

La prueba ilícita en el proceso penal ecuatoriano: Bases doctrinales y jurídicas*

The illicit evidence in the ecuadorian criminal process:
Doctrinal and legal bases

Nelson Vela Andrade**

RESUMEN

En la actualidad, existe un aparente consenso sobre la necesidad de excluir las pruebas ilícitas del proceso penal. En ese sentido, el problema a estudiar es cuáles tipos de pruebas son admisibles para alcanzar la verdad procesal sin menoscabar - principalmente- las garantías básicas de la persona procesada por el Estado en ejercicio de su poder punitivo y a su vez evitar la impunidad que pueda generarse como consecuencia de la exclusión de la prueba relevante, pertinente y contundente obtenida con transgresión a los derechos fundamentales establecidos en regímenes democráticos para los ciudadanos y, el derecho de la víctima a lograr la obtención de justicia, la verdad y la reparación integral del bien jurídico vulnerado; todo lo cual resulta vital para la entera confianza que debe generar y mantener el sistema de administración de justicia como medio de solución de los conflictos penales. Así, el objetivo de la investigación es netamente jurídico: interesa saber si el ordenamiento jurídico ecuatoriano abona para los fines del garantismo penal. La hipótesis que se plantea es que la exclusión de la prueba ilícita tiene unas bases históricas, doctrinales, constitucionales y jurídicas que la orientan hacia la exclusión tanto de la prueba ilícita como de los elementos probatorios viciados derivados de la misma. El método empleado es el hipotético-deductivo y el material empleado a nivel de doctrina es la Teoría de la Ponderación desarrollada por Robert Alexy; el garantismo penal de Ferrajoli; y, desde el punto de vista jurídico, el análisis de la Constitución vigente (2008) y de la

* Artículo original derivado del Proyecto “Bases doctrinales” Finaciado por autor

** Magister. Investigador independiente. Guayaquil – Ecuador. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8379-6048>. E-mail: nvela71@hotmail.com.
Académico.
<https://scholar.google.es/citations?hl=es&user=R0edBzAAAAAJ>

JOURNAL OF BUSINESS
and entrepreneurial
studies

ISSN: 2576-0971



<https://doi.org/10.37956/jbes.v4i2.107>

Atribución/Reconocimiento-NoComercial- CompartirIgual 4.0 Licencia Pública Internacional — CC

BY-NC-SA 4.0

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/legalcode.es>

Journal of Business and entrepreneurial

Julio - diciembre Vol. 4 - 2 - 2020

<http://journalbusinesses.com/index.php/revista>

e-ISSN: 2576-0971

journalbusinessentrepreneurial@gmail.com

Recepción: 14 Julio 2019

Aprobación: 23 Abril 2020

Pag 295 - 307

precedente (1998), el Código Orgánico Integral Penal (COIP) y el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), comparándolo con la legislación anterior. La discusión se centra en el doble carácter contradictorio del derecho penal que plantea un problema aparentemente insalvable a la hora de evaluar la validez y eficacia de las pruebas. En conclusión: el ordenamiento jurídico ecuatoriano se ha orientado hacia la exclusión de la prueba ilícita, aunque su aplicación ha sido irregular. Además, las situaciones excepcionales han sido poco consideradas, mientras que tienen cerca de medio siglo de desarrollo en los Estados Unidos y han sido aceptadas por las legislaciones de España Colombia y Perú.

Palabras clave: prueba ilícita, proceso penal, garantías, doctrina, bases jurídicas.

ABSTRACT

At present, there is an apparent consensus on the need to exclude illegal evidence from criminal proceedings. In that sense, the problem to be studied is what types of evidence are admissible to achieve procedural truth without impairing - principally - the basic guarantees of the person prosecuted by the State in the exercise of his punitive power and in turn avoiding impunity that may be generated. as a consequence of the exclusion of the relevant, relevant and conclusive evidence obtained in violation of the fundamental rights established in democratic regimes for citizens and, the right of the victim to obtain justice, truth and integral reparation of the legal good violated; all of which is vital for the entire trust that the justice administration system must generate and maintain as a means of resolving criminal conflicts. Thus, the objective of the investigation is purely legal: it is interesting to know if the Ecuadorian legal system pays for the purposes of criminal guarantee. The hypothesis that arises is that the exclusion of the illicit evidence has historical, doctrinal, constitutional and legal bases that guide it towards the exclusion of both the illicit evidence and the vitiated probative elements derived from it. The method used is the hypothetical-deductive and the material used at the doctrine level is the Theory of Weighting developed by Robert Alexy; the criminal guarantee of Ferrajoli; and, from the legal point of view, the analysis of the current Constitution (2008) and the preceding one (1998), the Organic Integral Criminal Code (COIP) and the Organic Code of Judicial Function (COFJ), comparing it with the legislation previous. The discussion focuses on the apparently insurmountable problem of gaps and antinomies that may arise when evaluating the validity and effectiveness of the tests. In conclusion: the Ecuadorian legal system has been oriented towards the exclusion of illegal evidence, although its application has been irregular. In addition, exceptional situations have been poorly considered, while they have about half a century of development in the United States and have been accepted by the laws of Spain, Colombia and Peru.

