerio Público.** Fuera de los supuestos que requieran la autorización del Juez, el Ministerio Público, atendiendo a la urgencia y fines del proceso, podrá requerir información a cualquier servidor público, quien está obligado a suministrarla y a colaborar con la investigación según su competencia. También podrá solicitar información en poder de personas naturales o jurídicas.”

La obtención de dicha información puede hacerse mediante solicitud escrita (nota u oficio) o mediante inspección y esto no cambia su naturaleza de petición de información ni la transforma en una incautación, sobre todo si lo que se busca obtener es información de acceso público, restringido o confidencial autorizada por ley al Ministerio Público.

Un aspecto primordial que hay que tener presente en materia de incautación de datos y su respectivo control entonces es si lo requerido se encuentra en equipos tecnológicos de propiedad de particulares, si se trata de información privada o que tenga alguna protección legal especial.

En todo caso es importante revisar para la petición algunas leyes especiales como lo son la Ley de Transparencia en la Gestión Pública (Ley 6 de 2002), Ley de Protección de

---

<sup>8</sup> Manual de Capacitación Básico sobre Sistema Penal Acusatorio. Panamá. Págs. 39 – 40.

Datos (Ley 81 de 2019), Ley General sobre Infecciones de Transmisión Sexual (Ley 3 de 2000), Ley de Protección y Suministro de Datos de Usuarios de los Servicios de Telecomunicaciones (Ley 51 de 2009), entre otras.

Ahora bien, el desarrollo de la temática de incautación de datos debemos hacerlo de conformidad con el contenido del artículo 314 del Código Procesal Penal<sup>9</sup>, que dispone:

“**Artículo 314. Incautación de datos.** Cuando se incauten equipos informáticos o datos almacenados en cualquier otro soporte, registrarán las mismas limitaciones referidas al secreto profesional y a la reserva sobre el contenido de los documentos incautados.

El examen del contenido de los datos se cumplirá bajo la responsabilidad del Fiscal que lo realiza. A dicha diligencia se citará, con la debida antelación, a la persona imputada y su defensor. Sin embargo, la ausencia de ellos no impide la realización del acto.

El equipo o la información que no resulten útiles a la investigación o comprendidos como objetos no incautables serán devueltos de inmediato y no podrán utilizarse para la investigación.”

Ya antes en la sección de actos de investigación que requieren control posterior se hizo una explicación clara y significativa sobre el tema. Ahora, procederemos a desarrollar puntualmente algunos de los conceptos que surgen de la norma procesal.

---

<sup>9</sup> Estimamos importante transcribir el artículo 236 del Código Procesal Penal de Colombia por su relación con la incautación de datos. Artículo 236. *Recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios tecnológicos que produzcan efectos equivalentes.* Cuando el fiscal tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado ha estado transmitiendo información útil para la investigación que se adelanta, durante su navegación por internet u otros medios tecnológicos que produzcan efectos equivalentes, ordenará la aprehensión del computador, computadores y servidores que pueda haber utilizado, disquetes y demás medios de almacenamiento físico, para que expertos en informática forense descubran, recojan, analicen y custodien la información que recuperen.

En estos casos serán aplicables analógicamente, según la naturaleza de este acto, los criterios establecidos para los registros y allanamientos.

La aprehensión de que trata este artículo se limitará exclusivamente al tiempo necesario para la captura de la información en él contenida. Inmediatamente se devolverán los equipos incautados.

## A. Conceptos derivados de la norma procesal:

1. **Incautar:** Dicho de una autoridad, ‘apoderarse de bienes relacionados con actividades delictivas’.<sup>10</sup> Su propósito es sacarlos de la órbita de dominio de quien es titular.<sup>11</sup>
2. **Equipos informáticos:** Se refiere primordialmente a las computadoras u ordenadores, ya sean de escritorio o portátiles.
3. **Datos almacenados en cualquier otro soporte:** Hace extensiva la posibilidad de acceder a información que conste en tabletas digitales, teléfonos móviles, celulares o inteligentes, unidades de almacenamiento portátiles (USB), discos compactos, entre otros.
4. **Limitaciones:** Todo aquello sujeto a secreto profesional que conste por ejemplo en algún sistema informático de compilación de datos o teléfono celular no puede ser objeto de incautación. Entre las limitaciones a la incautación podemos mencionar: conversaciones entre abogado cliente (tanto confidencias como consejos), entre otros estipulados en los artículos 309 y 390 del Código Procesal Penal (el confesor que debe guardar secreto de las revelaciones hechas por el penitente y el médico o el sicólogo en cuanto a las confidencias que le hayan hecho sus pacientes relativas a la consulta profesional). De igual manera se incluye información que sea reservada a la cual pueden acceder las autoridades pero con el cuidado de que no se haga pública, por ejemplo, datos relacionados con enfermedades de transmisión sexual cuya confidencialidad está contemplada en los artículos 5, 8, 21 y 34 de la Ley 3 de 2000.<sup>12</sup> No obstante esta no es la única limitación.

---

<sup>10</sup> [www.rae.es](http://www.rae.es) consultado el 22/10/2019.

<sup>11</sup> Daza González, Alfonso. Policía Judicial en la Práctica. Módulo para Formación del Cuerpo Técnico de Investigaciones (CTI). Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses. Fiscalía General de la Nación. Bogotá, 2008. Pág. 104.

<sup>12</sup> Ley General sobre las Infecciones de Transmisión Sexual, el Virus de la Inmunodeficiencia Humana y el Sida.

Artículo 5. El resultado de la prueba para el diagnóstico clínico “de las infecciones de transmisión sexual, del virus de la inmunodeficiencia humana y del sida, será confidencial.

...

Artículo 8. La vigilancia epidemiológica para las infecciones de transmisión sexual, para el virus de la inmunodeficiencia humana y del sida, se realizarán conforme al Código Sanitario y las normas establecidas por el Ministerio de Salud. Para proteger la identidad de la persona infectada, la información recabada por la vigilancia epidemiológica será confidencial.

Artículo 21. Toda persona diagnosticada con infección de transmisión sexual, con el virus de la inmunodeficiencia humana o con el sida, deberá recibir atención integral oportuna y en igualdad de condiciones, tanto en la entidad pública como en la privada, y deberá respetársele la confidencialidad como paciente. Además, se proveerá a la persona infectada, la orientación e información necesarias, las que deberá,

En adición, el equipo que no resulte útil para la investigación deberá ser devuelto, no mantenido bajo custodia ni como evidencia.

5. **Funcionario autorizado:** Es el agente del Ministerio Público o Fiscal el único autorizado para la realización de esta diligencia. No importa si tiene categoría de Superior, de Circuito, Adjunto o Personero.
6. **Participantes:** El Fiscal, su equipo de apoyo que puede incluir investigadores de la fiscalía o asistentes operativos, investigadores judiciales o agentes de la Dirección de Investigación Judicial, peritos o expertos de informática forense, así como el imputado y su defensor (para el examen<sup>13</sup>), aunque la presencia de estos dos últimos no es indispensable.

## B. Procedimiento para la incautación de datos y su examen:

Del contenido del artículo 314 del Código Procesal Penal se desprenden dos escenarios: el primero relacionado con la **incautación** de equipos informáticos o datos almacenados en cualquier soporte y el segundo referido al **examen** de los datos propiamente. Veamos la forma de proceder.

### 1. Emisión de una orden:

Con el propósito de practicar la diligencia la Fiscalía emitirá una orden en la que establecerá los fundamentos de la diligencia haciendo alusión al delito que se investiga, las razones que justifican la necesidad de acceder a información registrada en soportes informáticos o datos almacenados en equipos en los que se preserva la privacidad, así como los equipos o datos que pretende incautar.

