

INTRODUCCIÓN AL LIBRO LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL

Prof. Dr. Alfonso Zambrano Pasquel
Catedrático de Derecho Procesal Penal

Hace muchos años que el Prof. Jorge E. Zavala Baquerizo (cuyo Tratado de Derecho Procesal Penal actualizado es de 11 volúmenes), nos enseñaba que el proceso penal es el camino o vía para convertir en *verdad procesal* lo que es una *verdad histórica*, pues los hechos podían haber ocurrido de una determinada manera, pero los mismos tenían que ser acreditados en el proceso penal a través de la prueba. Sólo nos resta agregar y por nuestra parte que solamente podemos llegar a la *verdad procesal* a través de la *prueba lícita*.

Con la Constitución de 1998 (Art. 24 numeral 14) y con la vigente de Montecristi del 2008 (Art.76 numeral 4), ha tomado carta de residencia desde el ámbito constitucional el *principio de la prohibición absoluta de la prueba ilícita*. Hoy determina la Constitución: "Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria". La Constitución anterior decía: "Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna". Hoy el agregado es importante y destaca las consecuencia de un *vicio in procedendo* que es insubsanable, y que convierte en ineficaz la actividad probatoria inconstitucional que es además ilícita.

Intentaremos recoger algunas experiencias de nuestros tribunales de justicia, y tal vez la más significativa resulte ser el fallo de la Segunda Sala Penal de la Corte Nacional, que en acto que merece ser destacado como de un gran valor constitucional y procesal, resuelve en *casación de oficio*, revocar el fallo condenatorio en contra de Jorge Hugo Reyes Torres, el 9 de junio del 2009.

En muchos casos –me atrevo a calificar que en la mayoría – los jueces y tribunales no tienen el valor de reconocer que hay *prueba ilícita*,

aunque terminan absolviendo al acusado, como ocurrió en el caso de Jaime Toral Zalamea en que hubo *prueba ilícita* y se lo colocó en situación de indefensión por la fiscal actuante al haber recibido testimonios (versiones) de los policías del GIR (Grupo de Elite de la policía ecuatoriana) sin convocar a los abogados y al propio imputado para que ejerzan el derecho al contradictorio previsto en el Art. 25 de la Ley Orgánica del Ministerio Público vigente al tiempo de los hechos. Se sostuvo la inconstitucionalidad y la falta de eficacia o valor de tales versiones pero hicieron *mutis por el foro*, fiscales, jueces, ministros de corte y jueces del tribunal penal que lo absolvieron. Tanto el Art. 25 de la Ley Orgánica de aquella época como el reciente Código Orgánico de la Función Judicial del 9 de marzo del 2009, (Art. 285 numeral 3) ¹ preservan el derecho a la defensa, que es una de las garantías del derecho al debido proceso, previsto en el Art. 76 numeral 7 de la Constitución que reconoce la inviolabilidad del derecho de defensa que implica contar con el tiempo necesario para poder ejercerla, esto forma parte de la normativa internacional de los derechos humanos, reconocido expresamente en el Pacto de San José o Convención Americana de DD. HH. (cfr. Art. 8 de la Convención).

El eje central de este libro esté orientado a la prueba ilícita que se obtiene con grave quebranto constitucional, con grabaciones de audio y/o de video no autorizadas, en que se lesiona inclusive el derecho a la intimidad; pero hay otros casos en los que se deja en indefensión a los imputados como cuando vencida la etapa de investigación o de instrucción se incorporan elementos de prueba que no pueden ser contradichos por los acusados. Esta es la situación en el caso denominado como *FILANBANCO* cuya etapa del sumario a julio del 2009 dura más de nueve años, y aunque se tramitaba de acuerdo con el anterior Código de Procedimiento Penal de 1983, concluida la etapa del *sumario* se incorporó

¹ “Art. 282. Funciones de la Fiscalía general del estado.- A la Fiscalía General del Estado le corresponde:

3. Garantizar la intervención de la defensa de los imputados o procesados, en las indagaciones previas y las investigaciones procesales por delitos de acción pública por delitos de acción pública, quienes deberán ser citados y notificados para los efectos de intervenir en las diligencias probatorias y aportar pruebas de descargo, cualquier actuación que viole esta Disposición carecerá de eficacia probatoria”.

de manera extemporánea, un documento de auditoría o examen financiero que no pudo ser contradicho por los sindicatos.

En el *CASO FILANBANCO* se ha ignorado la inviolabilidad del derecho a la defensa reconocida igualmente en la Constitución de 1998 en el numeral 10². Por otra parte la Constitución vigente como hemos referido reconoce igualmente la inviolabilidad de la defensa y de contar con el tiempo necesario para ejercerla. El Art. 24 de la Constitución de 1998 aplicable al *CASO FILANBANCO* preveía en el numeral 15 el *derecho al contradictorio* que fue irrespetado en perjuicio de los sindicatos, que quedaron en situación de indefensión.

Tan grave es la situación en el *CASO FILANBANCO* que hay ciudadanos llamados a juicio plenario, sin que preceda un dictamen fiscal acusatorio; o que el juez se aparte del dictamen fiscal acusatorio y con grave quebranto del *principio de congruencia* formule un llamamiento a juicio por un tipo penal más grave que el que ha sido materia de la acusación. Es suficientemente conocido que el respeto al *principio de congruencia* se traduce en que el juez no puede ir más allá de la pretensión de las partes al momento de resolver. El juez podrá resolver menos y hasta donde llega la pretensión punitiva del dictamen acusatorio, pero NUNCA estará legitimado para que *de oficio* y *de muto proprio* decida un llamamiento a juicio, adecuando la conducta en una hipótesis típica mas grave que la acusada por la fiscalía. De acuerdo con la Constitución de 1998 el Ministerio Público era titular del ejercicio de la acción penal, y la facultad de formular una acusación surgía de la propia Constitución Política, en manos del Ministerio Público, como lo preceptuaba el Art. 219.

En el importante fallo en el *CASO REYES TORRES*, dice la Segunda Sala en el fallo del 11 de junio del 2009, referido a la validez de la prueba: ... "Tanto el Tribunal Juzgador como el Tribunal de Apelación omiten la obligación jurídica constitucional de ejercer la función de garantes de la observancia de las garantías del debido proceso, establecida en los Arts. 18, 24, 192 y

² (Constitución de 1998) .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".

273 de la Constitución Política anterior y que corresponde a los actuales Arts. 11, 76, 77, 169 y 426 de la Carta Magna vigente, porque acepta como prueba actuaciones procesales inconstitucionales y además vulnera las reglas de la sana crítica contempladas en el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal, ya que estos actos inconstitucionales son impertinentes con relación a la demostración de los elementos objetivos constitutivos de cualesquiera de las conductas alternativas determinadas en el tipo penal contenido en el Art. 84 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, vigente al momento de la sentencia...” En otros párrafos dice la Sala en el fallo invocado, y con respecto al peritaje que se cumplió dejando en indefensión al acusado:...” Como se ve, se trata de un peritaje realizado sobre certificaciones que constituyen documentos, que en la sentencia no consta que hayan sido agregados al proceso en la forma que establece el Art. 152 del Código de Procedimiento Penal, es decir, con observancia de los principios de presentación o exhibición, inmediación, publicidad, oralidad y contradicción, en la audiencia que para este efecto establece esta disposición procesal, por lo que se viola el Art. 194 de la Constitución Política anterior, que contempla a tales principios como garantías del debido proceso y que actualmente constan en el numeral 6 del Art. 168, Art. 169 y Art. 75 de la Carta Magna vigente, así como también se viola el Art. 11 del Código de Procedimiento Penal. Además no consta que para la experticia documental mencionada haya sido notificado el ahora recurrente, para que ejerza el derecho que le confiere el Art. 95 del Código Procedimiento Penal, es decir, para que designe su propio perito, para que intervenga en la experticia y de esta forma ejercer la contradicción a su derecho para defenderse, por lo que en la sentencia se viola estas disposiciones constitucionales y legales...”.