Key words: unlawful evidence, criminal proceedings, guarantees, doctrine, legal bases.

INTRODUCCIÓN

Por décadas, la determinación de la licitud de la prueba ha sido un tema de debate para los académicos y especialistas en el proceso judicial. En la actualidad existe consenso sobre la necesidad de excluir las pruebas ilícitas; no obstante, queda abierto el debate sobre el tema de las excepciones, alcances y efectos de la referida exclusión.

El análisis de la prueba en el proceso penal tiene una importancia fundamental para el ordenamiento jurídico del Estado ecuatoriano, puesto que es uno de los indicativos de la relevancia de los derechos individuales frente a las necesidades colectivas. Un equilibrio difícil de establecer habida cuenta de las múltiples amenazas que existen hoy para la seguridad pública.

En este sentido, el problema a estudiar en cada ordenamiento jurídico es qué tipo de pruebas debe emplear el juzgador para alcanzar la verdad procesal sin lesionar las garantías del procesado. Es una cuestión más compleja de lo que parece puesto que implica un estudio doctrinario, de derecho positivo y del efecto de ambos aspectos en la jurisprudencia.

En este orden de ideas, necesariamente se debe hacer referencia a las Reglas de exclusión. Este es un principio legal que tiene su origen en el ordenamiento jurídico estadounidense. y que sostiene que las pruebas recogidas o analizadas, en contra de lo estipulado por la Constitución no son admisibles en un juicio penal.

El presente estudio comienza estudiando las reglas de exclusión puesto que ellas han tenido gran influencia a nivel procesal penal en Iberoamérica. Aún cuando existe un aparente consenso sobre la necesidad de excluir las pruebas ilícitas del proceso penal, desde los años 70 en los Estados Unidos se han desarrollado excepciones a la doctrina. Es de suma importancia conocer esta doctrina y sus excepciones para poder analizar el desarrollo y orientación del ordenamiento jurídico ecuatoriano en este tema.

El presente artículo tiene como objetivo estudiar la prueba ilícita en el proceso penal ecuatoriano, tema que reviste interés por haber sancionado en 2008 una Constitución en cuyo primer artículo define al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia. ¿Cuál ha sido el tratamiento de la prueba ilícita en el Ecuador? ¿Cómo incide el carácter de Estado constitucional en la ponderación de derechos fundamentales? ¿se desarrollan plenamente la doctrina de la exclusión y se contemplan sus excepciones?

La hipótesis que se plantea es que la exclusión de la prueba ilícita tiene unas bases históricas, doctrinales, constitucionales y jurídicas que se orientan a la exclusión absoluta tanto de la prueba ilícita como de los elementos probatorios viciados derivados de la misma. En este sentido, el ordenamiento jurídico ecuatoriano estaría obviando un conjunto de importantes excepciones que ha desarrollado la doctrina en las últimas décadas y que han sido receptadas por varios ordenamientos jurídicos en Iberoamérica.

MATERIALES Y MÉTODOS

El método empleado es el hipotético-deductivo. Este método requiere la combinación de la reflexión racional (hipótesis y deducción) con la observación de la realidad (la observación y la verificación). Así es como se estructura la investigación:

Descripción de la doctrina y el régimen jurídico atinentes a la exclusión de la prueba ilícita en Ecuador;

Formulación de una hipótesis para exponer las premisas del estudio.

Deducción de las consecuencias de la propia hipótesis.

Verificación de la verdad de los enunciados deducidos comparándolos con la experiencia.

Así, el primer y el último paso constituyen los momentos empíricos, mientras que el segundo y tercero son racionales. Por esto se puede decir que el método sigue un proceso inductivo (en la observación), deductivo (en el planteamiento de hipótesis y en sus deducciones), y vuelve a la inducción para su verificación.

El material empleado consta de la doctrina seleccionada sobre teóricos clásicos como Robert Alexy y Luigi Ferrajoli (doctrina y garantismo penal) y el catedrático ecuatoriano Alfonso Zambrano Pasquel (jurisprudencia).