Ciertamente el artículo 314 del Código Procesal Penal no hace alusión a la emisión de una orden ni que esta deba ser escrita, pero aún cuando la investigación se ha desformalizado, es importante para el propio resguardo del fiscal, contar con ese elemento

---

obligatoriamente, facilitarles a sus contactos, así como la forma de hacerlo, a fin de interrumpir la cadena de transmisión.

Artículo 34. Con las excepciones establecidas por esta Ley, la confidencialidad es un derecho fundamental de la persona enferma o portadora de infección de transmisión sexual o del virus de la inmunodeficiencia humana. Nadie podrá, pública ni privadamente, hacer referencia a estos padecimientos, sin el previo consentimiento del paciente o la paciente, excepto para las cónyuges, los cónyuges, los compañeros y las compañeras de actividad sexual, así como para los representantes o las representantes legales de menores, La persona portadora de infección de transmisión sexual o del virus de la inmunodeficiencia humana o, en su defecto, su representante legal, tiene el deber de comunicar su situación, a sus contactos y a las personas en riesgo de contagio. De lo contrario, las autoridades de salud procederán a notificarlos.

<sup>13</sup> Nos parece que tiene mucha lógica que la citación del imputado y su defensor sea para el examen de lo que se ha incautado y no para la incautación propiamente porque se perdería el factor sorpresa y sería posible inclusive que se desaparecieran equipos o información al conocerse que el fiscal procederá a incautarlos. En consecuencia, tiene mucha lógica también que la incautación se practique de igual manera en el contexto de diligencias de allanamiento.

que demuestre el marco en el cual se desenvuelve su actuar y los límites del mismo, sobre todo porque luego estará sujeto a control posterior.

Nada impide que eventualmente pudiera evolucionarse hacia las constancias tecnológicas con una orden videograbada que quede de sustento en la investigación y que pueda ser compartida con los demás intervinientes (algo como aquello que permite el artículo 318 del Código Procesal Penal), pero para ello hay que contar con las herramientas y equipos que permitan establecer su fiabilidad.

## **2. Traslado del despacho al lugar en el cual se ejecutará la diligencia:**

Para la ejecución de la diligencia el Fiscal hará los esfuerzos necesarios para tener acceso a los equipos en los conste la información a incautar. Esto implicará realizar visitas a lugares, solicitar autorización para la realización de allanamientos (que recordemos lleva inmersa la orden de incautación) u ordenar allanamientos excepcionales de darse los supuestos que exige la norma.

El Fiscal se podrá hacer asistir de un equipo de trabajo que puede incluir funcionarios de la Dirección de Investigación Judicial (investigadores), asistentes operativos (personal de apoyo a la investigación de la fiscalía) y expertos en informática forense del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses con el propósito de resguardar los soportes en los que se estimen pueden estar los datos necesarios o en su defecto para que extraigan los mismos.

## **3. Levantamiento de un acta:**

Es recomendable que de la diligencia dirigida a la incautación de datos quede constancia en acta, sea transcrita o grabada con el propósito que pueda darse fe de su correcta realización.

Allí debe consignarse los equipos incautados, así como las personas que intervinieron en su materialización.

## **C. Procedimiento para el examen de los datos incautados:**

### **1. Programación de la diligencia:**

El Fiscal deberá fijar una fecha para que se pueda proceder al examen de los datos incautados. Usualmente este examen se hace en el laboratorio de informática forense en el cual hay múltiples diligencias y ocupaciones por lo que es necesario, primeramente, ponderar si se tienen expectativas de que la causa evolucione hacia una eventual salida alternativa o al juicio, que haga necesario el examen de los datos incautados.

### **2. Citación de la persona imputada y su abogado:**

A esta diligencia deberá citarse con la debida antelación a la persona imputada y a su abogado para que decidan si desean participar de la diligencia o no.

### 3. **Revisión del dispositivo electrónico con el apoyo de experto:**

Para la revisión del dispositivo electrónico será necesario contar con el apoyo de un experto que colabore con la fiscalía para la respectiva extracción dejando constancia de aquellos elementos que permitan establecer su autenticidad.

Esta diligencia se podrá hacer en el sitio donde se obtuvo el equipo, en el Despacho del Fiscal o en el laboratorio de informática forense del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses o por parte de expertos de la Dirección de Investigación Judicial.

### 4. **Constancia de lo ubicado:**

Mediante informe, quien haya intervenido en la diligencia deberá dejar constancia de lo ubicado detalladamente, pues dicha información podría ser utilizada eventualmente como prueba en el proceso penal.

Esto es sin perjuicio de que la fiscalía pueda dejar constancia mediante acta también del procedimiento realizado para el examen de los datos en el cual firmarían los intervinientes en la diligencia, incluido el abogado de la defensa y el imputado en caso de que hayan asistido.

Si en adición se solicita u ordena la realización de algún tipo de peritaje, es importante anotar que se trata de una diligencia separada o distinta a la incautación.

### D. **Sometimiento al control ante el Juez de Garantías:**

El artículo 317 del Código Procesal Penal nos da las pautas en cuanto al control posterior al que hay que someter la incautación de datos.

Artículo 317. Control. El Fiscal deberá someter al control del Juez de Garantías las diligencias de que trata este Capítulo en un plazo no mayor de diez días. Para el caso de aquellos actos de investigación o diligencias relacionadas con el delito de delincuencia organizada, regirá un plazo excepcional de sesenta días.

Las partes podrán objetar ante el Juez de Garantías las medidas que adopten los Fiscales, sus auxiliares o los funcionarios policiales en ejercicio de las facultades reconocidas en este Capítulo. El Juez en audiencia oral resolverá lo que corresponda.<sup>14</sup>

Dado que la norma establece que deben someterse al control del Juez de Garantías las diligencias de que trata este capítulo en un plazo no mayor de 10 días, una inquietud que queda es: ¿corresponde someter a control la incautación propiamente, el examen o ambas?

La respuesta me parece que debe estar relacionada con la posible afectación de garantías constitucionales. ¿En qué supuesto se afectan garantías constitucionales, al llevarse

---

<sup>14</sup> Modificado por el artículo 47 de la Ley 121 de 31 de diciembre de 2013.

la autoridad por ejemplo un equipo informático o al ingresar a la información que en este se resguarda? La respuesta es, en ambas, dado que en el primer caso si bien no se priva de manera definitiva de la disposición de un objeto, sí se limita la posibilidad de disposición sobre este temporalmente lo que índice en la garantía de la propiedad privada y, en el segundo caso, hay acceso pleno a información privada, lo cual incide en la tutela del derecho a la intimidad, también protegido constitucionalmente. En consecuencia, lo ideal es que tan pronto se haya realizado la incautación el examen de la información se realice en el mismo periodo de 10 días dentro del cual es necesario solicitar el control.

Por otra parte, si el fiscal pretende de inicio tener acceso a información que se esté dando en el momento como conversaciones vía whatsapp, correo electrónico, entre otros datos que puedan obtenerse en un teléfono celular en tiempo real, lo ideal es solicitar autorización previa.

## **V. Ley 81 de 2019 sobre protección de datos.**

En la Ley 81 de 26 de marzo de 2019, se indica que tiene por objeto establecer los principios, derechos, obligaciones y procedimientos que regulan la protección de datos personales, considerando su interrelación con la vida privada y demás derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, por parte de las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, lucrativas o no, que traten datos personales en los términos previstos en dicha ley.

Se establece además que toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, lucrativa o no, puede efectuar el tratamiento de datos personales, siempre que lo haga con arreglo a esa ley y para los fines permitidos en el ordenamiento jurídico. En todo caso, deberá respetar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los titulares de los datos y de las facultades que esta Ley les reconoce.

Es importante indicar que para efectos penales no sería esta la ley aplicable por disposición expresa del numeral 2 del artículo 3, que dispone:

**Artículo 3.** Se exceptúan del ámbito de esta Ley, aquellos tratamientos que expresamente se encuentren regulados por leyes especiales o por las normativas que las desarrollen, además de los tratamientos de datos personales siguientes:

1. ...
2. Los que realicen las autoridades competentes con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales.
3. ...