En el mismo fallo y al referirse al respeto al derecho a la intimidad, que es una garantía constitucional que se viola con procedimientos dolosos o fraudulentos como la interceptación o registro de llamadas no autorizados judicialmente, dicen los jueces: “La información contenida en la memoria de cualquier medio de comunicación electrónica como los teléfonos celulares se encuentra protegida por el principio de la inviolabilidad y el secreto de las comunicaciones reconocido y garantizado constitucionalmente en el numeral 13 del Art. 23 de la anterior Constitución Política y actualmente en el numeral 21 del Art. 66 de la Carta Magna vigente, por lo que para obtener la información contenida en la memoria de cualquier medio de comunicación electrónica se requiere de autorización judicial, conforme lo establece el Art. 156 del Código de Procedimiento Penal y además, la información deberá ser obtenida

con la intervención de dos peritos y la asistencia del imputado, lo cual no consta en la sentencia que se haya realizado y consecuentemente, en observancia de la garantía del debido proceso contenida en el numeral 14 del Art. 24 de la anterior Constitución Política y actualmente en el numeral 4 del Art. 76 de la Carta Magna vigente, carecen de valor la información obtenida sin autorización judicial y sin la contradicción del imputado, así como también carecen de eficacia jurídica probatoria por lo dispuesto en los Arts. 80 y 83 del Código de Procedimiento Penal...”.

Si estos principios constitucionales hubiesen sido respetados en el CASO FILANBANCO no se hubiese producido el llamamiento a juicio por PECULADO pues el dictamen fiscal acusatorio en contra de algunos sindicatos era por otro tipo de delito; se incluyó como elemento de prueba un informe de una auditora dejando en indefensión a los indiciados; y, se llegó a la barbarie jurídica de llamar como presuntos culpables a personas que no habían sido acusadas por el ministerio público en su dictamen.

No obstante lo dicho, reconocemos el aporte importante que en la consolidación del Estado constitucional de derechos y justicia, como se proclama el Ecuador (Art. 1 de Constitución del 2008), constituyen los fallos de la Corte Constitucional³ de nuestro país. La utilización en los fallos de la Corte Constitucional, de conceptos como los de *proporcionalidad*, de un *uso racional del derecho*, o el *principio de la ponderación* al que podíamos acceder en la *Teoría de la Argumentación Jurídica* del Prof. Robert Alexy de la Universidad de Kiel o en la *Teoría de los Derechos Fundamentales* del mismo autor; o encontrar referencias al *garantismo penal* del profesor de la Universidad de Camarino, Luigi Ferrajoli, autor de esa obra monumental como es *Derecho y Razón*, producen una sensación de tranquilidad académica. Ojalá que esa fuente de conocimientos en materia de garantías constitucionales y de lo que es el *neoconstitucionalismo* que se trasunta en las resoluciones de la Corte Constitucional sean un buen referente para la actuación de los jueces de nuestro país.

³ En nuestra página web en www.alfonsozambrano.com hemos abierto recientemente un link dedicado a la Corte Constitucional de Ecuador, por el contenido de sus fallos.

Un autor Gustavo Alberto Musumeci, nos recuerda en su trabajo *El control dual o paralelo de constitucionalidad como garantía de la jurisdicción constitucional en un Estado Constitucional de Derecho*, que el estado constitucional de derecho asienta su paradigma en la subordinación de la legalidad a Constituciones rígidas con un rango jerárquico superior a las leyes como normas de reconocimiento de su validez. Esto significa que:

- a) la validez de las normas no depende exclusivamente de la forma de producción sino además de la compatibilidad de sus contenidos con los principios constitucionales;
- b) la ciencia jurídica propone una visión crítica en relación con su propio objeto y propone la eliminación o corrección de las lagunas y antinomias que surgen de la violación de las prohibiciones y obligaciones de contenido establecidas por la Constitución;
- c) La actividad jurisdiccional se fortalece en la medida que debe aplicar las normas, y siempre que éstas sean formal y sustancialmente compatibles con la Ley Fundamental;
- d) se configura un límite y un complemento para la democracia. Un límite, porque los derechos incorporados a la constitución implican prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes y a las mayorías, que de no mediar dicha interdicción, alcanzarían el grado de absolutos. Un complemento, porque estas prohibiciones y obligaciones se configuran como garantías de los derechos de todos frente a los abusos de tales poderes, que podrían de otro modo fagocitar el propio sistema democrático.

De ello se deduce que, si en el modelo de estado legislativo de derecho⁴, el poder emanado de la ley era soberano por cuanto representaba

⁴ Ver Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, p. 24, Trotta, España 1999. Dicho autor ha definido al Estado legislativo de derecho como: aquél que surge a partir de la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación de validez del derecho. La primacía de la ley conducía a la derrota de las tradiciones jurídicas del Absolutismo y del Ancien Régimen. El estado de derecho y el principio de legalidad importaban la reducción del derecho a la ley y la exclusión o sumisión de la ley de todas las demás fuentes del derecho.

la voluntad general, en el Estado constitucional de derecho queda sometido a la constitución y la decisión democrática que, por principio, es aquella adoptada conforme a un conjunto de reglas y no sólo a la acordada mayoritariamente.⁵

Por último, cabe destacar que en el Estado constitucional, los derechos fundamentales no son exclusivamente disposiciones jurídicas producto de la actividad política voluntarista y deliberativa sino que, desde su fundamentación interna, introducen en el sistema una sólida carga axiológica que pretende irradiarla en todo el ordenamiento jurídico.⁶

Por de pronto agreguemos a lo dicho y con respecto al tema del *neoconstitucionalismo*, que es la aplicación inmediata de las garantías constitucionales que antes estaban en el marco dogmático de las

Ver, asimismo, Luis Prieto Sanchís, Justicia Constitucional y derechos fundamentales, p. 65/92, Trotta España 2003

⁵ Ver Ferrajoli, Luigi, Los Fundamentos De Los Derechos Fundamentales, p. 65, Trotta, España, 2001. En el paradigma del Estado Liberal, la ley, fuera cual fuera su contenido, era considerada fuente suprema e ilimitada del derecho. En el paradigma garantista no solamente se programan las formas de producción del derecho mediante normas procedimentales sobre la formación de las leyes, sino que además, se diseña sus contenidos sustanciales y se los vincula normativamente con los principios de justicia derivados de los derechos fundamentales inscriptos en las Constituciones definidas como un sistema de reglas formales y sustanciales, y que, en su naturaleza de pacto fundante, están dirigidos a asegurar la paz y la convivencia civil. En este contexto señala que: “La esencia del constitucionalismo y del garantismo” lo que denomina democracia sustancial, “ reside precisamente en el conjunto de límites impuestos por las constituciones a todo poder, que postula en consecuencia una concepción de la democracia como sistema frágil y complejo de separación y equilibrio entre poderes, de límites de forma y de sustancia a su ejercicio, de garantías de los derechos fundamentales, de técnicas de control y de reparación contra sus violaciones. Un sistema en el cual la regla de la mayoría y la del mercado valen solamente para aquello que podemos llamar la esfera de lo discrecional, circunscripta y condicionada por 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, y los derechos sociales –derechos a la salud, a la educación, a la seguridad social a la subsistencia- que toda mayoría está obligada a satisfacer” (Ver Ferrajoli, Luigi, “La democracia constitucional”, en Christian Curtis –Compilador- Desde otra mirada, p. 257, Eudeba, Argentina 2001.