Con respecto al material jurídico a estudiar son los que siguen:

Constitución ecuatoriana vigente de 2008.

Constitución Política del Ecuador (1998).

Código Orgánico Integral Penal (2014).

Código Orgánico de la Función Judicial (2009).

La Regla de Exclusión se creó para subsanar y desestimular la obtención ilegal de pruebas en el proceso penal. La ilegalidad consiste en la violación de la Cuarta y Quinta enmiendas de la Carta de Derechos (Bill of Rights) de los Estados Unidos. Así, la cuarta enmienda prohíbe el allanamiento o pesquisa indiscriminada y las detenciones poco razonables, mientras que la quinta enmienda protege al ciudadano contra la práctica de la auto incriminación, forzada generalmente por organismos del Estado.

El origen de las reglas de la exclusión se remontan al siglo XIX. La máxima Corte de los Estados Unidos sostuvo en *Bram* contra Estados Unidos, que las confesiones involuntarias debían ser excluidas puesto que constituían una violación a la Quinta Enmienda. Sin embargo el punto de partida para el concepto comprensivo Regla de Exclusión comienza a establecerse en el derecho judicial norteamericano fue el caso “*Boyd v. U.S.*” en 1886, donde se cuestionaba una prueba consistente en una factura que el acusado fue obligado a aportar en contra de su voluntad.

La particularidad del caso es que la Corte consideró que la acción violó a un mismo tiempo la Cuarta y Quinta Enmiendas, y dictaminó que la aportación forzada de documentos privados para ser usados como prueba en contra de quien fue obligado a hacerlo, desconocía ambas enmiendas citadas anteriormente.

Otro antecedente importante ocurrió en 1914 cuando se dictó el caso “*Weeks contra los Estados Unidos*” en el cual se invalidó prueba obtenida por la violación a la Cuarta Enmienda. Menos de una década después la aplicación de la Regla de Exclusión adquirió nuevas dimensiones con los casos “*Silverthorne Lumber Co. contra los Estados Unidos.*” de 1920 y “*Nardone*” de 1939, en los cuales no sólo se declaró inadmisibles la prueba misma obtenida ilegalmente, sino también las que se derivan de ella, doctrina que pasó a ser conocida con el título de “los frutos del árbol envenenado”.

En efecto, la doctrina del fruto árbol envenenado hace referencia a una metáfora legal del proceso penal, que consiste en desestimar cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas. La idea de la metáfora es que si el árbol se corrompe (la prueba), entonces sus frutos también están corrompidos y en consecuencia todos los elementos probatorios que se deriven de la primera prueba están contaminados por ella.

En otras palabras, esta doctrina va más allá de la Regla de Exclusión original. porque no sólo prohíbe pruebas obtenidas de forma ilícita sino que traslada sus efectos a cualquier prueba que este relacionada con esta primera prueba, comprobadamente viciada. La doctrina de los frutos del árbol envenenado tuvo gran preeminencia durante los años 60 en la jurisprudencia de los estados.

Un ejemplo de ello es el fallo del caso "Miranda contra Arizona" de 1966, que impuso a los agentes de policía el deber de anunciar sus derechos a las personas bajo su custodia, excluyendo la confesión obtenida sin cumplir con este protocolo. Desde entonces, las frases "puede guardar silencio", y "todo lo que diga puede ser utilizado en su contra", son ampliamente conocidas por su recreación en las películas del cine y la televisión.

No obstante, en los años 70 comenzó una tendencia a limitar las exclusiones probatorias a través de excepciones. En estos casos, aún cuando se ha demostrado la ilicitud de la prueba, ésta o sus consecuencias son aceptadas por los tribunales. Algunos defensores del debido proceso consideran esto un retroceso. ¿Tienen razón? Quienes están de acuerdo con limitar la Regla de la Exclusión pueden argumentar la misma razón que se planteó al principio: la necesidad de la legislación penal de proteger dos tipos de derechos, el del procesado y el de la sociedad que clama por conocimiento de la verdad y la materialización de la justicia. De allí que las legislaciones buscan abarcar la mayor cantidad de situaciones posibles. Es por ello que se han desarrollado tres excepciones a la regla principal, ellas son:

1) la fuente independiente, que existan formas o vías de investigación diferentes a la cuestionada, -y necesariamente no viciadas- que permitan llegar a la misma conclusión de responsabilidad o culpabilidad del procesado;

2) el descubrimiento inevitable, cuando las circunstancias en que se cometió el delito o sucesos posteriores a él habrían llevado al mismo resultado, independientemente de que se hubiera ejecutado o no la primera prueba cuestionada; y

3) la cadena de causalidad entre la acción ilegal y la prueba corrompida es tenue. La causalidad es la "relación que se establece entre causa y efecto. Se puede hablar de esa relación entre acontecimientos, procesos, regularidad de los fenómenos y la producción de algo". Dos condiciones necesarias para que haya una relación causal son:

Que la causa preceda al efecto en el tiempo.