Esta ley empezará a regir a los dos años de su promulgación, es decir, el 29 de marzo del año 2021.

## **VI. Análisis de las exigencias de la Ley 51 de 2009 en materia de solicitud de información y control judicial:**

La Ley 51 de 18 de septiembre de 2009, dictó en Panamá normas para la conservación, la protección y el suministro de datos de usuarios de los servicios de telecomunicaciones y como parte de su contenido reguló el procedimiento para que el Ministerio Público pudiera obtener información de las personas que acceden a tales servicios. Todo ello, en el contexto de las actividades de persecución penal que están asignadas a la institución de conformidad con la Constitución y la Ley.

Tal normativa dejó clara la facultad que tiene el Ministerio Público así como la autoridad judicial respectiva de solicitar información que reposen en sus bases de datos siempre que estén relacionadas con investigaciones de carácter penal. Veamos el contenido del artículo 11:

**Artículo 11.** Es deber de las empresas concesionarias, los distribuidores, los agentes autorizados y los revendedores de telefonía móvil, fija y troncal, los internet cafés, las infoplazas y las redes de comunicación **suministrar al Ministerio Público** o a la autoridad judicial **la información** y los **datos que cuenten en sus sistemas de información** y que se requieran para la **investigación de delitos**, la **detención y el enjuiciamiento de las personas vinculadas, directa o indirectamente, con la comisión de dichos delitos**, de acuerdo con las formalidades legales y para los fines específicos establecidos en la ley.

En todo caso, se guardará absoluta reserva sobre los asuntos ajenos al objeto del examen o de la retención de la información y de los datos solicitados.

De igual manera la disposición legal estableció que tal solicitud debe realizarse mediante resolución motivada, lo cual es indicativo de que debe formalizarse por parte del fiscal por escrito, pues en la fiscalía no se emiten instrucciones procesales de manera verbal.

Debe además fundamentarse en el principio de proporcionalidad, es decir, el fiscal deberá establecer la justificación de solicitar información privada en función de las necesidades de la investigación y el principio de excepcionalidad, por lo que deberá justificarse que ese es el mecanismo indispensable y última opción para obtener la información requerida.

Miremos el contenido del artículo 12:

**Artículo 12.** **La información o los datos requeridos** por el **Ministerio Público**, en el marco de una investigación penal, serán solicitados a las empresas de que trata el artículo anterior, mediante **resolución motivada**, con base en el principio de **proporcionalidad** y de **excepcionalidad**, la que **será objeto del control o la revisión**

**posterior de la autoridad judicial a la que corresponda el conocimiento de la causa.**

Si bien esta norma hace alusión a que lo solicitado por el fiscal será objeto de control o revisión posterior de la autoridad judicial a la que corresponda el conocimiento de la causa, no se indica cuándo debe hacerse este control; no obstante, la lógica nos indica que como la legalidad o no de los actos de investigación se verifica durante la primera fase del procedimiento, es decir, la fase de investigación, dicho control debe realizarse antes de que dicha fase concluya.

El artículo 13 de la disposición especial marca un plazo para la entrega de la información que solicite el Ministerio Público o la autoridad judicial respectiva, de la siguiente manera:

**Artículo 13.** Las **empresas concesionarias estarán obligadas a suministrar**, al Ministerio Público o a la autoridad judicial, según corresponda, **la información requerida y que repose en los registros** mantenidos de conformidad con lo establecido en la presente Ley, de la siguiente manera:

1. En el término de **cinco días hábiles**, cuando la solicitud trata de información correspondiente a registros dentro de los seis meses desde que se haya generado la información.
2. En el término de **quince días hábiles**, cuando sea para responder solicitud de información concerniente al plazo ampliado establecido en el artículo 6 de esta Ley.

**Artículo 6.** La obligación de conservar los datos señalados en esta Ley por parte de las empresas prestadoras de los servicios cesa a los seis meses, contados desde la fecha en que se haya generado la información. No obstante, a solicitud de autoridad judicial de información específica, se podrá ampliar el plazo de conservación para determinados datos, hasta un máximo de seis meses adicionales al periodo anterior, tomando en consideración el costo del almacenamiento y la conservación de los datos, así como el interés de estos para los fines de detención, investigación y enjuiciamiento de los delitos.

**Artículo 14.** Las empresas concesionarias designarán personal especializado para la coordinación y atención expedita, a fin de ejecutar las solicitudes por escrito emanadas del Ministerio Público o de autoridad judicial para la obtención de la información y de los datos que requiere.

## **VII. Cuando no estamos frente a una incautación de sistemas informáticos o de datos:**

En los supuestos de la ley 51 de 2009, así como en lo que concierne a los siguientes artículos del Código Procesal Penal: 307 (entrega de objetos o documentos), 308 (incautación de instrumentos -salvo que sean tecnológicos-, dinero, valores y bienes empleados en la comisión del hecho punible o los que sean producto de este, 310 (incautación de correspondencia), 311 (intercepción de comunicaciones), no estamos ante incautación de datos.

El tratamiento de estos supuestos es distinto y aun cuando se pueden vincular con la incautación de sistemas informáticos y de datos establecida en el artículo 314 del Código Procesal Penal, las diligencias antes referidas están sujetas a reglas distintas.

## **VIII. Pronunciamientos jurisdiccionales:**

Si bien es cierto existe una diversidad de pronunciamientos jurisdiccionales y en la práctica en ocasiones se realizan controles hasta de más con la intención de procurar evitar nulidades o una eventual exclusión probatoria, hemos seleccionado algunos de los fallos más relevantes en la materia que estimamos nos dan una buena orientación en cuanto a la incautación de sistemas informáticos y datos estipulada en el artículo 314 del Código Procesal Penal.

Antes de ver los pronunciamientos cabe destacar que la guía seguramente no cubre todas las posibilidades que se pueden dar en la práctica pero es un documento base de orientación que no limita las posibilidades de los actores del proceso para argumentar y debatir en los tribunales.

Por otro lado, es importante establecer que la jurisprudencia en nuestro país es también orientadora pero cuando surge de recursos de apelación o acciones de amparo de garantías constitucionales se trata del análisis de un caso concreto, con efecto en dicho caso y que si los supuestos de hecho se verificar en un caso posterior, podría ser aplicable también. Obviamente esto no impide el planteamiento de posiciones más novedosas que hagan que el criterio de los tribunales pueda variar o actualizarse.

**Apelación dentro de Acción de Amparo de Garantías Constitucionales. Pleno de la Corte Suprema de Justicia. 13 de octubre de 2017. Mag. Ponente: Cecilio Cedalise Riquelme.**

*Hay una diferencia entre la información almacenada en un teléfono celular producto de comunicaciones y aquellas comunicaciones que se realizan en tiempo real. Las primeras se pueden incautar.*

“Contrario al fundamento utilizado por el Tribunal A-quo, los artículos 310 y 311 del Código Procesal Penal, el primero, trata de la correspondencia telegráfica, epistolar y otro documento privado, lo que no se ajusta al caso concreto, es decir, mensajes contenidos en dispositivos electrónicos y, el segundo, precisa de una interceptación o grabación, que se refiere a la comunicación en tiempo real, que por su naturaleza son las únicas que podrían ser grabadas e interceptadas, no así “...las notas de voz extraídas, así como mensajes de textos de los celulares recuperados dentro de la diligencia de allanamiento y registro de la residencia del indiciado, de las cuales, fueron grabadas en un CD, el día de la incautación de datos”, que ya habían llegado a sus destinatarios y fueron almacenadas.

En ese hilo de pensamiento, no es posible hablar de violación al derecho de intimidad contenido en el artículo 29 de nuestra Constitución Política, toda vez que la interceptación o grabación de comunicaciones tienen lugar durante el acto de comunicación y no cuando la comunicación llegó al destinatario.