⁶ Ver Serrano, José Luis, Validez y vigencia, p. 56, Trotta, España 1999. Y Paolo Comanducci, Formas de Neoconstitucionalismo : un análisis metateórico, - Compilador Migule Carbonel – en Neoconstitucionalismo (S), Trotta, España, segunda edición 2005.

constituciones sin aplicación práctica, y directa. Ya era un avance el reconocimiento que hacía la Constitución de 1998, que impedía invocar la falta de ley como argumento para irrespetar al mandato constitucional. Hoy el desarrollo y aplicación del *neoconstitucionalismo* es incuestionable en la Constitución del 2008, bástanos recordar los artículos 11⁷, 75, 76, 77, 172, 424, 425, 426 y 427, que constituyen un sólido bloque de preeminencia constitucional.

Luis Prieto Sanchís ha señalado que el neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo alude a una nueva cultura jurídica y se identifica por cuatro acepciones principales.⁸

En primer lugar, se trata de cierto estado de derecho que define institucionalmente una determinada forma de organización política. Dicho modelo proviene de dos ramas del derecho constitucional: la norteamericana – la que vale aclarar, creó una Constitución sin contenidos normativos- y la europea: con un denso contenido normativo pero sin dotarle garantías. A partir de allí podríamos afirmar que el neocons-

⁷ “ Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación, por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá invocarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4.- Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que mas favorezcan su efectiva vigencia.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución...” El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso”.

⁸ Luis Prieto Sanchís, Justicia Constitucional y derechos fundamentales, p. 101, Trotta España 2003.

titucionalismo armoniza tales modelos y deriva como consecuencia de ello un sistema de constituciones normativas garantizadas en última instancia por el control de constitucionalidad, descansando, en forma exclusiva, en el Poder Judicial la última palabra en la definición de aquellas cuestiones controvertidas que se susciten dentro del referido modelo.

En éste ámbito conceptual el neoconstitucionalismo presenta una faz estructural, presupuesto esencial de dicho modelo, que persigue los siguientes elementos caracterizadores. 1) carácter normativo o fuerza vinculante de la constitución; 2) supremacía de la constitución dentro del sistema de fuentes; 3) eficacia o aplicación directa de la ley fundamental; 4) Garantía judicial; 5) presencia de un denso contenido normativo que tiene como destinatarios a los ciudadanos en sus relaciones con el poder y con los particulares, integrados por principios, derechos y directrices más o menos precisos, pero que siempre que resulten relevantes, llamados a ser aplicados sólo en aquellas cuestiones concretas; 6) rigidez constitucional, esto es cuanto más costosa sea la posibilidad de alterar el texto fundamental por la mayoría legislativa, mayor fortaleza tendrá el modelo constitucional.

Nos recuerda Gustavo Alberto Musumeci⁹, que otro elemento esencial y constitutivo de este campo estructural es lo que Ricardo Guastini, ha llamado: "La constitucionalización del ordenamiento jurídico". Su finalidad es lograr impregnar e irradiar en todo el ordenamiento jurídico las normas constitucionales. Para ello, según dicho autor, se tiene que dar las siguientes condiciones de constitucionalización: A) Una constitución rígida, si en primer lugar es escrita y en segundo término, está protegida –garantizada– contra la legislación ordinaria y en donde, además, se deben distinguir dos niveles en el que la Constitución está por encima de la legislación común, no pudiendo ser derogada, modificada o abrogada por ésta última; B) la garantía jurisdiccional de la constitución: esta acepción requiere que aunque la rigidez de la ley fundamental esté formalmente estipulada, la misma no está asegurada si no existe algún tipo de control sobre la conformidad de la leyes con la constitución; C) la fuerza vinculante de la constitución: importa la difusión, en el seno de la cultura jurídica de un país, de la idea

⁹ En opúsculo citado, p. 4 y siguientes.

que toda norma constitucional -independientemente de su estructura o contenido normativo- es una norma jurídica genuina, vinculante y capaz de producir efectos jurídicos,¹⁰ D) la sobre interpretación de la Constitución, lo que implica que no cabe lugar para la libre discrecionalidad del legislador y, consecuentemente, no existe materia por más política que revista su naturaleza, que quede al margen del control de un juez respecto a su legitimidad constitucionalidad; E) la aplicación directa de las normas constitucionales: importa la difusión de la cultura de un país en donde la función de la constitución es moldear las relaciones sociales, produciendo sus normas efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en las relaciones entre particulares en ocasión de cualquier controversia, siempre y cuando, la misma no pueda ser resuelta sobre la base de la ley, ya sea porque la misma ofrece lagunas, o porque su solución resultaría injusta; F) la interpretación conforme a la constitución, esto es, aquella que armonice la ley con la constitución –previamente interpretada- eligiendo, frente a una doble posibilidad interpretativa- el significado – la norma- que evite toda contradicción entre la ley y la constitución; y G) implica la influencia de la Constitucionalización sobre las relaciones políticas, y depende de: el contenido mismo de la constitución, el rol de los jueces que ejerzan el control de constitucionalidad y la orientación de los órganos constitucionales y de los actores políticos.¹¹

El *neoconstitucionalismo* como teoría del derecho describe o explica los elementos caracterizantes del modelo y puede sintetizarse evolutivamente en:

¹⁰ Para el caso argentino es válida la cita del maestro Germán Bidart Campos, en su obra “El Derecho de la constitución y su fuerza normativa” Editorial Ediar, 1995, que desarrolló la tesis de la fuerza normativa de la constitución y su irradiación en el sistema jurídico argentino a través de las garantías y la jurisdicción constitucional.

¹¹ Ver Guastini Ricardo, La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso Italiano”, p. 49/73 en Neoconstitucionalismo (S) – editor Miguel Carbonell-, Editorial Trotta, 2005.- Dicho autor sostiene que, para que un ordenamiento jurídico sea considerado como impregnado por disposiciones constitucionales, se deben dar los dos primeros supuestos expuesto. Los restantes no son absolutos, aunque de darse en completitud o no estaríamos ante un mayor o menor grado de constitucionalización de un determinado ordenamiento jurídico.