Que causa y efecto estén relativamente próximos en el espacio y en el tiempo

Según esta esta excepción, la distancia que eventualmente puede haber entre la acción ilegal y la prueba puede hacer que esta última sea admisible en el proceso penal.

4) Principio de proporcionalidad: este principio funciona también como una herramienta o marco de referencia para las decisiones del juez, puesto que coloca en una balanza valores fundamentales que se encuentran en tensión, por ejemplo la garantía del acusado al debido proceso frente a la consideración de otros valores (principio de proporcionalidad) que, en casos específicos, podrían hacer admisibles medios de prueba con visos de inconstitucionalidad. El procedimiento que se aplica con este principio es el siguiente: primero el juez verifica si la medida es idónea, si es adecuada para la

consecución del propósito, y por último pondera los perjuicios que se le causaron al bien constitucional protegido.

Sobre la proporcionalidad existe un precedente en España vinculado a otro principio: el principio procesal de legalidad, que constituye un tema común para todo acto procesal que limite algún derecho fundamental. Se concreta en el artículo 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (C.E.D.H.) al exigir que toda acción de la autoridad pública en el ámbito privado ha de estar “prevista por la ley”, lo que exige que el ordenamiento interno autorice expresamente a la autoridad judicial disponer de estos medios de prueba.

En este sentido, la constitución española permite restringir determinados derechos fundamentales de modo excepcional como sería el derecho a la libertad -por vía de detención- (artículo 17 de la Constitución española) o la inviolabilidad del domicilio en aquellos casos de delito flagrante (artículo 18.2 de la constitución española)

5) La Buena fe; esta excepción implica que la prueba ilícita ha sido conseguida sin intención dolosa, y al actuar creyendo que se procede correctamente la prueba puede ser admitida. Un ejemplo que suele usarse en las facultades de derecho es el siguiente: agentes de policía ingresan un sitio cerrado y decomisan un gran alijo de sustancias prohibidas, persuadidos de que la orden de allanamiento con la que proceden es válida, cuando en realidad no lo es.

Ahora bien ¿que importancia puede tener estas doctrinas para un país como Ecuador? ¿Se amolda nuestra idiosincrasia y sistema judicial a estos esquemas? Si colocamos como parámetro de referencia el ordenamiento colombiano la respuesta es afirmativa, puesto que el vecino estado ha receptado del método anglosajón la regla de la exclusión y sus principales excepciones, a saber: doctrina de la atenuación, (si el vínculo entre la conducta ilícita y la prueba es tenue, entonces la prueba derivada es admisible); la doctrina de la fuente independiente; la doctrina del descubrimiento inevitable; y la doctrina del acto de voluntad libre, (cuando la prueba es obtenida por la decisión libre de una persona y este acto rompe el vínculo entre la prueba derivada y la prueba original viciada).

RESULTADOS

La figura de la prueba ilícita tiene un carácter constitucional desde la Constitución de 1998 (Art. 24 numeral 14): “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna”. Ésta es una de las garantías básicas que establece la anterior constitución política en función de proteger la seguridad jurídica de los ciudadanos.

No obstante, es con la Constitución actual cuando se reafirma la exclusión absoluta de la prueba ilícita en el proceso penal ecuatoriano. Aunque la redacción del nuevo artículo de la vigente Constitución (2008) es muy similar al citado de la Constitución anterior (1998), debe considerarse el agregado de la Constitución Montecristi (Art.76 numeral 4): “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y CARECERÁN DE EFICACIA PROBATORIA”.

Es importante hacer notar que en la anterior Constitución ya preveía la invalidez de la prueba “actuada con violación de la constitución o la ley”. Este vicio en la actuación de la prueba o vicio in procedendo, es lo que Miranda Estrampes define en su obra como prueba irregular que es también insubsanable, a la luz de la nueva Constitución.

En lo que respecta al régimen jurídico, hasta el 2009 fungía la Ley Orgánica de la Función Judicial que fue sustituida por el actual Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ). La exposición de motivos del COFJ justificaba la derogación del anterior instrumento porque era “absolutamente incompatible con las normas constitucionales y estándares internacionales de derechos humanos y Administración de Justicia, y no respondía a la realidad social del Ecuador del Siglo XXI”.

Sin embargo, el artículo 25 de la Ley Orgánica de Función judicial -anterior al vigente COFJ- preservaba el derecho a la defensa que es una de las garantías básicas al debido proceso.