Lo anterior quiere decir, que el Ministerio Público está autorizado para examinar el contenido de una comunicación que llegó a su destino, sin el control previo del Juez de Garantías, pero deberá someterlo a un control posterior para su legalidad. Las diligencias practicadas por el Agente Instructor a los dispositivos electrónicos, lo que incluye celulares, deberán realizarse con el objetivo de obtener información para el esclarecimiento de los hechos investigados, además, deberá cumplir con las formalidades legales que se exigen en este tipo de actividades investigativas y bajo absoluta reserva de los asuntos que no guarden relación con la investigación.

Nótese entonces, se práctica allanamiento producto de una diligencia de compra controlada que resultó positiva, se ubica el dinero marcado, sustancia ilícita y los celulares que fueron objeto de aprehensión. Posteriormente, a través de una Resolución formal y motivada se dispone la práctica de la diligencia de incautación de datos, la cual tuvo lugar para el día **17 de marzo de 2017**, previa notificación de la defensa del indiciado, solicitándose su legalidad

para el día **21 de marzo de 2017**, por lo que se cumple además con el plazo de los 10 días fijados en la ley.

Respecto a este apartado, vale señalar que del soporte de audio que contiene la audiencia de control posterior de legalidad de la incautación de datos, se desprende que el Ministerio Público detalla los motivos por los cuales realizaron la diligencia y que lo extraído es lo que guarda relación con la investigación.

Lo arriba anotado nos lleva a concluir que se cumplieron las exigencias requeridas para este tipo de diligencias investigativas, por lo que mal puede señalarse que la misma deviene en ilegal.

Siendo entonces que el mencionado artículo 314 del Código Procesal Penal, contempla la incautación no sólo en los datos contenidos en equipos informáticos, sino de cualquier otro soporte tecnológico, entre los que se encuentran los equipos celulares, perfectamente le era posible al Ministerio Público realizar la diligencia investigativa.

El Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en situación similar, señaló lo siguiente:

“Conviene señalar, que dentro del desarrollo de esta audiencia de control de legalidad, el Ministerio Público aseveró que la diligencia sólo se concretó a extraer, con las debidas reservas del caso y, a través de procedimientos especiales, los datos almacenados en dicho equipo que estuvieran relacionados al hecho que investiga. Información que remarcó el Ministerio Fiscal estaba almacenada en la memoria interna y el microCD de dicho equipo celular, y donde finalmente se extrajo el historial de llamadas, imágenes que se consideran guardan relación a los hechos que investiga, además de la incautación de información registrada, a través de la aplicación de Whatsapp.

De la escucha del soporte de audio, también se pudo constatar que la autoridad demandada concede a la defensa del señor V.M.Y., la oportunidad de objetar la legalidad de esta diligencia, la cual se basó precisamente en los mismos argumentos en que se sustenta la incautación de datos vulneró la garantías de la inviolabilidad de las comunicaciones, ya que en su opinión se practicó sin contar, previamente, con una autorización judicial del Juez de Garantías, conforme lo exige el artículo 29 de la Constitución Política.

...

Al ponderar en su conjunto el recuento de los hechos y, lo acontecido en la audiencia oral celebrada el día 23 de mayo de 2016, esta Corporación de Justicia considera que es nuestro propio ordenamiento legal quien establece que este tipo de diligencia, incautación de datos **almacenados** o registrados en equipo informático o **cualquier otro soporte**, pueda efectuarse sin control judicial previo, bajo la responsabilidad del Fiscal, siempre y cuando se cumpla con los protocolos o procedimientos previstos en el artículo 314 del Código Procesal Penal, como en efecto concluimos aconteció en este caso.

Las constancias demuestran, que la diligencia de incautación de datos en comento, fue realizada a un teléfono celular que fue aprehendido al señor V. M. Y. M., por motivos de una diligencia de allanamiento realizada en su residencia, donde se produce el hallazgo de sustancia ilícita. También se observa, que esta diligencia de incautación de datos se ordenó a través de una resolución formal y motivada de fecha **27 de abril de 2016**, y que la misma se efectuó el día **9 de mayo de 2016**, previa notificación a las partes de su programación, solicitándose para el día **13 de mayo de 2016**, el control de legalidad ante el Juez de Garantías, que debemos resaltar se realizó dentro de los 10 días fijados por la ley.

...

A juicio del Pleno, todo lo anterior demuestra que la decisión proferida por la Juez de Garantías demandada, se sustentó en la observancia de los requerimientos y parámetros exigidos por el artículo 314 del Código Procesal Penal, y el concepto de que no estamos frente a los supuestos establecidos en los artículos 310 y 311 del Código Procesal Penal, que sí requieren de una autorización judicial previa, como lo es el caso, a modo de ejemplo, las diligencias de receptación de llamadas o comunicaciones que se dan en tiempo real.

En este caso, observamos que la incautación de datos se realizó sobre

información procesada, receptada y almacenada en registros de la memoria interna o de microCD del bien aprehendido al amparista, y que se estimó, relacionada a los hechos que investiga el Ministerio Público, y de relevancia para su teoría del caso.

Es preciso indicar, que el artículo 314 del Código Procesal Penal, utilizado como fundamento legal para la decisión cuestionada, no sólo hace referencia a la

incautación de datos contenido en **equipo informático**, sino aquella registrada o almacenada **en otro tipo de soporte tecnológico**, como acontece en este caso (memoria del teléfono celular).” (Fallo del Pleno de la Corte de fecha 22 de noviembre de 2016. Mgdo. Ponente: Efrén Tello Cubilla).

Para esta Superioridad, la actuación del Ministerio Público no pugna con el contenido del artículo 29 de nuestra Carta Magna, habida cuenta que es la autoridad competente para realizar la diligencia de incautación de datos, la misma se hizo conforme a los presupuestos legales para esos efectos y, además, se sometió al control posterior en el término que dispone la ley. Consecuentemente, lo decidido por el Juez de Garantías es contrario a los preceptos legales y constitucionales.” (Lo subrayado es nuestro).

**Acción de Amparo de Garantías Constitucionales. Tribunal Superior del Tercer Distrito Judicial (Chiriquí). 16 de noviembre de 2018. Mag. Ponente: Carmen Luz De Gracia.** <sup>15</sup>

*Cuando la víctima entrega voluntariamente equipo o dispositivos para revisión no se requiere de incautación.*

“... el dispositivo de almacenamiento masivo (USB) con la grabación del día 10 de marzo de 2018 de las cámaras de video vigilancia del local comercial, fue entregado voluntariamente al agente de instrucción por la víctima F.E.S., es decir, que el Ministerio Público no requería incautar nada y no era necesario que tuviera que legalizar la obtención de esa información porque no se trata de una incautación.

Al respecto, el Diccionario Esencial de la lengua española, Real Academia Española, edición Espasa Calpe, 2006, nos dice que incautar es: “Dicho de una autoridad judicial o administrativa: Privar a alguien de alguno de sus bienes como consecuencia de la relación de estos con un delito...”

Sobre esta materia en fallo de la honorable Corte Suprema de Justicia de 30 de agosto de 2017 expresó lo siguiente:

“Ahora bien, en el caso en particular esta Corporación de Justicia advierte que el señor Francisco Javier Lezcano, propietario de la residencia donde se introdujeron para sustraer artículos de su propiedad, en entrevista ante el agente del Ministerio Público hizo entrega voluntaria de un disco compacto contentivo de

---

<sup>15</sup> Similar pronunciamiento se dictó en fallo del mismo tribunal fechado 30 de noviembre de 2017.

imágenes de la cámara de vigilancia de su residencia, el día que ocurrieron los hechos denunciados.