- 1) Más principios que reglas: Corresponde señalar que tanto los principios como las normas son normas porque señalan lo que debe ser. Pero los principios son normas abiertas que presentan un condicionante fáctico- mandatos de optimización- fragmentado o indeterminado y que necesariamente serán cerrados por la justicia constitucional mediante los procesos de interpretación y ponderación. Los derechos fundamentales presentan, en general, la estructura de los principios, y posibilita que los procesos de determinación o delimitación de sus contenidos contemplen –en sentido plural- la mayor cantidad de opciones, visiones o planes de vida de los integrantes de una sociedad.¹² En cambio, las reglas, son normas que pueden ser cumplidas o no y que contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posibles.
- 2) Más ponderación que subsunción; En un estado de derecho, todos los derechos fundamentales poseen a priori y en abstracto la misma jerarquía, caso contrario no habría que ponderar ya que se impondría el derecho de mayor importancia. Ponderar es buscar la mejor decisión cuando en la argumentación concurren razones justificadoras conflictivas del mismo valor.¹³
- 3) Omnipresencia de la constitución en todas las áreas jurídicas en lugar de espacios dejados a la discrecionalidad legislativa o reglamentaria; este precepto está estrechamente vinculado con la analizado en el punto C) y D) respecto los requisitos de la constitucionalización del ordenamiento jurídico propuesto por Guastini.
- 4) Omnipotencia judicial en vez de autonomía del legislador ordinario: este es un elemento esencial que define, por su importancia, al Estado Constitucional de Derecho. Es el órgano que detenta la última palabra, aún respecto de las decisiones colectivas, y están ligadas a los derechos fundamentales, lo que implica consecuentemente que hay un desplazamiento natural del legislador lo que

¹² Ver Andrés Gil Domínguez, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, p. 54, Ediar, 2005, Buenos Aires.

¹³ Luis Prieto Sanchís, *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, p. 189, Trotta España 2003.

conlleva a una elección a favor de la legalidad constitucional y la argumentación judicial respecto de la formulación del modelo de democracia deliberativa, siendo la mejor opción posible en torno a la custodia de la fuerza normativa constitucional. Esto no significa que desde la constitución se impongan límites sustanciales al legislador democrático, sino que en la determinación de los derechos se muta del procedimiento legislativo a la actividad jurisdiccional: en otras palabras, en lugar de ser la mayoría del parlamento la que dispone que derechos nos corresponden, es el tribunal en su voto mayoritario quién titulariza el control de constitucionalidad¹⁴. En expresiones del mismo Gustavo Alberto Musumeci¹⁵, cabe destacar que ante esta proposición, existe una corriente que señala al poder judicial como contra mayoritario y que por ende no reviste del valor epistémico suficiente, o más precisamente, carece de legitimidad democrática, para ser el titular de la última palabra.¹⁶

- 5) Coexistencia de una constelación plural de valores en lugar de homogeneidad ideológica. Esto implica que a partir de la incorporación de los derechos humanos en nuestro sistema de fuentes, trae aparejado un nuevo orden simbólico, además del jerárquico, ya que comparten con la Constitución Nacional su supremacía, que al complementar el sistema legal interno, expande “una constelación de opciones de vida en lugar de un supuesto de uniformidad e igualdad ideológica o pensamiento único”.¹⁷

Nosotros hemos adelantado un planteamiento de aplicar el *principio constitucional de exclusión absoluta la prueba ilícita* lo que nos lleva a sostener que hay que impedir que tomen carta de ciudadanía los *frutos del árbol prohibido* o *los frutos del árbol envenenado*. Vale decir, que no se pueden utilizar como medios de prueba los resultados o hallazgos que tienen

¹⁴ Ver Andres Gil Domínguez, Neoconstitucionalismo y derechos colectivos, p.89 y vta. 54, Ediar, 2005, Buenos Aires

¹⁵ En opúsculo citado, p. 6 y siguientes.

¹⁶ Ver Roberto Gargarella, La justicia frente al gobierno (sobre el carácter contra mayoritario del Poder Judicial), Ariel, España, 1996.

¹⁷ Ver Andres Gil Domínguez, Neo constitucionalismo y derechos colectivos, ob. Cit. 9, p.28

origen en una práctica ilícita e inconstitucional, pues lo que nace ilícito muere ilícito e igualmente sus frutos. No se podría por ejemplo reconocer que se ingresó inconstitucional e ilícitamente a un domicilio, pero que el arma u otro tipo de evidencia que se encontró en tal incursión ilegal puede ser utilizada como prueba lícita, pues se trata de un *fruto del árbol envenado* que debe ser expulsado del acervo probatorio lícito y válido.

El jurista y constitucionalista Miguel Carbonell, refiriéndose a una reforma constitucional en México, dice en uno de sus trabajos¹⁸: “La fracción IX del apartado A del artículo 20 incorpora a nivel constitucional, a partir de la reforma publicada el 18 de junio de 2008, un principio que ya figuraba en varios códigos de procedimientos penales y que es muy conocido en el derecho comparado. Nos referimos al principio de exclusión de las pruebas obtenidas ilícitamente. En el caso específico de la fracción mencionada se establece que dicha ilicitud acontece cuando la prueba se obtiene violando derechos fundamentales y además se señala que la consecuencia será la nulidad de la misma, es decir su inexistencia para cualquier efecto jurídico dentro del proceso penal respectivo o en cualquier otro que se inicie con posterioridad”.

Como dice el mismo autor, se trata de evitar que hechos viciados de inconstitucionalidad y de ilicitud se conviertan en herramienta de trabajo de policías - y hoy podríamos agregar de malos fiscales- y para ello es necesario que se repudien y no se admitan tales prácticas. “La justificación de la norma contenida en la citada fracción IX se encuentra en el hecho de que las autoridades no deben violar derechos fundamentales en el curso de una investigación y, si lo hacen, dicha violación debe ser “neutralizada” dentro del proceso, con independencia de la responsabilidad concreta a la que pueden hacerse acreedores los agentes responsables de la misma. De otro modo los agentes de la autoridad contarían con buenos incentivos para investigar violando derechos fundamentales. Y no solo eso, sino que además se estaría permitiendo una doble violación de derechos: una primera a través de la obtención de la prueba ilícita (por ejemplo a través de la entrada en un domicilio sin orden judicial o de la interceptación de comunicaciones privadas), una

¹⁸ No admitamos las pruebas ilícitas. Publicado en *El mundo del abogado*, número 115, México, noviembre de 2008, pp. 20-22

segunda a través del uso de ese material en un proceso, en perjuicio de la víctima de la primera violación. El principio que estamos analizando se proyecta solamente respecto de la segunda violación; la primera tendrá que ser reparada y sancionada por medio de los cauces procesales correspondientes". Es decir que debe ser repudiada la admisión de esa prueba ilícita en un proceso penal, y se debe sancionar igualmente la conducta del mal servidor policial que obtiene la evidencia mediante un acto delictivo como la violación de domicilio, o una escucha telefónica indebida, o una grabación o interceptación de correspondencia no autorizada.

El profesor Carbonell de la UNAM de México nos dice, que en la jurisprudencia norteamericana se han desarrollado ciertos estándares que permiten aceptar que, bajo ciertas circunstancias, no hay conexión lógica entre una primera violación de derechos y otros elementos de prueba que pretendan presentarse a juicio; entre dichos estándares se encuentran la teoría de la fuente independiente, el principio de conexión atenuada y la regla del descubrimiento inevitable. Mencionamos estos estándares sin que necesariamente los compartamos, pero sirven para alimentar el debate doctrinario.