La prueba ilícita en el marco del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Como se reseña en el aparte anterior, la Constitución de 2008 (en su artículo 76, numeral 4) “no tendrá validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”. En consecuencia, el desarrollo de la legislación después de la Constitución de Montecristi debía profundizar la orientación de garantías constitucionales, cónsono con su título de Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

Además, la nueva Constitución incorpora como leyes de la República todas las declaraciones internacionales sobre Derechos Humanos avaladas por el Estado ecuatoriano. En ese sentido, el Pacto de San José contempla la inviolabilidad del derecho de defensa (artículo 8 de la Convención). He aquí una causal de invalidez de la prueba cuando se considera que esta no cumple con los requisitos o principios procesales y que se convierte un elemento de inequidad que afecta las garantías del procesado.

Con esta misma orientación, el ordenamiento jurídico ecuatoriano contempla un conjunto de principios procesales que afectan la validez de la prueba. En el artículo 5 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) se establece, entre otros principios:

5°) Igualdad: “es obligación de las y los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal”, esto implica, por ejemplo, que no pueden introducirse pruebas sin que ambas partes las conozcan y ejerzan su derecho de defenderlas o tratar de impugnarlas. En el caso de ser lesivas al procesado por habérselas recabadas en contravención de derechos fundamentales, el desconocimiento de la prueba en el momento procesal estipulado, acarrea su invalidez.

10°) Intimidad: “toda persona tiene derecho a su intimidad personal y familiar. No podrán hacerse registros, allanamientos, incautaciones en su domicilio, residencia o lugar de trabajo, sino en virtud de orden de la o el juzgador competente...”, en estos casos se practica un protocolo que preserva la escena del allanamiento. Estas formalidades permiten la preservación de la escena de la fuerza pública y con ella la validez de las pruebas que se recaben.

17. Inmediación: “la o el juzgador celebrará las audiencias en conjunto con los sujetos procesales y deberá estar presente con las partes para la evacuación de los medios de

prueba...” Este principio alude también al derecho de contradicción que forma parte del debido proceso y las normas internacionales de derechos humanos.

Importancia del enfoque doctrinario

Para entender la razón de ser de cualquier norma jurídica, es importante conocer su orientación y la doctrina que lo sustenta. En efecto, la reflexión teórica permite organizar los contenidos y responder a las diversas cuestiones o problemas jurídicos. La importancia de la doctrina se refleja también en la gran cantidad de literatura jurídica existente. Un ejemplo de esta abundancia teórica es la obra de Jorge Zabala Baquerizo que consta de diez tomos.

La doctrina es una fuente del derecho que tiene una imponderable relevancia en el ámbito jurídico. En efecto, desde Savigny en el siglo XIX, ha cobrado cada vez más importancia la doctrina de los juristas; su función es invaluable para la ciencia jurídica puesto que ordena y aclara numerosas cuestiones del derecho. Según Lastra (2004), la doctrina:

“...investiga el papel histórico y las relaciones existentes entre las diversas fuentes; esclarece el significado de las normas y elabora, para entender en toda su extensión, el significado de los modelos jurídicos.”

La doctrina jurídica surge principalmente de las Universidades, que lo abordan desde una perspectiva científica, a pesar de que no ser reconocida como fuente oficial del derecho en la mayoría de los ordenamientos jurídicos.

La prueba ilícita y los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales tienen un estatus especial en cuanto a garantías de tutela dentro del ordenamiento jurídico. En el marco de los tres tipos de derechos constitucionales se clasifican como derechos de primera generación.

La noción de la prueba ilícita está vinculado estrechamente a los derechos fundamentales. En efecto, las constituciones modernas contemplan garantías para defender al ciudadano del poder inquisitivo omnímodo del Estado. En perspectiva, nunca como hoy han existido tantas herramientas procedimentales y tecnológicas para averiguar, intervenir o registrar las acciones y comunicaciones humanas.

Sobre estas herramientas y procedimientos decimos, genéricamente, que son manejadas por el Estado. No obstante, en realidad son manejadas por individuos con visiones parciales e intereses particulares, personas falibles y que, sencillamente, se pueden ver tentadas a abusar de su poder para obtener un resultado específico.

Es así como la falta de límites a ese poder podría traer como consecuencia un escenario parecido a la obra de Orwell, 1984, donde un “gran hermano” tecnológico tiene un control total de nuestras acciones. Este es un esquema que violenta los derechos fundamentales y la esencia misma de la democracia.