Como hemos señalado, la víctima hizo entrega voluntaria al agente de instrucción del disco compacto, por lo tanto, no era necesario que el Fiscal dispusiera la incautación de dicho disco compacto. El artículo 307 del Código Procesal Penal es claro al señalar cuándo procede la incautación.

(...)

Al respecto, es oportuno traer a colación lo expresado por el Magistrado de Garantías Jerónimo Mejía, en audiencia celebrada el 2 de junio de 2015 ...quien con relación al alcance del artículo 314 del Código Procesal Penal señaló ... lo siguiente:

“Es que aquí no se ha incautado ningún dato, incautación significa privar, poseer y eso significa desposeer a la persona quien se le ha privado el objeto, el bien, el instrumento o el valor y la información está en el Registro Público; no es una diligencia de incautación de datos...

...aquí no se han incautado equipos informáticos, aquí no se ha incautado información almacenada en equipos informáticos, luego entonces, ni había que darle traslado a la defensa, a pesar de lo cual se le dio, ni la defensa tenía que participar, a pesar de lo cual participó, ni había que designar a nadie para ir a retirar la información, bastaba una simple comunicación. Así que los fines de la prueba, a mi modo de ver, se han cumplido en el sentido de que no se han infringido derechos fundamentales en este caso, y tampoco veo ninguna razón por la cual yo deba legalizar la obtención de esa información, porque no se trata de una incautación...”.

*No es necesario que intervenga en la diligencia quien no tenga calidad de imputado<sup>16</sup>*

Ahora bien, como quiera que otro de los aspectos en que la juez de garantías fundamenta su decisión es que si había tres -3- personas indiciadas o investigadas tenía que procurarse la intervención de cada defensor, cabe señalar al respecto que el segundo párrafo del citado artículo ... establece la necesidad de notificar de esta diligencia a la persona que ostenta la categoría de imputado, pero es

---

<sup>16</sup> Este criterio si bien no es uniforme se presenta para efectos de conocimiento e ilustrativos en lo que pueda resultar de utilidad.

el caso que dentro de la causa que nos ocupa no existía ninguna persona vinculada, mucho menos con calidad de imputado.”

**Recurso de casación. Sala Penal, 29 de octubre de 2015, Magistrado ponente: José Eduardo Ayú Prado.**

*Registro de llamadas no constituye incautación de datos*

“Por consiguiente, según se advierte dentro de la causa, el registro de llamadas entrantes y salientes, a pesar de contener datos, no constituye una incautación al tenor de lo previsto en el artículo 314 del Código Procesal Penal, pues, la ley autoriza obtener dicha información a través de solicitud motivada dirigida a la empresa telefónica, sin el empleo de mayores medidas coercitivas. Contrario sería, el obtener los datos de cualquier soporte tecnológico, informático, entre otros, donde se encuentren almacenados los mismos, para lo cual nuestro ordenamiento jurídico exige proceder conforme a la incautación contemplado en la norma citada, toda vez que se requiere del apoderamiento de esa información de forma coactiva”.....Ahora bien, porqué (sic) el sometimiento a control posterior de estos datos suministrados voluntariamente por las compañías telefónicas? Fíjese, **la obtención de datos de entrada y registro de llamadas de una persona, como en diversos fallos la Corte Suprema de Justicia ha sostenido, no lesiona la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones, porque simplemente no hay comunicación en tiempo real desarrollándose; por tanto, el secreto a las comunicaciones no está en juego, porque no hay conversación, escucha o intervención telefónica**”....Sobre este motivo valga decir, que el tema de la incautación de datos fue extensamente razonado en líneas superiores de esta decisión, en donde la Sala concluyó que **la información suministrada por las compañías telefónicas, al tenor de lo dispuesto en la Ley 51 de 2009 no es una incautación de datos**. Además, queda dicho, que el registro de llamadas entrantes y salientes no afecta la garantía de la inviolabilidad de comunicaciones, porque no se produce una interceptación de comunicación sostenida entre interlocutores, pero que al poder existir una expectativa razonable de afectación al derecho a la intimidad o no injerencia en la vida privada de la persona, la ley a previsto el sometimiento a control posterior ante el juez, lo cual se cumplió en el presente caso.” (Lo destacado es nuestro).

## **Fallo de Amparo de 16 de diciembre de 2016. Primer Tribunal Superior de Panamá**

*La audiencia de control posterior de incautación de datos debe ser solicitada en un plazo no mayor de diez (10) días, pero en este plazo el juez no tiene obligatoriamente que realizar la audiencia.*

El Código Procesal Penal, en el Título I, Capítulo III del Libro Tercero, contempla la incautación de datos obtenidos de equipos informáticos o datos almacenados en cualquier soporte. Estos actos de investigación, de acuerdo con lo que dispone el artículo 317 de dicha excerta legal, deberán ser sometidos a un control posterior ante el Juez de Garantías, en un plazo no mayor de diez (10) días y el juzgador deberá resolver en audiencia lo que corresponda.

Por otro lado, el artículo 142 *lex cit* establece que los plazos de días comenzarán a correr al día siguiente de ocurrido el hecho que motiva su iniciación o de practicada su notificación y que, a tales efectos, solo se computarán los días hábiles, salvo disposición contraria de la ley.”

Bajo dicho prisma, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, al conocer Recurso de Apelación, contra lo resuelto por el Tribunal Superior del Segundo Distrito Judicial (Coclé y Veraguas), al conocer Acción de Amparo de Garantías Constitucionales, indicó: “Si verificamos la fecha en que se hizo la diligencia de incautación de bienes (30 de noviembre de 2012) y la fecha en que el Fiscal le solicitó a la Juez de Garantías la audiencia de control posterior (14 de diciembre de 2012), tenemos que habían transcurrido exactamente los diez días requeridos para ese fin (artículo 142 del Código Procesal Penal), no obstante, ello no quiere decir que para esa misma fecha la Juez tenía la obligación de celebrar la audiencia, toda vez que se requería oportunamente de la notificación a las partes, como lo indican los artículos mencionados en apartados precedentes, máxime cuando sólo se hizo por un solo medio de notificación, cuando el defensor había proporcionado varios (teléfono celular, teléfono fijo y correo electrónico), no agotándose todos aquellos para hacer efectiva la misma. Además, aunque el control posterior lo pida el fiscal, el Juez de Garantías debe hacerlo previa citación de las partes, atendiendo a principios que regentan el sistema penal acusatorio tales como el de publicidad del proceso, consagrado en el artículo 9 del Código Procesal Penal que establece la publicidad de las actuaciones, a excepción de aquellos casos en que el Código autoriza la reserva de algún acto procesal. Las consideraciones vertidas por el Tribunal Superior son acertadas, pues en este nuevo sistema penal las notificaciones que se le hacen a las partes deben ser acorde a la Ley, sobre todo cuando son necesarias para el perfeccionamiento de la investigación...”

**Pleno de la Corte Suprema de Justicia. 16 de abril de 2018.**

*El plazo para la solicitud de audiencia de control posterior de incautación de datos es para el fiscal, no para el Juez de Garantías*

“Según afirma la proponente de la presenta acción de carácter extraordinario, la autoridad judicial demandada no garantizó la efectividad de las garantías de constitucionalización del proceso, actuación sin dilaciones injustificadas, legalidad y debido trámite al no interpretar los artículos 314 y 317 del Código Procesal Penal y legalizar la incautación de datos que hizo la Fiscal del caso los días 7 y 8 de agosto de 2017, en un plazo mayor a los diez (10) días de su respectivo examen de contenido aun cuando la Fiscal solicitó la audiencia de control posterior a la Oficina Judicial el día 11 de agosto de 2017.

...

Del análisis del artículo 314 del Código Procesal Penal se logra extraer que el examen de los datos incautados debe realizarse bajo la responsabilidad del Fiscal que lo realiza y que a dicha diligencia debe citarse tanto al imputado (a) como a su defensor.