De acuerdo con la teoría de la fuente independiente, serán aceptables en juicios las pruebas que derivan de una fuente que no haya sido "contaminada" por una actuación policiaca violatoria de derechos fundamentales. Un precedente importante en esta definición se encuentra en *Silverthorne Lumber Co. Versus United States*, de 1920. En realidad no estamos frente a una teoría que limite el principio de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida, sino frente a un ámbito exento del mismo, toda vez que la prueba en cuestión no está relacionada lógicamente (por derivar de una fuente independiente, "limpia") con una cierta violación de derechos fundamentales.

Según la teoría de la conexión atenuada, se considera que no es aplicable la regla de exclusión cuando la distancia entre la prueba viciada y una segunda prueba no permita considerar que la primera afecta a la otra, de forma que la mancha original haya sido "borrada". Así lo sostuvo la Suprema Corte estadounidense en *Nardone versus United States*, de 1939, y en el caso de *Wong Sun versus United States*.

Hay ciertos elementos que la teoría procesal penal norteamericana ha ido reconstruyendo para advertir cuando una “mancha” ha sido en efecto limpiada y no afecta a la admisión de pruebas dentro de un proceso. Entre tales factores se menciona : a) el tiempo transcurrido entre la primera ilegalidad y la obtención de las pruebas derivadas (si el tiempo es mayor existen más probabilidades de que un tribunal admita la prueba derivada); b) los acontecimientos que intervienen entre la primera ilegalidad y la obtención de las pruebas derivadas (si la cadena lógica es muy extensa, es más probable que la prueba sea admitida; si tal cadena es corta, dada la inmediatez de la obtención de la prueba derivada, la inadmisión es más que probable); c) la gravedad de la violación originaria, dentro de la cual se aplica la máxima según la que si el árbol está más envenenado, será más difícil que sus frutos estén sanos; d) la naturaleza de la prueba derivada.

La teoría del descubrimiento inevitable permite admitir una prueba a juicio, aunque haya derivado de otra obtenida ilícitamente, siempre que el descubrimiento de la segunda se hubiera producido incluso sin la existencia de la primera, de forma inevitable. Esta teoría fue asumida por la Suprema Corte de los EUA en la sentencia *Nix versus Williams*, de 1984.

Las tres teorías que hemos brevemente apuntado suponen limitaciones a la doctrina de los frutos del árbol envenenado. Hay también que considerar que la regla de exclusión está limitada por la excepción de buena fe, la cual se configura cuando un agente de policía actúa de buena fe, pero viola un derecho fundamental. Esta excepción ha sido admitida por la Corte estadounidense en su sentencia *United States versus Leon*, de 1984. Se trata de una excepción que se aplica al caso de que un agente de la autoridad realice un registro o una detención sobre la base de una orden judicial que él pensaba que era válida, pero que luego se demuestra que carecía de los elementos legales que debía acompañarla.

Ahora bien, la propia jurisprudencia ha limitado a esta limitación (configurando una especie de “límites de los límites” o “límites de la excepción”). No podrá argumentarse que hubo buena fe por parte de los agentes de la autoridad cuando la autorización judicial derivó de una declaración jurada falsa del propio agente o de uno de sus superiores

(*Franks versus Delaware*, de 1979), cuando el juez en cuestión carece de neutralidad respecto al caso (*United States versus Leon*, ya mencionado), cuando faltan indicios suficientes en la declaración jurada (*Illinois versus Gates*, de 1983), cuando la orden es omisa por lo que hace a la particularidad de la delimitación del ámbito de la autorización a la policía, lo cual acontece cuando se da una orden genérica de cateo, sin señalar lo que se debe buscar o el lugar preciso en que se debe dar la búsqueda (*Massachusetts versus Sheppard*, de 1984), o bien, para terminar, cuando existen defectos en la ejecución de la orden judicial que autoriza un registro (de nuevo en *United States versus Leon*).

Por nuestra parte agregamos, que debemos estar prevenidos frente a situaciones que pueden ser provocadas por la propia policía que puede esgrimir el argumento de *actuar de buena fe* y luego acudir a una suerte de *hallazgo fortuito* para presentar una evidencia incriminatoria. Creemos que es válido utilizar y aplicar el *principio de la ponderación* de los bienes jurídicos, de manera que estará por una parte el interés por buscar y encontrar la verdad, y por otras garantías como el *principio de presunción de inocencia*, el de la *lealtad y buena fe procesal*, en constituciones como la nuestra se reconoce la preeminencia del *principio pro homine* o a favor del ciudadano y no del propio Estado como se consigna en el Art. 417 de la Constitución del 2008 de Montecristi.²⁰

Nuestra Corte Constitucional viene dado ejemplo de una *racional utilización del derecho* y de la correcta aplicación de principios como los de *proporcionalidad* y de *ponderación*. El 19 de mayo de 2009 dicta la Sentencia No. 09-09-SEP-CC, en el CASO: 0077-09 -EP. El proponente de la Acción Extraordinaria de Protección sostiene que fundamentado en las normas contenidas en el artículo 437 de la Constitución de la República vigente, así como en lo dispuesto en las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición, plantea acción extraordinaria de protección del auto ampliatorio del 23 de enero del 2009 dictado por el señor Juez Décimo

²⁰ "Art. 417: Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución"

Octavo de lo Penal del Guayas, con asiento en Durán, dentro del proceso penal de tránsito N.º 026-2007. El accionante, en su demanda, manifiesta lo siguiente:

“Que la acción extraordinaria de protección tiene por objeto preservar o restablecer cualquier derecho fundamental de libertad o de protección referido al debido proceso de toda persona. El artículo 437 de la Constitución de la República es claro al establecer los requisitos para la acción extraordinaria, indicando que el supuesto de procedibilidad es la existencia de una sentencia, un auto o una resolución firmes o ejecutoriados, por lo que se trata de una acción subsidiaria, pues previamente existe una decisión judicial, sentencia, auto o resolución firme, inimpugnable mediante recursos procesales, lo que produce, en forma directa, la vulneración al derecho constitucional que se exige preservar o reparar a la Corte Constitucional”.

Señala que ante la segura conculcación grave de derechos fundamentales cuya preservación se ha frustrado en la vía judicial, la acción extraordinaria debe ser admitida sin aguardar el agotamiento de todos los recursos utilizables ante jueces y tribunales de la justicia ordinaria, previstos para todo el proceso en sí considerado, por lo que la Constitución admite la acción extraordinaria en contra de autos firmes aun cuando no hubiesen puesto fin al proceso.

Afirma el accionante que, doctrinariamente, la regla general es que procede la acción extraordinaria cuando el enjuiciamiento ha concluido y se han agotado los recursos procesales ordinarios y extraordinarios, pero la Constitución admite excepciones, por ejemplo, cuando se dicta un auto que se torna firme, ejecutoriado y definitivo en sede judicial, aun cuando no ponga fin al proceso, siempre que con éste se vulneren derechos fundamentales de una persona en forma grave e inevitable, sin que sea posible su reparación en la futura sentencia.