Desde el punto de vista procesal penal, la prueba ilícita también adolece de numerosas consecuencias: en cierta forma es una violación del principio de presunción de inocencia. Este principio fue reconocido por el Estado ecuatoriano al suscribirse a la Declaración de los Derechos Humanos de 1948.

Pudiera argumentarse que un allanamiento lícito –avalado por un juez, conforme a derecho- es sólo una convención y que también desconoce la presunción de inocencia. No obstante, desde el punto de vista doctrinario puede hacerse la siguiente distinción entre derecho fundamental y dignidad humana que explica el profesor Robert Alexy en una entrevista para una revista de la Universidad de Alicante:

“En los derechos fundamentales normales una intromisión no significa todavía una lesión. Una intromisión se convierte en una lesión cuando no está justificada. La dignidad humana carece de esa estructura de intromisión/límites. En ese sentido tiene un carácter de regla. Toda intromisión en la dignidad humana significa su lesión”.

De lo que se infiere que tanto el legislador como el juez debe tener claro la distinción entre estas dos nociones: mientras el derecho fundamental admite límites, la dignidad es un valor absoluto que no se puede intervenir sin lesionar.

A efectos de la prueba, estos elementos doctrinarios se deben ponderar para saber cuando la prueba es ilícita por transgredir derechos fundamentales y hasta qué punto la prueba así conseguida contamina los demás elementos probatorios presentados. En consecuencia, definir que elementos de prueba deben excluirse del proceso.

Uso de la doctrina en la jurisprudencia ecuatoriana

Aun cuando la doctrina no es vinculante, en Ecuador la Corte Constitucional ha apoyado sus fallos en los desarrollos teóricos de reconocidos tratadistas. Según refiere el catedrático Zambrano Pasquel, la Corte Constitucional ha empleado en sus fallos conceptos como los de proporcionalidad, uso racional del derecho, o el principio de la ponderación (profesor Robert Alexy); o encontrar referencias al garantismo penal de los profesores Luigi Ferrajoli; Manuel Atienza y Miguel Carbonell, entre otros destacados juristas.

En este sentido, los fallos siguen la doctrina garantista del profesor Ferrajoli, quien concibe el derecho como “la esfera de lo que está limitado, constituida justamente por los derechos fundamentales de todos: los derechos de la libertad, que ninguna mayoría puede violar...”

Con respecto a esta vinculación doctrina-jurisprudencia el catedrático afirma que es positivo y les suscita una “sensación de tranquilidad académica, y de justificada esperanza” por una mejor consideración de los principios constitucionales. En su opinión “son más importantes que el derecho positivo o escrito”, afirmación que devela la corriente del pensamiento jurídico a la cual se adscribe. A propósito de esta posición, se comparte con el jurista la idea de que la doctrina del Neoconstitucionalismo puede ser una valiosa fuente de conocimientos para el mejor desempeño de los jueces ecuatorianos.

Análisis de la jurisprudencia en Ecuador.

En la práctica judicial del Ecuador es frecuente la falta de rigor en el manejo y exclusión de las pruebas ilícitas. Así es como el catedrático Alfonso Zambrano Pasquel afirma que la mayoría de las veces “los jueces y tribunales no tiene el valor de reconocer que hay prueba ilícita, aunque terminan absolviendo al acusado”, y presenta como uno de los ejemplos el caso de supuesta tenencia ilícita de armas en que hubo prueba ilícita ya que

la fiscal colocó en situación de indefensión al procesado al haber recibido testimonios de funcionarios de la Policía sin convocar al imputado y a su abogado defensor para que se ejercieran el derecho de contradicción.

El fallo de la Segunda Sala Penal de la Corte Nacional, que sienta importante jurisprudencia en el ámbito procesal, resuelve revocar el fallo condenatorio en contra del acusado, el 9 de junio del 2009. En efecto, se sostuvo la inconstitucionalidad y la falta de eficacia o valor de los testimonios policiales, pero no hubo sanciones por la admisión irregular de estos elementos de convicción, evidentemente viciados.

Un tema de debate muy común en estos tiempos `posmodernos es el registro de imágenes y de audios que lesionan la privacidad. No obstante, el Código Orgánico Integral Penal contempla como excepción los elementos de prueba que se obtienen de medios de registro público (cómo cámaras de seguridad). La razón es que se infiere que no hay interés de lesionar la privacidad de un ciudadano o particular cuando se instala un dispositivo cuyo fin es la seguridad ciudadana.

Se han presentado otros casos en los que se coloca en indefensión a los acusados como cuando se introducen elementos de prueba extemporáneamente vencida ya la etapa de instrucción; elementos probatorios que no pueden ser contradichos por los procesados. Una de estas omisiones sucedió con un caso bancario muy conocido derivado de la crisis bancaria de 1999. Así es como concluida la etapa del sumario se incorporó de manera extemporánea, un documento de auditoría o examen financiero que no pudo ser contradicho por los sindicados.