En tanto, del estudio del artículo 317 de la misma excerta legal se desprende que la diligencia de Incautación de Datos debe ser sometida al Control del Juez de Garantías en un plazo no mayor de diez (10) días, manteniendo a salvo el derecho de las partes para objetar ante el Juez de Garantías las medidas adoptadas por los Fiscales o sus auxiliares.

Se deduce entonces, que al ser el Fiscal quien realiza la incautación de datos es éste quien tiene el plazo de diez (10) días para someter dicho acto de investigación al control posterior del Juez de Garantías.

Contrario a lo señalado por la Amparista, la norma no establece un plazo de diez (10) días al Juez de Garantías para legalizar la incautación de datos, dicho plazo es para la Fiscalía y, en ese sentido, mal puede la autoridad judicial demandada vulnerar la garantía del Debido Proceso, pues la Recurrente denuncia la supuesta inobservancia de un término que la norma no contempla, de allí que la legalización de la diligencia no devenga en extemporánea y, consecuentemente no infrinja en perjuicio de la accionante la garantía fundamental del Debido Proceso Legal.

Respecto a la afirmación del apoderado judicial de la Recurrente, en la que asegura que para el día diecisiete (17) de agosto del dos mil diecisiete (2017), acudió a la Dirección de Oficina Judicial de

Herrera y mediante escrito requirió la certificación de las solicitudes que fueron llevadas al control del Juez de Garantías sin que se le notificara de algún acto o audiencia fijada por ese despacho judicial, debe acotar esta Superioridad, que el artículo 154 del Código Procesal Penal consagra taxativamente las resoluciones, actos y diligencias que deben ser notificados personalmente, no encontrándose dentro de éstas las notificaciones de las audiencias de control judicial de incautación de datos, todo ello sin soslayar que de conformidad con el artículo 152 del mismo Código, para la citación se utilizarán los medios técnicos posibles, por lo que, en este sentido tampoco se producen la infracción de las garantías denunciadas, lo cual trae consigo que se confirme la decisión de primera instancia.”

**Amparo de Garantías Fundamentales. Tribunal Superior del Segundo Distrito Judicial (Coclé y Veraguas). 9 de octubre de 2013.**

*Sobre la oportunidad de controvertir la diligencia de Incautación de Datos*

“A dos años de implementado el “nuevo” Sistema de Procedimiento Penal, no debe ser objeto de discusión el tema que durante la investigación los Agentes del Ministerio Público realizan actos que por su naturaleza le resultan propios, pero a diferencia de los sistemas penales tradicionales, en el Sistema Penal Acusatorio, dichas actuaciones deben pasar por el escrutinio de los Jueces de Garantías que, como tales, son los más obligados a salvaguardar los derechos de las partes, asegurando la vigencia, efectividad y respeto de las garantías constitucionales y legales, esto es velar por la protección de los derechos constitucionales del imputado, de la víctima y de los testigos.

Fuera de la discusión también se encuentra el hecho que el derecho de defensa nace desde el primer acto de investigación y se extiende hasta la culminación del proceso, tal como claramente establece el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal Patrio. Sobre este punto, el funcionario acusado aclara que contrario a lo señalado por el amparista, su decisión no se basó en el hecho que los investigados no tuvieran la calidad de imputados, pues el derecho de defensa nace desde que se les señala o desde el primer acto de investigación en su contra, sino en que la información suministrada a la Fiscalía no le pertenecía a los investigados.

Incontrovertible resulta igualmente que para el día 5 de agosto de 2013, se realizó audiencia de control posterior de incautación de datos ante el Juez de Garantías de la Provincia de Coclé, acto al cual fueron citados y asistió el representante del Ministerio Público, los indiciados y los defensores técnicos de confianza, quienes –según

consta en los soportes informáticos aportados- debatieron prolijamente sobre la legalidad o ilegalidad de la referida diligencia de incautación de datos, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 317 del Código del Procedimiento Penal...

Lo anterior, permite colegir fácilmente que el derecho de defensa, uno de los aspectos centrales de la acción constitucionales que nos ocupa, no ha sido infringido en las actuaciones realizadas por el funcionario de instrucción y posteriormente controladas por el Juez de Garantías en acto de audiencia de celebrado el 5 de agosto de 2013.”

*Tratamiento cuando se examinan equipos de la víctima o testigos*

“No debe perderse de vista que, según se desprende de las alegaciones de las partes y de las constancias allegadas al proceso constitucional, la diligencia de incautación de datos acusada de violatoria de derechos y garantías fundamentales, se realizó sobre equipos telefónicos propiedad de las víctimas y testigos, quienes voluntariamente los proporcionaron, al Agente de Instrucción; sin que esto se entienda como una violación a su derecho a la intimidad de la correspondencia y las comunicaciones recogido en el artículo 29 de la Constitución Política, pues obviamente han cedido de manera voluntaria parte de sus derechos en pro de la investigación seguida a sus victimarios. Recuérdese que a todo ciudadano le asiste el derecho de ejercer control sobre su vida íntima o privada y en esa autodeterminación puede disponer qué datos o información hace del conocimiento de terceros.

Se entiende pues, que los datos incautados no se encontraban en equipos, oficinas u archivos de propiedad de los indiciados; es decir, no le pertenecían, por lo que no se requería su autorización ni se infringieron sus derechos constitucionales en la diligencia de incautación.

Que lo anterior no se entienda como una limitación al derecho de defensa, pues obviamente en las etapas procesales correspondientes los imputados podrán cuestionar y contradecir, en ejercicio de su legítimo derecho, la legalidad o veracidad de la información.

No se observa, pues, infracción al debido proceso, en los términos indicados en el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que como hemos venido señalando los datos incautados no pertenencia a los investigados, sino a terceras personas que voluntariamente consintieron su examen, por lo que no existe ningún derecho, trámite o procedimiento conculcado.”

**Apelación de Sentencia de Amparo de Garantías Constitucionales. Pleno de la Corte Suprema de Justicia. 13 de mayo de 2016.**

*El imputado y su defensor deben ser citados para el examen de los datos incautados y no para la diligencia de incautación de datos propiamente tal*

“Sostiene la Fiscal, en su escrito de apelación, que el Tribunal Superior de Coclé y Veraguas, no estableció en la resolución impugnada, por qué consideró que el artículo 314 del Código Procesal Penal, no deja lugar a interpretaciones, sosteniendo que, taxativamente esta norma señala que con la debida antelación a la realización de la diligencia (de incautación) se debe notificar al imputado y a su defensor, cuando lo que en realidad establece el citado artículo, en su segundo párrafo, que es el examen del contenido de los datos (entiéndase los datos que ya fueron incautados o extraídos), el que deberá cumplirse bajo la responsabilidad del Fiscal que lo realiza, y es a dicha diligencia (la de examen o análisis), que se citará con antelación, a la persona imputada y a su defensor.

En este punto, debe esta Superioridad señalar que le cabe razón a la apelante, pues en el presente caso, el Juez de Garantías en turno, violentó la garantía fundamental del debido proceso al declarar como ilegal la diligencia de incautación de datos y de correspondencia electrónica al celular de marras, por falta de notificación de uno de los imputados.

Lo anterior es así puesto que el artículo 314 del Código Procesal Penal no exige la notificación ni del imputado, ni del apoderado judicial para la realización de la incautación de datos, pues la misma se encuentra regulada, en capítulo III, del libro segundo, como acto de investigación que requiere control posterior del Juez de Garantías.

Sin embargo, por tratarse de una diligencia que restringe el derecho a la intimidad del imputado (correspondencia y demás documentos privados), también requiere, conforme a lo dispuesto en el artículo 310 lex cit. autorización judicial previa.

...

A contrario sensu, para la diligencia del examen del contenido de los datos extraídos o incautados, sí se requiere de la citación o notificación tanto del imputado, como de su defensor, notificación que debe hacerse con la debida antelación, pero su ausencia, una vez notificados, tampoco impide la realización del acto.