Sostiene que en el proceso penal de tránsito N.º 026-2007, que se sustancia en el Juzgado Décimo Octavo de lo Penal del Guayas, se dictó el auto ampliatorio del 23 de enero del 2009, disponiendo que se cumpla con el acto procesal más trascendente para el acusado, que es la audiencia de prueba y juzgamiento, aun en la hipótesis de que no estén presentes

los testigos, los mismos que son insustituibles e irremplazables como medio de prueba. El auto impugnado señala que la audiencia oral y pública de prueba y juzgamiento señalada para el 15 de abril del 2009 a las 09h40: "se llevará a cabo con la presencia de los testigos y peritos que a ella concurran, por cuanto esta judicatura considera que no se puede dilatar en exceso la celebración de la referida audiencia de juzgamiento", decisión que fue tomada por el juez de la causa, acogiendo un pedido de ampliación formulado por la Fiscalía, por lo que al haberse acogido el pedido de ampliación, el auto impugnado no es susceptible de ser revocado, está ejecutoriado.

Indica que acorde al acto impugnado, si los dos testigos residentes en el extranjero: señores L M y M M, que son fundamentales para su defensa, no están presentes en la audiencia de prueba y juzgamiento, de igual forma se llevaría a cabo la misma, sin consideración alguna a que esos dos testimonios son claves para desvirtuar las imputaciones que se le hacen, por lo que de darse cumplimiento al acto impugnado, la audiencia, que podría efectuarse sin la presencia de los testigos mencionados, se tornaría inútil, pues la razón de ser de la misma es el ejercicio del principio de contradicción que es esencialmente bilateral.

Agrega el reclamante, que el auto impugnado dispone que la audiencia se celebre en el día y hora señalados en forma improrrogable, fatal, y que se producirá la prueba que esté disponible en el tiempo de duración de ese acto procesal, sin que tenga relevancia para el juez, el que no esté físicamente disponible aun cuando sea de vital importancia para derrotar la prueba de cargo que exista. El auto impugnado es, pues, directamente contrario a lo prescrito en el artículo 75 de la Constitución de la República, pues se decidió ponderar como de mayor peso para la justicia procesal, el principio de celeridad de la norma que consagra el derecho de defensa y por el ejercicio de esa discrecionalidad, se lo enrumba ilegítimamente a una condena, pues se coarta su derecho a probar los hechos que lo absuelven (sic).

Dice el reclamante, que el principio de celeridad procesal ha sido utilizado como pretexto en el auto impugnado, casi sugiriendo que las postergaciones producidas en el proceso obedecerían a actuaciones del accionante, lo que no es verdad puesto que el artículo 76 numeral 7 de la Constitución señala que el derecho a la defensa de las personas incluye

ciertas garantías, entre las cuales consta la de que, “Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder el interrogatorio respectivo”, obligación de comparecencia que surge cuando el Estado cumple con la carga de notificar al testigo o perito para que comparezca, y tratándose de personas que residen en el extranjero, la norma aplicable es la del artículo 130, párrafo final del Código de Procedimiento Penal, que señala: “Si el testigo se halla en el extranjero, se debe proceder conforme a los Convenios de Cooperación Judicial suscritos por el Estado o la costumbre internacional”, y precisamente por esa disposición legal, en el proceso se ha ordenado reiteradamente que a los señores M M y L M se los notifique mediante exhorto para que concurran a la audiencia, lo que no pudo llevarse a efecto, pues por ejemplo, mediante providencia del 17 de diciembre del 2007 a las 08h30, el Juez convocó a audiencia de juzgamiento para el lunes 07 de enero del 2008, disponiendo que se envíe el respectivo exhorto para notificar a los testigos, pero por causas que no le son imputables, el oficio respectivo dirigido a la Corte Suprema fue enviado desde el juzgado con fecha viernes 04 de enero del 2008, por lo que no fue posible tramitar el exhorto y la audiencia no pudo efectuarse. Consta también del expediente el Oficio N. ° 114-SG-EXE-MN del 04 de marzo del 2008, con el que la Secretaría General de la Corte Suprema, en respuesta al Oficio N. ° 31-2008-JPDOPG-D del 04 de enero del 2008 con el que se envió el exhorto, señala lo siguiente: “Por disposición del señor doctor José Vicente Troya Jaramillo, Presidente Encargado de la Corte Suprema de Justicia... le comunico: ...3. Para efectos de que lleguen a verificarse los actos procesales contenidos en los exhortos, es imprescindible que se concedan plazos lo suficientemente amplios, considerando que el promedio de tiempo entre el envío y devolución de los exhortos superan los sesenta días”, lo que no puede ser pasado por alto para entender que las demoras que puedan haberse producido en la tramitación de los exhortos ordenados en el proceso, no le pueden ser atribuidos. Indica que mediante providencia del 07 de agosto del 2008 a las 11h00, fue convocada nuevamente la audiencia de juzgamiento, la cual debía realizarse el 26 de noviembre del Caso N° 0077-2009-EP42008, pero nuevamente y conforme al artículo 130 del Código de Procedimiento Penal se dispuso el envío del respectivo exhorto. Con fecha 02 de septiembre del 2008 el juez suplente, Aguilar Martillo, envió el oficio pertinente a la Corte Suprema (Oficio 3278-2008-JDOPG-D), que consta

entregado el 04 de los mismos mes y año, pero la Corte Suprema no remitió el expediente del exhorto a la Cancillería para que el mismo se tramite, por lo que la audiencia convocada fue suspendida. Manifiesta que las agresiones al derecho de defensa y a la Constitución contenidas en el auto impugnado deben ser reparadas por la Corte Constitucional, para lo cual se deberá suspender en forma cautelar los efectos del acto impugnado, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 87 de la Constitución y, luego, en sentencia, anular el acto impugnado en cuanto a la no postergación de la audiencia en caso de que no estén los testigos necesarios para el acervo probatorio idóneo para un juzgamiento constitucionalmente plausible(sic).

Pretensión de las partes

El legitimado activo solicita que la Corte Constitucional en sentencia motivada anule el auto impugnado, y disponga que, en su lugar, el Juez Décimo Octavo de lo Penal del Guayas dicte otro que preserve y proteja el derecho a la tutela judicial con respeto al ejercicio pleno del derecho de defensa del acusado y a la total práctica de las pruebas trascendentes para el caso. De igual forma, amparado en el contenido del artículo 87 de la Constitución de la República, pide que en el auto de calificación de la demanda se disponga, como medida cautelar, la suspensión inmediata de los efectos jurídicos del auto impugnado.

En su descargo dijo el juez en concreto que la providencia, motivo de esta acción constitucional, no posee violación alguna al derecho de defensa del acusado, abogado E C V. Cabe indicar que el Art. 256 del Código de Procedimiento Penal, ley supletoria para los asuntos de tránsito, en su numeral 2 determina que la etapa del juicio se puede suspender excepcionalmente y sólo por una vez por un plazo máximo de cinco días, cuando no comparezcan los peritos, y si en la reanudación tampoco comparecen los peritos, el juicio debe continuarse sin su presencia. El Art. 271 del cuerpo de ley en mención se refiere a los testigos ausentes del lugar del proceso. En el caso actual, los testigos del accionado son personas que viven en el extranjero y es de suponer que así como el recurrente de la acción de protección los tuvo en el país al inicio de este proceso, también podría haberlo hecho ahora para que estén presentes en la Audiencia Oral Pública de Prueba y Juzgamiento, señalada mediante providencia del 05 de enero del 2009 a las 08h20, y

ratificada mediante providencia del 23 de enero del 2009 a las 15h10, por lo que solicita se dicte la sentencia correspondiente conforme a derecho.