En este caso bancario fue afectado el derecho a la defensa del procesado, derecho que para entonces también era por la Constitución de 1998, en el artículo 24, numeral 10, a saber:

Art. 24.- “Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia:

...10. Nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento”.

Por otra parte, la Constitución anterior reconocía igualmente la inviolabilidad de la defensa y propugnaba el tiempo necesario para ejercerla. También, en el mismo artículo, numeral 15, el derecho al contradictorio que fue irrespetado en el referido caso bancario, quedándose los procesados en situación de indefensión.

DISCUSIÓN

La constitución ecuatoriana vigente (2008) contempla que “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”. No obstante, en el COIP cuando se expone el principio de protección de la intimidad, se precisa: con las excepciones previstas en este código.

Esta aparente contradicción no es tal, como se aclara en la doctrina expuesta por el profesor Robert Alexy, puesto que se busca encontrar un equilibrio a través de la

ponderación o equilibrio de los derechos fundamentales. En efecto, la excepción mantiene a la prueba en el marco de los límites de la ley, en tanto que estipula la protección de otro valor jurídico.

Un segundo punto que alimenta el debate -de nunca acabar- es que en el derecho penal existe una dualidad en materia de derechos puesto que todo litigio es la contraposición de dos partes, una parte que pretende hacer valer un derecho y otra parte que se resiste a ésta pretensión.

En este sentido, la exposición de motivos del Código Orgánico Integral Penal (COIP, 2014) se habla sobre la constitucionalización del derecho penal. Se plantea en este documento que el derecho penal tiene una “doble función contradictoria frente a los derechos de las personas. Por un lado, protege derechos y, por otro, los restringe”. Del lado de la víctima el derecho defiende y exige la reparación de quien ha sido gravemente lesionado. En cambio, puede restringir los derechos “cuando una persona vulnera los derechos de otras y justifica la aplicación de una sanción”. De allí que deliberar sobre la legalidad y constitucionalidad de las actuaciones jurídico penales es fundamental para la búsqueda de la Justicia, noción reñida con la parcialidad judicial o la impunidad de los delitos.

Finalmente, los errores y fallas que han tenido funcionarios y administradores de justicia ecuatoriana en materia procesal penal implican un grave daño a las garantías penales de los acusados. No obstante, el paradigma constitucionalista de la Constitución vigente en Ecuador y el margen de acción que se les otorga a los jueces para hacer un uso racional y proporcional de la norma jurídica permite tener expectativas positivas con respecto a su evolución.

CONCLUSIONES

Del estudio realizado se llega a la conclusión que la exclusión de la prueba ilícita tiene suficientes bases constitucionales, jurídicas, doctrinales e históricas para imponerse como práctica procesal en la República del Ecuador.

Desde el punto de vista constitucional, en un Estado constitucional de derecho la Carta Magna ejerce un control sobre la legislación. En el caso del Estado ecuatoriano, implica que el artículo 76, numeral 4 (invalidez e ineficacia de la prueba ilícita), la disposición constitucional tiene supremacía sobre el régimen procesal penal.

La anterior Constitución de 1998 contenía algunos avances en materia de garantías penales como la exclusión de la prueba y la defensa del debido proceso. Está enmarcado en el paradigma de la legalidad, en el modelo de Estado legislativo de derecho donde la norma escrita por la representación de la voluntad general, ejerce la soberanía.

Bajo el modelo del Estado Liberal, muy similar al esquema positivista, la ley, independientemente de cual fuera su contenido, era considerado fuente indiscutible del derecho. En cambio, en el modelo garantista de la Constitución de Montecristi (2008), no solamente se atiende a las formas de producción de las leyes mediante normas procedimentales; se consideran también su contenido de fondo, creándose así un sistema de reglas formales y sustanciales, y se los vincula con los principios de justicia.

En efecto, en el Estado constitucional de derecho, la validez de la ley está sujeta al cumplimiento de los principios constitucionales, “es aquella adoptada conforme a un conjunto de reglas” y no sólo a las acordadas mayoritariamente.

Desde la perspectiva jurídica, el ordenamiento ecuatoriano otorga espacio al juez para decidir conforme a la ponderación de principios. Esta posición permite el ejercicio crítico para la eliminación de lagunas y resolver contradicciones que pueden suscitarse en las etapas de sustanciación y evaluación de las pruebas.