...

La exigencia de notificación tanto al imputado como a su defensor para la práctica de esta diligencia, responde a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 29 de la Constitución Política...

...

Bajo los anteriores razonamientos, estima el Pleno, que la Fiscal del Circuito de Coclé realizó la diligencia de incautación de datos al celular señalado en cumplimiento del debido proceso, establecido en la Constitución y en la ley procesal, razón por la cual la acción constitucional incoada debe ser concedida.

...”

**Apelación de Sentencia de Amparo de Garantías Constitucionales. Pleno de la Corte Suprema de Justicia. 11 de febrero de 2014. Magistrado Ponente: Hernán De León.**

*Para la audiencia de control posterior de incautación de datos se requiere la notificación oportuna del abogado defensor y del imputado.*

“Advertido lo anterior, tenemos que el Tribunal Superior del Segundo Distrito Judicial (Coclé y Veraguas), concede la Acción de Amparo de Garantías Constitucionales instaurada por el ..., apoderado judicial del ciudadano S.A.F.M., contra el acto de audiencia de control posterior de incautación de datos celebrado por la Juez de Garantías de la Provincia de Veraguas, dentro de la investigación adelantada contra el señor F.M. y otros por delito relacionado con drogas. Básicamente, el Tribunal Superior considera que la funcionaria acusada tenía la obligación de verificar que en el acto de audiencia estuviesen presentes todas las partes y que las diligencias de notificación se hubiesen realizado en debida forma, pues existían otros números telefónicos fijos y direcciones de correos electrónicos, medios que no fueron agotados, a fin que se surtiera efectivamente la notificación. Agrega el Tribunal Primario, que si bien la comparecencia del imputado y su defensor no eran necesarias en la diligencia de incautación de datos, como un acto propio de la investigación, si lo era en la audiencia de control posterior, puesto que es ante el Juez donde las partes tienen la obligación de objetar las medidas adoptadas por los agentes del Ministerio Público.

Para el recurrente, el funcionario demandado (Juez de Garantías de Veraguas) no transgredió normas constitucionales, ya que está legitimado para garantizar que no se violen derechos ni garantías constitucionales, además el acto de audiencia objeto de análisis fue

debidamente notificado a la defensa privada, luego de lo cual fue decretada la legalidad de la diligencia de incautación de datos sometida, precisamente, a su control posterior, conforme al Código Procesal Penal. Agrega, que es responsabilidad de las partes comparecer puntualmente a los actos de audiencia, máxime cuando hay de por medio términos fatalistas.

Consta en antecedentes, que para el día 30 de noviembre de 2012, la Fiscalía Especializada en Delitos Relacionados con Drogas, realizó la diligencia de incautación de bienes (obtención de rutas del GPS de un vehículo) y para el día 14 de diciembre de 2012, le solicita a la Juez de Garantías de Veraguas, audiencia de control posterior de la referida diligencia. Seguidamente, para esa misma fecha (14 de diciembre de 2012), en horas de la tarde, se realiza la audiencia con la sola participación del Fiscal y con la consecuente decisión de legalidad de la incautación de datos por parte de la Juez de Garantías.

Se observa también, que para notificar a la defensa de la celebración de la audiencia de control posterior, se le llamó, únicamente, al número de teléfono móvil y en vista de que no fue atendido, se le dejó el mensaje.

Ahora bien, luego del examen del expediente, este Tribunal de alzada concluye que debe confirmarse el fallo recurrido, por las siguientes consideraciones:

Observamos que la controversia radica en la notificación de la celebración de la audiencia de control posterior de incautación de datos a la defensa del señor S.A.F.M. Al respecto, el artículo 314 del Código Procesal Penal, señala que la diligencia de incautación de bienes es un acto propio de la investigación, que no requiere necesariamente de la presencia del imputado y su defensor, pero el artículo 317 del mismo texto establece que la diligencia debe ser sometida a un control posterior del Juez de Garantías para legalizarla y para tales efectos se cuenta con un plazo de 10 días para someterla ante el Juez, agregándose que las partes podrán objetar la diligencia en audiencia oral, donde el Juez deberá resolver lo que corresponda.

El autor Alberto González Herrera, en su obra "Principio Acusatorio, Sistema Acusatorio y Prueba Penal", indica:

*"2.2. Actos que requieren control posterior del Juez de Garantías*

*La incautación de datos contenidos en equipos informáticos u otro tipo de soporte de información (art. 314 CPP), las operaciones encubiertas (art. 315 CPP) y*

*la entrega vigilada internacional (art. 316 CPP) para que surtan efectos necesitan del aval del juez de garantías. No puede exceder el plazo de 10 días, desde que se ejecutó la diligencia, el examen por parte del juez de garantías. Si existe un imputado, éste podrá participar en la diligencia de incautación acompañado de su abogado defensor.*

*La aprobación de estas diligencias por parte del juez de garantías se realizará en audiencia, y en ésta, podrán participar tanto el defensor como el imputado objetando su validez.*" (González Herrera, Alberto H. Principio Acusatorio, Sistema Acusatorio y Prueba Penal. Cultural Portobelo, 2011. pág. 95-96) (Subraya el Pleno).

Aclarado que los actos de investigación con control posterior del Juez de Garantías requieren audiencia para que las partes puedan objetar las diligencias, es importante mencionar lo que contemplan los artículos 152 y 153 del Código Procesal Penal:

*Artículo 152. Citaciones. Para la celebración de audiencias se citará oportunamente a las partes, testigos o personas que intervendrán en la audiencia.*

*Las citaciones se realizarán por orden del Juez o el Tribunal de Juicio y serán adelantadas por la Oficina Judicial o la que haga sus veces. Para la citación se utilizarán los medios técnicos posibles y se podrá, si es necesario, recurrir a la Policía Nacional para su cumplimiento.*

*La citación indicará la clase de audiencia o diligencia para lo que se requiere, con la identificación del proceso.*

*Artículo 153. Regla general de notificaciones. Las notificaciones de las partes se harán por regla general en estrados.*

*Si la parte, el interviniente o la persona citada no comparece se entenderá hecha la notificación, salvo que justifique fuerza mayor o caso fortuito.*

*La notificación de las decisiones que no sean adoptadas en audiencia se realizará por telegrama, fax, correo electrónico o cualquier medio idóneo. Al privado de libertad se le notificará personalmente en su sitio de detención.*

*La Oficina Judicial llevará el registro de las notificaciones.*

Si verificamos la fecha en que se hizo la diligencia de incautación de bienes (30 de noviembre de 2012) y la fecha en que el Fiscal le solicitó a la Juez de Garantías la audiencia de control posterior (14 de diciembre de 2012), tenemos que habían transcurrido exactamente los diez días requeridos para ese fin (artículo 142 del Código Procesal Penal), no obstante, ello no quiere decir que para esa misma fecha la Juez tenía la obligación de celebrar la audiencia, toda vez que se requería oportunamente de la notificación a las partes, como lo indican los artículos mencionados en apartados precedentes, máxime cuando sólo se hizo por un solo medio de notificación, cuando el defensor había proporcionado varios (teléfono celular, teléfono fijo y correo electrónico), no agotándose todos aquellos para hacer efectiva la misma. Además, aunque el control posterior lo pida el fiscal, el Juez de Garantías debe hacerlo previa citación de las partes, atendiendo a principios que regentan el sistema penal acusatorio tales como el de publicidad del proceso, consagrado en el artículo 9 del Código Procesal Penal que establece la publicidad de las actuaciones, a excepción de aquellos casos en que el Código autoriza la reserva de algún acto procesal.

Las consideraciones vertidas por el Tribunal Superior son acertadas, pues en este nuevo sistema penal las notificaciones que se le hacen a las partes deben ser acorde a la Ley, sobre todo cuando son necesarias para el perfeccionamiento de la investigación.