Consideramos por nuestra parte, que es importante reproducir los argumentos de la fiscalía porque probablemente se traten de utilizar en otros reclamos de tutela, para coartar legítimos procesos constitucionales como es la acción extraordinaria de protección.

Dice la Fiscal actuante: que la presente acción ha sido propuesta por el acusado, abogado E C V, de un decreto o providencia por la que el Juez Décimo Octavo de lo Penal sustancia la causa, esto es, que en dicho decreto el señor Juez ordena la práctica de una diligencia misma que consiste en la audiencia oral de prueba y juzgamiento dentro de un proceso penal de tránsito, y esta definición se encuentra descrita en el artículo 271 del Código de Procedimiento Civil. No se trata de un auto como erróneamente lo ha planteado el accionante, ya que el auto es la decisión del Juez sobre algún incidente del juicio y en la especie, el decreto o providencia dictada no es una decisión sobre algún incidente, sino que es la mera sustanciación de la causa disponiendo que se efectúe la correspondiente audiencia oral de prueba y juzgamiento en un proceso penal de tránsito.

Afirma que no existe, en dicho decreto o providencia, violación alguna al derecho de la defensa del acusado, como se esgrime en la acción extraordinaria de protección, ya que el artículo 256 del Código de Procedimiento Penal, ley supletoria para asuntos de tránsito, determina en su numeral 2 que la etapa del juicio se puede suspender excepcionalmente y sólo por una vez por un plazo máximo de cinco días cuando no comparezcan los peritos, y si en la reanudación tampoco comparecen, el juicio debe continuar sin su presencia. Adicionalmente, el artículo 271 del mismo cuerpo legal se refiere a los testigos ausentes del lugar del proceso, y las personas a las que hace referencia el accionante son peritos presentados por parte suya, sin que estos estén acreditados por y ante la Fiscalía; y, el artículo 278, en la última parte del inciso primero, otorga una facultad discrecional al Juez a fin de que califique si la presencia de los peritos es indispensable en la audiencia, y ha hecho uso de tal facultad legal en la providencia que se impugna con esta acción, tomando en consideración que no se trata de un auto definitivo como lo interpreta el accionante, y no se ha violado ningún derecho constitucional del

acusado en la tramitación del proceso cuando consta el informe presentado por los peritos que él ha solicitado dentro de la instrucción fiscal y éste alcanzará el valor de prueba una vez que sean presentadas y valoradas en la etapa de juicio, de acuerdo con lo que dispone el segundo inciso del artículo 79 del Código de Procedimiento Penal; es decir, que basta con la presentación de dichos informes periciales en la etapa de juicio para que éstos sean valorados por el Juez como prueba, sin que sea imprescindible la presencia de los peritos, por lo que la ausencia de ellos no viola el derecho a la defensa del acusado que ha sido respetado al incorporarse esta pericia al proceso y ya es de responsabilidad de su defensa el presentarlo en la etapa de juicio. Por lo manifestado, solicita que se declare sin lugar la acción extraordinaria de protección planteada, tomando en consideración lo siguiente: a) El acto judicial impugnado no es un auto definitivo, sino un decreto de sustanciación de la causa; b) No existe violación al derecho a la defensa ya que el peritaje para que alcance el valor de prueba debe ser presentado en la etapa del juicio sin que sea imprescindible la presencia de los peritos que hayan realizado dicho peritaje, más aún si estos no son ni han sido acreditados por la Fiscalía(sic).

Argumentos y fundamentos de la Corte al resolver

En este caso se había pedido ya ampliación del auto de convocatoria para la audiencia del juicio por lo cual no se podía interponer recurso alguno, y con este antecedente dice la Corte Constitucional: siendo la providencia impugnada (del 23 de enero del 2009) un auto en el que se resuelve un incidente de ampliación y que, por tanto, al no ser legalmente posible interponer, respecto de tal auto, nuevos recursos verticales, por expresa prohibición del artículo 291 del Código de Procedimiento Civil, tal auto del 23 de enero del 2009 quedó ejecutoriado y, en consecuencia, la Acción Extraordinaria de Protección es objetivamente procedente conforme al artículo 437, 1°, de la Constitución de la República (sic).

Al aplicar correctamente el *principio de ponderación*, dice la Corte Constitucional:

“Es evidente para esta Corte que el auto judicial impugnado pretende aplicar el principio de celeridad procesal consagrado en el

artículo 75 de la Constitución de la República. Pero también resulta evidente que ese auto considera que el principio de celeridad debe aplicarse con supremacía sobre otros principios y garantías relativos al debido proceso que están igualmente establecidos en la Constitución de la República. Y es en ese punto en el que esta Corte considera que el auto judicial impugnado infringe la Constitución, pues si bien ésta establece en su artículo 75 que la celeridad es un principio que hace parte de la tutela judicial efectiva, también establece claramente que ese principio -el de celeridad- no puede jamás sacrificar el derecho a la defensa. Por eso, ese mismo artículo 75 agrega que es derecho de las personas a “en ningún caso” quedar en indefensión. La locución “en ningún caso” es tajante: si en un caso concreto debe ponderarse el derecho a la defensa versus el principio de celeridad, éste último debe ceder en beneficio del primero. El auto judicial impugnado valoró las cosas a la inversa y de ahí su inconstitucionalidad”.

Continúa en sus valerosos razonamientos nuestro tribunal de control constitucional, y expresa:

“Como anteriormente se ha dicho esta Corte afirmó que el auto judicial impugnado es violatorio del derecho a la defensa y de ahí su inconstitucionalidad. Corresponde profundizar en la cuestión: a) El artículo 76, 7°, de la Constitución de la República dice que el derecho a la defensa de las personas incluye ciertas garantías, entre las cuales, está, según el literal j, la de que “Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder el interrogatorio respectivo”; b) La norma constitucional citada consagra, pues, como parte de derecho a la defensa de una persona, que los testigos y peritos tengan la obligación de comparecer a responder los interrogatorios que planteen las partes procesales. Derecho de la parte y correlativa obligación del testigo o perito; c) Empero, para que surja la obligación constitucional del testigo o perito de comparecer -derecho de la parte- es indispensable un acto instrumental previo: la notificación oficial al testigo o perito para que comparezca. Ese acto instrumental previo -notificación- puede hacerse en las diversas formas previstas por la ley, pero lo fundamental es que el sujeto notificador no es la parte procesal, sino el sistema judicial. Este es un principio irrefutable, consignado en el Código de Procedimiento Civil (Art. 73), aplicable supletoriamente a los procesos penales. El indicado artículo 73 establece