Desde el ámbito doctrinal debe anotarse que los principios de presunción de inocencia, igualdad, contradicción e inmediatez se vulneran con la prueba ilícita. Estos principios trascienden incluso el ámbito doctrinal porque caracterizan el sistema político. La carencia de estos derechos a la tutela judicial configura un escenario de indefensión para el procesado, como puede verse en la película Justicia Roja, donde se retrata al sistema político y judicial chino.

En consecuencia, el tratamiento penal de la prueba ilícita es un elemento importante en el control y equilibrio de los poderes frente al ciudadano y por tanto es un elemento distintivo del Estado de derecho. En otras palabras, la exclusión de la prueba ilícita es distintiva de los sistemas democráticos, como define la Constitución vigente a la República del Ecuador.

Cabe destacar que en el Estado constitucional, las normas penales no son sólo disposiciones punitivas producto de la deliberación legislativa sino que, como los derechos fundamentales, introducen en el sistema una carga axiológica que caracteriza a todo el ordenamiento jurídico.

Es por tratarse de un tema axiológico, de valores, que el principio de ponderación es un punto importante que ha empleado la Corte Constitucional del Ecuador en sus fallos. No obstante, en la revisión del ordenamiento y la jurisprudencia se puede observar carencias en la norma y aplicación de la exclusión de la prueba ilícita. El vacío existe, sobre todo, en las limitaciones a la regla de la exclusión que tienen cerca de medio siglo de desarrollo en los Estados Unidos y han sido recibidas y adoptadas por las legislaciones de España Colombia y Perú.

REFERENCIAS

- J. Alcaide González. (2012) “La Exclusionary Rule de EE.UU y la prueba ilícita penal de España. Perfiles jurisprudenciales comparativos.” Universitat Autònoma de Barcelona.
- A. Robert; entrevista en Revista de la Universidad de Alicante. Citado en: ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso; (2009) “La prueba ilícita en el proceso penal, estudio doctrinario y jurisprudencial”.
- Asamblea Nacional Constituyente, “Constitución política del Ecuador”, Decreto Legislativo 000, Registro Oficial I de II de Agosto de 1998.

- Congreso Nacional del Ecuador; (13 de Abril del 2006) “Ley Orgánica del Ministerio Público”. Comisión de legislación y Codificación, Codificación 2, Registro Oficial 250.
- Convención Americana de los Derechos Humanos. “Pacto de San José de Costa Rica”, del 22 de Noviembre del 1969.
- Corte Constitucional; (2002) “Sentencia SU 159” (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). G. Rodríguez. (11 de septiembre de 1974) “Ley Orgánica del Régimen Judicial”, Decreto Supremo 891 Registro Oficial 636.
- J. Dressler. (2002). “Understanding Criminal Procedure” (3rd edition). Newark (Nueva Jersey): LexisNexis. ISBN 0820554057.
- L. Ferrajoli. (2001) “La democracia constitucional”, en Christian Curtis –Compilador- Desde otra mirada, p. 257, Eudeba, Argentina.
- (2001) “Los Fundamentos De Los Derechos Fundamentales”, p. 65, Trotta, España.
- L. Gaines; L. Miller. (2006). “Criminal Justice In Action: The Core.” Belmont, CA: Thomson/Wadsworth. ISBN 0495003050.
- M. Hairabedian. (2005) “Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal”, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2002.LASTRA, José Manuel, “Fundamentos de derecho”, Ed. Porrúa, México, p.45
- B. Mesías y Jacob. “XVII Congreso latinoamericano, IX iberoamericano y I nacional de derecho penal y criminología”; 25, 26, 27 y 28 de octubre de 2005, p.1178.COMANDUCCI, Paolo; (2005) “Formas de Neoconstitucionalismo: un análisis metateórico”, - Compilador Miguel Carbonel – en Neoconstitucionalismo (S), Trotta, España, segunda edición.
- M. Miranda Estrampes. (2004) “El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal”, Barcelona, España, Editorial: J.M. Bosch Editor, S.A. Colección: 2ª Edición / 198 págs.
- L. Prieto. (2003) “Justicia Constitucional y derechos fundamentales”, p. 65/92, Trotta España.
- Registro Oficial (2008); “Constitución de la República del Ecuador” Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
- J. Serrano. (1999) “Validez y vigencia”, p. 56, Trotta, España.
- U.S. Supreme Court; (diciembre 13, 1897) “Bram contra Estados Unidos”, 168 U.S. 532.
- G. Zagrebelsky. (1999) “El derecho dúctil”, p. 24, Trotta, España.
- A. Zambrano Pasquel (2009) “La prueba ilícita en el proceso penal, estudio doctrinario y jurisprudencial” Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP). Quito, Ecuador.