...

Vistas las consideraciones anteriores, no queda más que confirmar la decisión del Tribunal Superior del Segundo Distrito Judicial (Coclé y Veraguas), ante la evidente violación al debido proceso contemplado en el artículo 32 de nuestra Carta Magna, materia ya tratada por el Pleno de la Corte, cuando se refiere a la falta de notificación o a la indebida notificación de las partes.

**Recurso de apelación dentro de Acción de Amparo de Garantías Constitucionales. Pleno de la Corte Suprema de Justicia. 26 de enero de 2015. Mag. Ponente: Herán De León Batista**

*Es necesario citar a la diligencia de examen de datos incautados al indiciado aunque no sea imputado*

“No debe perderse de vista que la constitucionalización de los procesos, y con mayor énfasis el penal acusatorio, apunta a una estructura encaminada a la salvaguarda de los derechos de todos los asociados, incluso de aquellos que inicialmente se encuentran siendo

investigados. Y es que como indicamos, normativas como el artículo 29 de la Carta Magna, establece el respeto a la correspondencia, documentos y comunicaciones privada, sin establecer algún tipo de diferencia entre si la persona es imputada o no, al igual que el derecho a la asistencia de un defensor, entre otros.

Por tales razones, esta Corporación de Justicia no puede aceptar como válidos aquellos argumentos que pretenden que sólo se debe notificar y, con ello, salvaguardar los derechos de quien se constituye como imputado, y no así para un indiciado, a quien, según los criterios expuestos por el amparista, debe ser sometido, sin protección ni aviso alguno, a la realización de una diligencia de inspección de extracción de datos de un equipo informático que se señala era privado.” (Lo subrayado es nuestro).

**Sentencia de Amparo de Garantías Constitucionales. Tribunal Superior del Tercer Distrito Judicial (Chiriquí). 30 de noviembre de 2017. Magistrada Ponente: Carmen Luz De Gracia.**

*Si la víctima entrega por su voluntad el objeto sujeto a examen no hay incautación y si en la causa no hay imputado no se requiere citar defensor a la diligencia.*

Adentrándonos en materia, se advierte que, en la audiencia realizada el 16 de octubre de 2017, ... presidida por la Juez de Garantías de la provincia de Chiriquí,... declaró ilegal la diligencia de incautación de datos el día 29 de septiembre de 2017, en la unidad de video y fotografía forense, de la Sección de Criminalística del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en la que se extrajeron 16 vistas fotográficas de un archivo de video, contenido dentro del dispositivo de almacenamiento masivo (USB).

En ese sentido, el artículo 314 del Código Procesal Penal dispone que:

“Cuando se incauten equipos informáticos o datos almacenados en cualquier otro soporte, regirán las mismas limitaciones referidas al secreto profesional y a la reserva sobre el contenido de los documentos incautados...

El examen del contenido de los datos se cumplirá bajo la responsabilidad del Fiscal que lo realiza. A dicha diligencia se citará, con la debida antelación, a la persona imputada y su defensor. Sin embargo, la ausencia de ellos no impide la realización del acto...

...”

Ahora bien, la norma en comento indica que existen limitaciones referidas al secreto profesional, cuando se incautan equipos informáticos o datos almacenados, pero es el caso, que el dispositivo de almacenamiento masivo (USB), con la grabación del día 17 de septiembre de 2017, de las cámaras internas del local comercial afectado..., fue entregado voluntariamente al agente de instrucción, por la gerente del mismo, mediante nota de 26 de septiembre de 2017, es decir, que el Ministerio Público no requería incautar nada.

...

En el caso que se examina, se advierte que no existe imputado, requisito que exige el citado artículo, para la notificación, de modo que, al no existir imputado, no existe ilegalidad en la diligencia realizada por la agente del Ministerio Público.”

### **Jurisprudencia Internacional**

#### **Amparo de Garantías. Pleno del Tribunal Constitucional de España. Sentencia 115/2013 de 9 de mayo de 2013.**

“Debemos analizar, por tanto, la eventual vulneración de dos derechos fundamentales autónomos y que cuentan con un diferente régimen constitucional de protección. A esos efectos, cabe recordar que este Tribunal ha señalado que si bien, de conformidad con el art. 18.3 CE, la intervención de las comunicaciones (telefónicas, telegráficas, postales o de cualquier otro tipo) requiere siempre de autorización judicial (a menos que medie el consentimiento previo del afectado), el art. 18.1 CE no prevé esa misma garantía respecto del derecho a la intimidad, de modo que se ha admitido la legitimidad constitucional de que en algunos casos y con la suficiente y precisa habilitación legal, la policía<sup>17</sup> realice determinadas prácticas que constituyan una injerencia leve en la intimidad de las personas sin previa autorización judicial (y sin consentimiento del afectado), siempre que se hayan respetado las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad (por todas, SSTC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10; 123/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 56/2003, de 24 de marzo, FJ 2; 281/2006, de 9 de octubre, FJ 4; y 142/2012, de 2 de julio, FJ 2).

---

<sup>17</sup> Resulta importante anotar que en Panamá estas diligencias las ordena el Fiscal y se practican con el apoyo de técnicos de la Dirección de Investigación Judicial de la Policía Nacional.

.....  
.....  
En efecto, con el acceso a la agenda de contactos del teléfono móvil del recurrente los agentes de policía no obtuvieron dato alguno concerniente a un proceso de comunicación emitida o recibida mediante dicho aparato, sino únicamente a un listado de números de teléfono introducidos voluntariamente por el usuario del terminal, equiparable a los recogidos en una agenda de teléfonos en soporte de papel (STC 70/2002, FJ 9). Por tanto, “siendo lo determinante para la delimitación del contenido de los derechos fundamentales garantizados por los arts. 18.1 y 18.3 CE ... no el tipo de soporte, físico o electrónico, en el que la agenda de contactos esté alojada”, ni “el hecho ... de que la agenda sea un aplicación de un terminal telefónico móvil, que es un instrumento de y para la comunicación, sino el carácter de la información a la que se accede” (STC 142/2012, FJ 3), debe descartarse que el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) se haya visto afectado en el presente caso por la actuación policial descrita.”

### **Jurisprudencia Internacional:**

**Pleno del Tribunal Constitucional de España. Magistrado ponente: Ramón Rodríguez Arribaz. Sentencia 115/2013 de 9 de mayo de 2013.**

“Por último, y en atención al cumplimiento del requisito de proporcionalidad, con el acceso policial a las agendas de contactos telefónicos de los terminales móviles incautados en el lugar de los hechos –acceso que se limitó a los datos recogidos en dichas agendas, sin afectar a los registros de llamadas, y que no necesitó de ningún tipo de manipulación extraordinaria por parte de los agentes policiales, toda vez que para acceder a las funciones de los terminales móviles no fue necesario introducir contraseña o clave de identificación personal alguna, al hallarse encendidos los teléfonos móviles– se consiguió identificar como usuario de uno de dichos aparatos, y a la postre detener, al recurrente (juicio de idoneidad), detención que se produjo, como queda dicho, a las dos o tres horas de su huida en el invernadero; además, no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito –la identificación de las personas que huyeron tras ser sorprendidas por la policía en el invernadero donde fue aprehendido el alijo de droga– con igual eficacia, toda vez que gracias a la identificación inmediata del recurrente como usuario de uno de los teléfonos móviles encontrados por los agentes de policía se pudo corroborar su presencia en el lugar de los hechos, así como obtener otras pruebas incriminatorias para fundamentar la convicción judicial sobre su participación en el delito contra la salud pública por el que ha sido condenado (juicio de

necesidad); y, finalmente, se trató de una medida ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, dada la naturaleza y gravedad del delito investigado y la leve injerencia que comporta en el derecho a la intimidad del recurrente el examen de la agenda de contactos de su teléfono móvil (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).”