que la "Notificación es el acto por el cual se pone en conocimiento de las partes, o de otras personas o funcionarios, en su caso, las sentencias, autos y demás providencias judiciales, o se hace saber a quien debe cumplir una orden o aceptar un nombramiento, expedidos por el juez". Y el artículo 74 del mismo Código, inciso final, agrega que el acta de notificación "será firmada por el actuario"; d) Corolario de todo lo expuesto hasta ahora es que la obligación que la Constitución impone, en beneficio de las partes procesales, para que los testigos o peritos comparezcan ante el juez y respondan los interrogatorios de las partes, solo se hace exigible cuando el sistema judicial, a través de las diversas formas previstas en la ley, notifica al testigo o perito la providencia judicial que dispone su comparecencia. Hasta que la notificación no se realice en debida forma no se produce la obligación de comparecer del testigo o perito y por tanto no es exigible. En el caso concreto del proceso en que se expidió la providencia impugnada, la notificación a los testigos o peritos residentes en el extranjero debe hacerse mediante exhorto, conforme al artículo 130 del Código de Procedimiento Penal; e) Lo dicho en el literal precedente demuestra porqué la providencia judicial impugnada en esta causa es violatoria del derecho a la defensa: según la providencia impugnada, la audiencia oral y pública de prueba y juzgamiento señalada para el 15 de abril del 2009 a las 09h40, dentro del proceso penal de tránsito N.º 026-2007, "se llevará a cabo con la presencia de los testigos y peritos que a ella concurren, por cuanto esta judicatura considera que no se puede dilatar en exceso la celebración de la referida audiencia de juzgamiento". Luego, según esa providencia, la referida audiencia pudiera celebrarse aun cuando no se hubiese notificado legalmente a los peritos y testigos para que comparezcan a ella; es decir, celebrarse antes de que se hubiese tornado exigible la obligación de tales peritos o testigos de comparecer; o, dicho de otro modo, se la pudiese realizar vulnerando el derecho de la parte a exigir su comparecencia, que solo se activa con la notificación apropiada. Eso coloca en indefensión al accionante, cuestión que "en ningún caso" puede suceder conforme al artículo 75 de la Constitución de la República, ni siquiera en beneficio del principio de celeridad procesal".

Consignamos que haciendo efectivo el derecho a la tutela y a la acción extraordinaria de protección, en acto que debe ser emulado por respeto al Estado de Derecho, la Corte Constitucional al sustanciar la demanda, de conformidad con el artículo 87 de la Constitución de la

República, dispuso la suspensión inmediata de los efectos jurídicos del acto impugnado en la causa. Al resolver decidió, aceptar la Acción Extraordinaria de Protección deducida por el doctor E C V, y dejar sin efecto la providencia dictada el 23 de enero del 2009 por el Juez Décimo Octavo de lo Penal del Guayas, dentro del proceso penal de tránsito N.º 026-2007.

Este precedente es importante para preservar el derecho de defensa, y en tratándose de la llamada *prueba ilícita*, de acuerdo con las reformas del 24 de marzo de 2009, el juez de garantías penales debe calificar la *excepción procesal penal* de exclusión de la prueba ilícita, de acuerdo con lo previsto en el Art. 261.1. n. 4 de las reformas, al sustanciar la audiencia de preparación del juicio. Si se llegare a agotar el reclamo ante el mismo juez mediante la providencia de revocatoria o de ampliación, nos queda la vía de reclamar la acción de tutela mediante el mecanismo de la acción extraordinaria de protección, al que nos hemos referido en los párrafos que preceden. La propuesta es válida porque no se puede ni debe utilizarse una prueba que viola la previsión contenida en el Art. 76 n. 4 que consagra como una de las garantías del debido proceso, la *exclusión de la prueba ilícita*²¹. Aquí surge la aplicación del *principio de la ponderación* entre el derecho a llegar a la verdad procesal y la obligación constitucional de acceder a la misma mediante procedimiento lícitos.²²

En una importante entrevista que realiza el Prof. Manuel Atienza de la Universidad de Alicante al Prof. Robert Alexy,²³ dice en diferentes momentos al referirse al *principio de ponderación* para hacer efectivo el respeto a los derechos fundamentales: " En mi concepción, los principios tienen el carácter de mandatos de optimización. Además los bienes colectivos pueden también ser objeto de regulación de los principios. Eso

²¹ Art. 226.1. " Resolver sobre las solicitudes para la exclusión de las pruebas anunciadas, cuyo fundamento o evidencia que fueren a servir de sustento en el juicio, hubieren sido obtenidos violando las normas y garantías determinadas en los instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos, la Constitución y éste Código:..."

²² El fallo de la Corte Constitucional comentado, puede ser revisado en nuestra página, www.alfonsozambano.com en el link CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, de reciente creación.

²³ Publicada en el No. 24 de los CUADERNOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO (DOXA) de la Universidad de Alicante.

nos lleva a que en la contestación a la pregunta de si se ha lesionado un derecho fundamental juegue un papel central el principio de proporcionalidad y, con ello, la ponderación”.

En otro momento dice el Prof. Robert Alexy: “ En mi *Teoría de los derechos fundamentales*, he tratado de resolver el problema de las necesarias demarcaciones de los derechos fundamentales con una teoría de los principios, cuya base es la tesis de que los derechos fundamentales en cuanto normas tienen la estructura de mandatos de optimización. Eso lleva a poner al principio de proporcionalidad en el centro de la dogmática de los derechos fundamentales, lo que tiene la consecuencia práctica de que en muchos casos lo decisivo sobre el contenido definitivo de los derechos fundamentales es la ponderación”.

En otros momentos nos dice el profesor de la Universidad de Kiel, Robert Alexy, que *no puede haber coherencia sin ponderación*²⁴, que ésta obedece a un procedimiento racional. Reconoce que en más de una ocasión entran en colisión diferentes principios, y para solucionar el conflicto debemos acudir a la *ponderación*.²⁵

Por nuestra parte destacamos que cuando se trata de intromisiones no autorizadas en la privacidad de los ciudadanos se lesiona el principio constitucional que reconoce el *derecho a la intimidad* propia y de la familia, cuya violación lesiona la *dignidad humana*²⁶. Conforme se puede apreciar en el contenido del libro LA PRUEBA ILÍCITA, es posible encontrar un mecanismo lícito si se siguen las normas del código de procedimiento penal, que prevé en el Art. 155 la intromisión previa autorización de un juez de garantías penales, que debe *ponderar* la necesidad de lesionar ese *derecho a la privacidad* que es una garantía constitucional y un bien jurídico protegido, frente a la necesidad de investigar un delito.

Sobre el punto es valedero recordar lo que nos dice el mismo Prof. Robert Alexy: “La dignidad humana tiene, como todos los derechos que están tanto en la bóveda como en el fundamento del edificio, una

²⁴ En entrevista citada, p. 15.

²⁵ En entrevista citada, p. 18.

²⁶ Art. 66 numerales 20 y 21 de la Const. Pol. del 2008

estructura distinta a la de otros derechos fundamentales. 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".²⁷

En el contenido del libro LA PRUEBA ILÍCITA se van a encontrar referencias a los más conspicuos procesalistas como el Prof. Dr. h.c. mult. Dr. Claus Roxin, el Dr. h.c. Julio Bernardo José Maier, Jaime Bernal Cuellar, César San Martín Castro, José Ignacio Cafferata Nores, Alberto M. Binder, Manuel Miranda Estrampes, y a reconocidos penalistas como José Sáez Capel, Francisco Muñoz Conde entre otros. Entre los autores ecuatorianos mencionamos a Constitucionalistas como Monseñor Juan Larrea Holguín (+), Hernán Salgado Pesantez, Jorge Zavala Egas y José García Falconí; y, a procesalistas como el profesor Jorge E. Zavala Egas, Walter Guerrero Vivanco, Edmundo Durán Díaz (+), Ricardo Vaca Andrade, y Luis Humberto Abarca Galeas. A esto sumamos fallos de Tribunales Constitucionales como el español, el alemán, el colombiano y fallos de la Suprema Corte de EE.UU.

²⁷ En entrevista citada, p. 21.